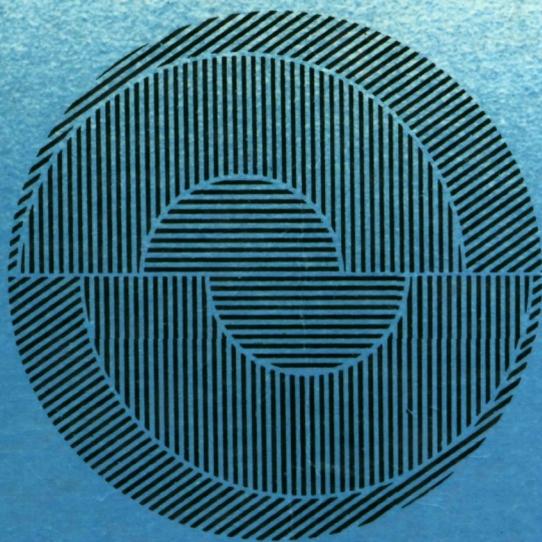


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1978  
ANO 15 • NÚMERO 57

**REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**

a. 15 n. 57 — janeiro/março 1978

Publicação trimestral da  
Subsecretaria de Edições Técnicas  
do Senado Federal

---

---

**Fundadores:**

**Senador AURO MOURA ANDRADE**

Presidente do Senado Federal

(1961—1967)

e

**Dr. ISAAC BROWN**

Secretário-Geral da Presidência

do Senado Federal

(1946—1967)

---

---

**Direção:**

**LEYLA CASTELLO BRANCO RANGEL**

---

---

**Chefe de Redação:**

**ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR**

---

---

Capa de **GAETANO RÉ**

**Composição e Impressão:**

Centro Gráfico do Senado Federal

Toda correspondência deve ser dirigida à Subsecretaria de Edições Técnicas — Senado Federal — Anexo I — Telefone: 223-4897 — 70160 — Brasília-DF

R. Inf. legisl.	Brasília	a. 15	n. 57	jan./mar. 1978
-----------------	----------	-------	-------	----------------

---

Os conceitos emitidos em artigos de colaboração  
são de responsabilidade de seus autores

---

Preço deste exemplar: Cr\$ 30,00

Pedidos, pelo reembolso postal, à Subsecretaria  
de Edições Técnicas

Tiragem: 10.000 exemplares

SOLICITA-SE PERMUTA  
PIDESE CANJE  
ON DÉMANDE L'ÉCHANGE  
WE ASK FOR EXCHANGE  
SI RICHIERE LO SCAMBIO

Revista de Informação legislativa. Ano 1- n. 1- março 1964-  
Brasília, Senado Federal.

v. trimestral

Ano 1-3, n. 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9,  
n. 11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- n. 34- publ.  
pela Subsecretaria de Edições Técnicas.

Diretores: 1964- Leyla Castello Branco Rangel.

ISSN 0034-835X

1. Direito — Periódicos. I. Brasil. Congresso. Senado Federal. Subse-  
cretaria de Edições Técnicas. II. Rangel, Leyla Castello Branco, dir.



CDD 340.05  
CDU 34(05)



## SUMÁRIO

	Pág.
<b>COLABORAÇÃO</b>	
O sistema parlamentar como solução para a crise institucional brasileira — <i>Paulino Jacques</i> .....	5
Contribuição ao estudo de um modelo político brasileiro — <i>Paulo de Figueiredo</i> .....	11
A matéria financeira e a matéria tributária no Direito Constitucional brasileiro — <i>Carlos W. Chaves Rosas</i> .....	45
Sumos da reforma judiciária — <i>José Dilermando Meireles</i> .....	55
Controle da administração indireta — <i>Roberto Rosas</i> .....	61
Região metropolitana e estrutura sindical brasileira — <i>Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena</i> .....	69
SINPAS: a nova estrutura da previdência social brasileira — <i>Celso Barroso Leite</i> .....	101
Assembléias gerais das sociedades anônimas — <i>Otto Gill</i> .....	117
A cisão parcial e a responsabilidade tributária — <i>Arnoldo Wald</i> .....	143
O abandono do lar conjugal como causa de dissolução matrimonial — <i>Domingos Sávio Brandão Lima</i> .....	147
Divórcio: causas, casos e tipos — <i>Antônio Chaves</i> .....	193
Inseminação artificial — <i>J. Didier Filho</i> .....	205
Obra sob encomenda — <i>Carlos Alberto Bittar</i> .....	215
<b>PESQUISA</b>	
A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais — <i>Ana Valderez A. N. de Alencar</i> .....	223
<b>NOTICIÁRIO</b>	
Notas e Comentários .....	329
<b>PUBLICAÇÕES</b>	
Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas .....	331

# O sistema parlamentar como solução para a crise institucional brasileira (☆)

PROF. PAULINO JACQUES

Catedrático da Faculdade de Direito  
da UERJ e Titular da Academia Bra-  
sileiras de Letras Jurídicas.

O parlamentarismo brasileiro existiu de fato, *praeter legibus constitutionalis*, ao tempo do Império, uma vez que a Constituição não o havia estabelecido, mas adotava algumas práticas parlamentaristas, como a Chefia do Estado distinta da Chefia do Governo, a dissolução da Câmara eletiva, a responsabilidade política ministerial e a presença dos Ministros de Estado no plenário da Assembléia Geral (Câmara ou Senado). Constituiu-se, assim, consuetudinariamente, através da observância longa, regular e constante das práticas do sistema, quais a Fala do Trono e a resposta a ela, a apresentação à Câmara dos Deputados do Gabinete Ministerial (para explicar a sua organização e oferecer o programa de Governo), o comparecimento dos Ministros de Estado a

---

(\*) Capítulo final do ensaio de autoria do Professor PAULINO JACQUES, "O Governo Parlamentar, uma solução para crise política brasileira" — no prelo.

qualquer das Câmaras, a fim de pleitear medidas ou responder a interpelações, a apresentação, por deputado, de moções de confiança em favor do Gabinete Ministerial, ou mesmo de desconfiança contra ele, o adiamento, ou prorrogação da Assembléa Geral, e a dissolução da Câmara dos Deputados. Com isso, o sistema logrou assegurar, durante mais de meio século, grandeza cívica, política e militar à Nação brasileira.

Na República (a 4ª), estabeleceu-se o sistema parlamentar (1961-1963), que realmente fracassou, porém, por duas razões políticas: a) produto de crise governamental (a renúncia do Presidente JÂNIO QUADROS e a ascensão do Vice-Presidente JOÃO GOULART, cujo governo unipessoal não agradou às Forças Armadas, tendo em vista as suas vinculações com o sindicalismo esquerdista); b) inconformidade do Presidente JOÃO GOULART com o novo sistema, que o impedia de governar unipessoalmente, como era de sua filosofia política (a "ditadura republicana" de AUGUSTO COMTE, realizada por JULIO DE CASTILHOS e BORGES DE MEDEIROS, no Rio Grande do Sul, e por GETÚLIO VARGAS, no resto do Brasil).

Por isso, não tardou o *referendum* demagógico de 1963, que originou a Emenda Constitucional nº 6, de 1963, restabelecendo o sistema presidencial no País, nos termos do art. 25 da Emenda Constitucional nº 4, de 1961, combinado com o art. 2º e §§ da Lei Complementar nº 2, de 1962.

Contudo, não é o sistema parlamentar que não serve para o Brasil, mas os homens que o encarnavam àquele tempo, que tinham vivo interesse em desmoralizá-lo, como, em verdade, o conseguiram, ensejando o famigerado *referendum*.

Os inimigos do sistema parlamentar costumam atacá-lo, entre outros argumentos, pelos seguintes: a) governo instável, porque fica o Gabinete Ministerial à mercê da maioria eventual da Câmara dos Deputados; b) governo sem plano administrativo definido e exequível, porque a mudança periódica do Gabinete Ministerial impede o planejamento regular e sua execução; c) responsabilidade política dos governantes, de difícil apuração, em face da queda periódica dos Gabinetes Ministeriais; d) dissolução periódica da Câmara dos Deputados, seguida de eleições para a nova Câmara, com agitação política intermitente no País e apreciáveis despesas com o processo eleitoral.

Não procedem tais argumentos.

A instabilidade dos Gabinetes Ministeriais, também chamados Conselhos de Ministros, pode ser evitada com a enumeração taxativa em lei, dos casos que acarretam a mudança desses órgãos governamentais, conseqüente à sua queda em face da moção de desconfiança ou da de censura, cujo *quorum* há de ser elevado para 2/3 (dois terços) ou mesmo 3/4 (três quartos) da totalidade dos Deputados — o que, evidentemente, dificultará a derrubada desses Gabinetes, que se tornarão estáveis na medida em que gozarem desse apoio maciço da Câmara.

Em conseqüência, poderá o Gabinete Ministerial estabelecer o seu plano administrativo perfeitamente definido e executá-lo a longo prazo, mesmo porque a permanência do Chefe de Estado, que não se confunde com o Chefe de Governo, garante a continuidade administrativa de acordo com o programa geral de governo, estabelecido periodicamente, nas Monarquias, através da Fala do Trono, e na República, da Fala de Instalação da Legislação.

Quanto à responsabilidade dos governantes, é ela apurada (no sistema parlamentar), por três processos distintos e eficazes: *a*) a moção de desconfiança contra todo o Gabinete Ministerial, votada pela Câmara, com o *quorum* adequado, que o derruba imediatamente (a sanção política coletiva), sem prejuízo da moção de censura a determinado membro do Gabinete Ministerial, votada de igual modo, a qual afasta, desde logo, o Ministro censurado (a sanção política individual), com possível ação criminal ou cível. Mesmo o Chefe de Estado, nas Repúblicas, pode ser responsabilizado nos casos de violação da Constituição, dos poderes políticos constitucionais, dos direitos individuais, e outros previstos na Lei Magna. Nas Monarquias tal não ocorre, porque o Rei ou Imperador não podem errar, segundo a velha máxima britânica, “the King can do no wrong”.

No que diz respeito à dissolução da Câmara dos Deputados, a questão também se resolve dificultando o ato dissolutório, que, realmente, tem profunda repercussão no eleitorado, desde logo convocado para escolher nova Câmara. Antes do mais, é de lembrar que o “árbitro supremo” do desentendimento entre o Gabinete Ministerial e a Câmara dos Deputados, o que conduz, em geral, à dissolução desta — é o Chefe

de Estado, que pode discordar da medida violenta, podendo até convertê-la em derrubada do Gabinete Ministerial, caso em que “o tiro sai pela culatra”! Depois, basta que a lei estabeleça a dissolução em circunstâncias muito graves, como a incompatibilidade absoluta entre a Câmara e o Gabinete Ministerial, ou a oposição sistemática daquela a este, a ponto de impedir que governe. De qualquer modo, a consulta ao povo, no regime democrático, é sempre salutar, compensando a agitação eleitoral e as despesas com o processo de escolha.

Assim, não vemos inconvenientes para a adoção do sistema parlamentar, entre nós, como solução para a crise institucional que vivemos desde 1964. Todos os governos da Revolução, que salvou o Brasil do caos anarco-sindicalista, manifestado na Argentina, ou da confusão político-ideológica, ocorrida em Portugal, sem falar nas ditaduras socialistas ou comunistas, têm proclamado o firme propósito de encaminhar o País para a restauração democrática, imperativo da nossa índole e tradição.

Toda crise, que gera uma ordem jurídica conjuntural, tanto *ex facto oritur jus* é, por sua própria natureza, passageira, deve durar o tempo necessário para o estabelecimento da normalidade legal. Os Atos Institucionais ou Complementares, como as Constituições referendadas pelo Congresso ou as outorgadas por grupos civis ou militares detentores do “poder revolucionário” vitorioso — fonte anômala do Poder Constituinte — têm a sua legitimidade *política*, porque exigida pelas *circunstâncias*, ainda que destoem da normalidade *jurídica*, como *jus singulare* que são. É a lição clássica de GIERKE e SCHMITT, para quem direito é *fato* reconhecido pela “convicção comum”, e apresenta duas faces, a da “legitimidade” e a da “legalidade”, que não se confundem, mas se completam no “ordenamento jurídico”. Tal o que ensina a história político-jurídica dos povos, contra a qual não nos podemos insurgir, porque ela modela o Direito — no ensinamento irrefutável de SAVIGNY e PUCHTA.

A Emenda Constitucional nº 4, de 1961, que instituiu, entre nós, o sistema parlamentar, com alguns retoques, poderia proporcionar à Revolução uma saída inteligente e honrosa, no processo de redemocratização do País, almejado por todos os brasileiros, inclusive pelos militares. Não há necessidade de convocação de uma “Assembléia Constituinte”, sempre demorada e dispendiosa, bastando uma “emenda constitucional”

à Constituição Federal de 1946, com os aditamentos das inovações adequadas contidas nas Cartas de 1967 e 1969, que lhe seriam incorporadas.

Com isso, teríamos um Executivo dual, porém, *forte*; um Legislativo, realmente, *soberano*; e um Judiciário, *atuante*. O Gabinete Ministerial, ou Conselho de Ministros, exerceria o alto comando político, sob a supervisão do Chefe de Estado, ou Presidente da República; o Congresso Nacional elegeria periodicamente esses supremos agentes do poder político e estabeleceria as normas jurídicas com o que realmente governaria; e os Tribunais Judiciários, delegações indiretas da soberania, distribuiriam justiça em toda a plenitude.

Como somos uma Federação, embora heterodoxa, o sistema parlamentar estender-se-ia aos Estados-membros e aos Municípios sem qualquer contra-indicação, qual passamos a demonstrar.

As Assembléias Legislativas estaduais, eleitas por voto popular, direto e secreto, escolheriam o Governador, com mandato por tempo determinado, e essa autoridade escolheria o Chefe do Secretariado — 1º-Ministro do Estado-membro — dentro do Partido majoritário que governaria a Unidade Federada, com os demais Secretários, da sua confiança, tanto quanto da confiança da Assembléia. Ter-se-ia, assim, um Executivo dual: Governador, com mandato por tempo determinado; e Chefe do Secretariado, com seus auxiliares, os Secretários de Estado, com mandato por tempo indeterminado, porque dependendo da confiança da Assembléia — qual ocorre no âmbito federal ou nacional.

Estrutura semelhante seria imposta aos Municípios, dentro de cada Estado-membro. O povo, por voto direto e secreto, elegeria a Câmara de Vereadores, em cada Município e esses representantes escolheriam o Prefeito, com mandato por tempo determinado. Essa autoridade executiva, de acordo com a sistemática do regime, nomearia o Chefe de Governo Municipal, de sua confiança e também da confiança da Câmara, o qual sairia da maioria partidária. Assim, ter-se-ia, um Executivo Municipal, também dual: Prefeito, Chefe de Estado municipal; e 1º-Diretor — o 1º-Ministro municipal — com o seu Diretório, da sua confiança e também da confiança do Partido majoritário na Câmara de Vereadores.

Com isso, instituir-se-ia uma verdadeira democracia representativa, pela qual tanto clama o povo brasileiro — mas pressuporá, pelo menos,

dois Partidos de âmbito nacional, bem organizados e fortes, a fim de que possa governar nos três campos — federal, estadual e municipal.

Não se diga que se trata de utopia, porque os Estados Federais parlamentares, como a Alemanha e a Áustria, bem como o Canadá, a Austrália, a Nova Zelândia e a antiga África do Sul, entre outros, apresentam estrutura semelhante, cujo funcionamento não deixa nada a desejar.

A verdade é que o Brasil, com longa experiência parlamentarista no Império e com breve e promissor ensaio na República, já está maduro politicamente para adotar um sistema de convivência próprio, como o sistema parlamentar tridimensional — na União, nos Estados-membros e nos Municípios.

Seria essa etapa final da Revolução de 1964, que, como desejam os seus representantes, entregaria o País, realmente, ao governo de si mesmo, sob uma ampla e profunda democracia representativa, que ensinaria as reformas econômico-sociais reclamadas pela Nação, a fim de que fossem assegurados, pelos meios regulares de direito, aos brasileiros, os direitos naturais de alimento, habitação, vestuário, saúde, educação e recreio — a que todos fazem jus por serem filhos de DEUS!

É óbvio que o Estado garantiria um *mínimo universal*, que estimularia a conquista, pelos processos de direito, ao *médio comum* e ao *máximo singular* — segundo os esforços e os méritos de cada qual, em obediência à lei natural da hierarquia dos valores humanos.

É indubitável que o sistema parlamentar está consagrado por mais de 2/3 (dois terços) dos Estados contemporâneos, em todos os Continentes — salvo na América.

E, recentemente, Portugal e Espanha, que viveram durante quase meio século sob “ditadura republicana” — acabaram retornando ao parlamentarismo, com programas de profundas reformas econômico-sociais, como exigem os novos tempos.

O Brasil não deve permanecer cego e surdo ao que se vê e ao que se ouve no mundo inteiro — a democracia representativa, em sua forma pura, que é o Governo do Parlamento, em nome do Povo.

# Contribuição ao estudo de um modelo político brasileiro

PAULO NUNES AUGUSTO DE FIGUEIREDO

Consultor-Geral do Senado

## SUMÁRIO

- Introdução
- Democracia, antes de tudo
- Pluripartidarismo, uma exigência da democracia —  
partido e ideologia
- É preciso rever o regime federalista
- Redivisão política do Brasil
- Federalização da Justiça
- Conselho de Estado
- Conclusão

## INTRODUÇÃO

Toda tese de natureza política, quando em debate, é diferentemente encarada por quem a discute, pois a sua compreensão, o seu encaminhamento e a sua possível solução estão estreitamente ligados à formação filosófica de cada um.

Assuntos desse jaez, essencialmente humanos, e, por isso mesmo, universais, contêm, entretanto, acentos nacionais específicos, que hão de ser devidamente considerados no exame dos problemas, sob pena de divagações inconsistentes.

A realidade nacional dos povos se inscreve na realidade internacional do mundo, da qual não pode dissociar-se, mas da qual, certamente, se diversifica.

Já se disse, a nosso ver com razão, que só o que for autenticamente nacional é autenticamente humano, e isto porque os homens que constituem a "humanidade" não são uma coisa abstrata, antes estão presos ao seu meio étnico, social, econômico, moral e geográfico.

Isso explica porque algumas questões como, por exemplo, o exercício da liberdade, a garantia de direitos individuais, a intervenção estatal, o regime da propriedade, a organização da família, o sistema de trabalho, a estruturação jurídica do Estado, que interessam a todos os homens, de todos os tempos e de todos os lugares, só poderão ser racionalmente equacionados se os considerarmos, não somente em seus termos ideológicos, mas, também, em seus termos nacionais, isto é, tendo-se sempre em mente as condições espaciais específicas de vida dos diversos povos.

A verdade é que qualquer acontecimento importante que ocorra, hoje, na vida de qualquer povo, de qualquer continente, tem repercussões, mediatas ou imediatas, tênues ou marcantes, sobre a vida de todos os outros povos, pois, embora acontecendo em um país, isto é, sendo nacional, esse acontecimento é **humano** e, como tal, **interessa** a todos os homens de todos os lugares.

Nesse sentido é que se pode dizer, com Cícero, que a pátria do homem é o mundo, ou, com Wendel, que o mundo é um só, afirmações que nos permitem assegurar que tudo que é humano é igualmente nacional, porque nada acontece fora de **um** clima, de **uma** economia, de **uma** "raça", de **uma** cultura, de **uma** sociedade, de **uma** nação.

Aceitas essas premissas, teremos estabelecido os fundamentos para o nosso trabalho, o qual se desenvolverá, portanto, em termos contingenciais e em função de um fim último e permanente, a ser tentado através de um regime político, por ser este o meio natural de coexistência dos homens, no qual eles implantam instituições capazes de possibilitar-lhes a consecução de seus ideais.

Pretendemos contribuir, de algum modo, para a descoberta de um "modelo político" para o Brasil, atendendo, assim, à chamada do Presidente da República, que, para tanto, convocou todos os brasileiros.

O tema a abordar é, logo se vê, vasto, complexo, profundo, difícil, comportando inúmeras facetas.

Evidentemente, um modelo político inclui um modelo econômico e um modelo social, visto que a política é abrangente, em sua acepção mais ampla, engloba todas as categorias de existência coletiva, ao mesmo tempo que, por ser uma ciência, está vinculada a uma filosofia, ou seja, a uma compreensão integral do homem e do universo.

Esse entendimento induz à convicção de que a "construção" de um modelo político brasileiro há de ser obra não apenas de políticos, mas ainda de filósofos, de sociólogos, de juristas, de economistas, de educadores, de psicólogos, de geógrafos, enfim, de quantos possam, de alguma maneira, participar do processo cultural do País.

Limitaremos, por isso, o nosso estudo a alguns problemas de caráter mais acentuadamente político, todos controversos, sem dúvida, mas todos, em nosso modo de ver, de importância fundamental para o Brasil e na solução dos quais achamos se devam fixar, com nitidez, certos marcos fundamentais para a instituição, no País, de um regime político realmente humano e realmente brasileiro.

## DEMOCRACIA, ANTES DE TUDO

Desde os começos dos tempos históricos os homens lutam renhidamente em busca de um sistema de vida em comum onde lhes seja garantida uma distribuição mais eqüitativa dos bens da civilização e da cultura, de forma que possam cumprir, superiormente, seu destino de seres livres e teleológicos.

E, dos entrechoques de idéias, muitas vezes sangrentos, chegou-se à conclusão de que, pelas experiências realizadas, o regime mais adequado às necessidades humanas, o único suportável (porque o único em que eles encontraram efetivas condições de vida e desenvolvimento), foi o democrático.

Quando, por conseguinte, se cogita de um modelo político, a primeira coisa a deixar bem clara é que esse regime há de ser democrático.

Sucede, todavia, que a palavra democracia é, hoje, não raro, uma bela bandeira a encobrir mercadoria suspeita, urgindo, pois, antes de tudo, fixar-se, com precisão, o seu conceito.

A democracia é ou não é. Pode-se, todavia, falar da democracia plena e da democracia em desenvolvimento. Porque as condições ambientais em que a democracia se realiza variam de país para país, de cultura para cultura.

Certo é, também, que a democracia é totalitária, na medida em que integra todas as categorias de vida coletiva: a política, a social e a econômica.

O desconhecimento — ou o esquecimento — desses aspectos que a cercam e a distinguem é que tem levado os homens a falsas definições.

Donde falarem alguns em *democracia econômica*, outros em *democracia social*, outros em *democracia política*, quando não se deve separar, nela, os elementos econômicos, sociais e políticos, que nela se entrosam, se condensam, se completam e se harmonizam, para, justamente, compô-la como um todo que, no consenso mundial, constitui a meta de todos os povos.

É claro, repitamos, que, em sua forma, a democracia pode apresentar-se de maneiras diferentes nos diversos países que a adotam, uma vez que o seu processo de execução está necessariamente vinculado às disponibilidades culturais desses países.

Inglaterra, França e Estados Unidos, para só citar três exemplos, são Estados democráticos e, no entanto, são grandes as diferenças nos sistemas políticos, dentro dos quais é a democracia perseguida, em cada um deles.

É que a nação é uma realidade positiva, inalienável, e, por isso, o **nacional**, ou seja, aquilo que cada povo tem de próprio, de típico, de específico, de **seu**, há de influenciar na sua organização política, social e econômica, informando, assim, as suas instituições e dando determinada fisionomia ao Estado em que a nação juridicamente se projeta.

Esse condicionamento nacional dos regimes políticos não implica, porém, nenhum conceito de relatividade, vale, exclusivamente, como uma maneira própria, digamos **pessoal**, de se procurar um mesmo objetivo: o bem comum.

Mediante **seus** recursos, de acordo com os **seus** métodos, dentro de **suas** oportunidades, os povos têm, contudo, na procura da democracia, **um mesmo e único objetivo**. Através da democracia, buscam-se aqueles fins superiores da existência, que só ela, no plano político, é capaz de ensinar. Isso mesmo é o que ensina Tristão de Athayde, quando escreve:

“Se aceitarmos aqueles princípios gerais da política que ontem desenvolvemos em resumo, como sendo a ciência, a arte e a virtude no governo do bem comum, podemos admitir que haja mais de um tipo de democracia. O que não podemos admitir, sem incoerência, é que possa haver uma democracia sem o respeito àquelas três notas típicas de autenticidade política. E a primeira delas é a universalidade e a intemporalidade de exigências fundamentais, com uma legalidade baseada no respeito à liberdade e à justiça, nos direitos intocáveis do cidadão, no voto livre, na liberdade de imprensa, na justiça social e em tudo que exprime a participação efetiva do povo no governo do Estado.” (1)

Os rumos da democracia são universais, invariáveis no espaço. O modo de segui-los é que depende das **condições** nacionais de cada povo, que os tenta, por isso, por **processos** variados.

De qualquer modo, seja em que país for, a democracia, em essência, é uma só, e — escreve Afonso Arinos (2) — o que a caracteriza — “são, primeiro, as fontes do poder; segundo, a temporariedade do poder; terceiro, respeito aos direitos humanos”.

(1) Tristão de Athayde — “Democracia e democracias” — in *Jornal do Brasil*, de 3-6-1977.

(2) Afonso Arinos de Melo Franco — Depoimento no inquérito feito pelo *O Globo*, publicado em 30-5-76, sob o título: “A democracia está morrendo?”.

Com a monarquia ou com a república, com o presidencialismo ou com o parlamentarismo, com o federalismo ou o unitarismo, com o bi ou o unicameralismo, a democracia é, em substância, sempre igual a si mesma, integraram-na certos valores permanentes, imutáveis, irreduzíveis às contingências nacionais.

O mesmo sucede com outras ideologias, como o socialismo. Seus processos variam na URSS, na China, na Hungria, na Iugoslávia, em Cuba, na Polônia, na Alemanha Oriental, no Vietnã e em outros países. Em cada um deles o socialismo apresenta uma cor própria. Entrementes, no que tem de essencial, ele é o mesmo em todas as nações que o adotaram.

Supremacia do fator econômico na estruturação da sociedade; intervencionismo estatal sem limites; luta de classes como determinante da história; propriedade coletiva dos bens de produção; materialismo como filosofia de vida, são, entre outros, acentos tônicos de todos os regimes socialistas (ditos comunistas), pois estão no próprio cerne da doutrina marxista, fonte inspiradora de todos eles.

Poder oriundo da vontade popular; prevalência dos valores espirituais sobre os materiais; liberdade de pensamento e de iniciativa; garantia da propriedade privada; representatividade do povo no governo; respeito aos direitos fundamentais do homem, são, a seu turno, princípios inerentes à democracia, seja esta tentada em países ultra ou subdesenvolvidos.

Conseqüentemente, quando, em debates sobre a democracia, se fala em relatividade, deve-se entender que, no que lhe toca, somente são relativas as possibilidades de cada povo de alcançá-la, visto serem os diferentes países diferentemente desenvolvidos.

Possui ela, fora daí, algo de absoluto, e esse absoluto está no seu conteúdo humanista, que faz da democracia um ideal político permanente, pelo qual os povos vêm batalhando há séculos.

Democracia é liberdade, é igualdade, é solidariedade. É regime do povo, com o povo, pelo povo, para o povo. Se o povo não está presente na condução da coisa pública, não se fale em democracia, mesmo que tudo esteja correndo às maravilhas.

Pode um ditador praticar atos genuinamente democráticos. Entre nós, inclusive, temos o exemplo de Vargas, que, quando ditador, iniciou, no Brasil, uma verdadeira revolução social, através de uma legislação trabalhista de largo alcance democrático. Nem por isso, no entanto, se deve confundir as coisas, e, por muito que o Estado Novo tenha feito — e fez — pelo povo e pelo Brasil, ele não foi um Estado democrático.

O mesmo se pode dizer em relação à Itália de Mussolini, à Alemanha da era de Hitler, ao Portugal Salazarista, à Espanha de Franco e à Rússia de Stalin.

Seria estupidez ou má fé não reconhecer que, naqueles países, com aqueles ditadores, não se tenha, em determinados setores de atividade,

feito algo de bom e de sério para o povo, conquanto a democracia tenha sido banida de todos eles.

De outro lado, ninguém ignora que, até nos Estados democraticamente mais adiantados, seus governantes — quando não seu próprio povo — às vezes praticam atos que ferem frontalmente a democracia. A discriminação racial, nos Estados Unidos, e a discriminação religiosa, na Irlanda, comprovam essa assertiva.

Assente esse entendimento, forçoso é reconhecer, também, que, justamente pela altitude em que se coloca o ideal democrático, é muito difícil atingi-lo e, para alcançá-lo, temos de caminhar por etapas, embora sem tergiversações.

O senso das realidades obriga, por isso, muitas vezes, a certas paradas e, mesmo, a certos recuos, que devemos tomar como estratégias, para efeito de resguardar a democracia, convindo firmar-se que esses recuos e essas paradas não de ser situados como incidentes, apenas, inevitáveis, porém temporários, no processo de desenvolvimento democrático.

O mal é que, ali como aqui, há os que procuram eternizar o efêmero, à base de argumentos especiosos, como o de que o povo não esteja preparado para a democracia.

Ora, os povos, todos os povos, não são mais do que agrupamentos de homens, os homens são todos iguais em natureza e todos, de qualquer parte, de qualquer condição e em qualquer situação, sonham, em sua vida comunitária, com aqueles valores que a democracia representa e por eles pugnam.

Dentro dessa visão política, havemos de admitir que todos os povos, em princípio, estão preparados para a democracia, se bem que, de acordo com os seus recursos e a sua cultura, a pratiquem com maiores ou menores imperfeições.

Assim, cabe afirmar, sem sofismas, que a democracia, seja qual for a sua modalidade nacional, exige:

- a) poder fundamentado na vontade do povo;
- b) regime representativo, com a participação do povo na condução da coisa pública, através das assembleias legislativas;
- c) eqüitativa participação de todos nos bens da civilização e da cultura, isto é, igualdade efetiva de oportunidades para todos os homens, o que significa justiça social;
- d) garantia dos direitos fundamentais do homem: direito à vida, direito à educação, direito ao trabalho, direito à assistência e direito ao ideal;
- e) pluralidade de partidos, a fim de que sejam aceitas todas as correntes de opinião;

- f) subordinação dos valores materiais aos valores humanos, posicionando-se o Estado como órgão a serviço do homem, logo, colocando-se no homem, na sua plena realização, o fim último do Estado; e
- g) decorrentemente, intervenção do Estado unicamente na medida em que se fizer necessária para que a sociedade que ele representa alcance os seus objetivos, ou melhor, para que a nação se estruture, se fortaleça, se afirme e se movimente, no concerto internacional, como uma coletividade humana.

Finalizando essas considerações em torno da democracia e do papel do Estado, lembremos um trecho das "Exigências Cristãs de uma Ordem Política", documento editado pela Conferência Nacional dos Bispos Brasileiros, que se ajusta, com precisão, ao nosso pensamento sobre a matéria:

"No nível dos fins, o Estado ordena-se à pessoa. Essa, como sujeito de direitos naturais inalienáveis, é origem, centro e fim da sociedade. No nível da execução deste fim, as pessoas subordinam-se ao Estado, que dispõe da autoridade para urgir a colaboração de todos no esforço comum. Em virtude desta autoridade, que tem sua justificação nos planos de Deus, sendo o homem, por sua natureza íntima, um ser social, **o Estado pode tudo aquilo e só aquilo que é exigido para a realização do bem comum.**" (3)

#### PLURIPARTIDARISMO, UMA EXIGÊNCIA DA DEMOCRACIA — PARTIDO E IDEOLOGIA

Estabelecido ser necessário, em um modelo político brasileiro, resguardar-se a democracia, que a história demonstra ser o melhor dos regimes políticos, passemos a um outro tema de relevo, intimamente associado ao da democracia, também apaixonadamente discutido, nem sempre convenientemente equacionado, e que deve, igualmente, ser analisado a fundo, com honestidade, isenção e patriotismo, eis que de sua boa colocação depende a própria estabilidade da democracia.

Pronunciamentos os mais variados têm sido feitos a respeito, uns sérios, neutros, outros casuísticos; uns fundamentados, outros superficiais; uns idealistas, outros cínicos; uns bem intencionados, outros interesseiros; uns realistas, outros fantasiosos.

A verdade, não obstante, é que o problema dos partidos, em uma democracia, é dos mais importantes e deve ser encarado com objetividade, senso realista e civismo, considerados, apenas, os superiores interesses do homem e da coletividade.

Partido é uma organização que visa ao poder. Mas não ao poder pelo poder, como um fim, e, sim, como meio. Porque o poder não pode ser

(3) Exigências Cristãs de uma Ordem Política — documento da CNBB.

isolado de suas fontes e de seus fins. O poder, em si, é neutro. Não é um bem, nem um mal. A sua qualificação está na dependência do emprego que dele se fizer. E essa sua utilização está vinculada aos fins que o partido tem. A ideologia do partido. Porque o partido é uma ideologia em ação. O partido quer o poder para, através dele, realizar um programa. E um programa é uma carta de princípios. É uma filosofia política. É uma ideologia. Não se pode conceber um partido que pretenda o poder pelo poder. Isso seria o **não partido, o não poder**. Política, ciência do Estado, pressupõe uma compreensão do Estado, um conceito de Estado, um objetivo para o Estado. Que objetivo é esse? O que o partido que alcançar o poder inserir em seu programa. Isto é, a ideologia do partido que estiver no poder.

O partido comunista quer o poder para, pelo Estado, implantar o comunismo.

O partido fascista busca o poder para, por ele, organizar o Estado à imagem e à semelhança do fascismo.

Os partidos democratas não de tentar, também, pelo poder, a execução da ideologia democrática.

Todo partido político autêntico há, por isso tudo, de ser ideológico. O que não quer dizer que atue fora das realidades.

Um partido, por ser programático, nem por isso deve deixar de ser, igualmente, pragmático. Porque um programa não pode cegar os que o adotam, tirando-lhes o senso comum e a visão da realidade. Os homens de partido, sendo políticos, sabem que a política, sobre ser uma ciência, é, também, uma arte, a arte do possível, e esse **possível** é determinado pela realidade do meio em que os homens operam.

No Brasil, os velhos partidos, por vícios de nossa formação cultural, sempre estiveram alheios a essa realidade. Limitamo-nos, no passado, a imitar modelos alheios, europeus e americanos. Vivíamos de costas voltadas para a nossa terra, embasbacados com as coisas de além-mar. Vale, por isso, a crítica de Vamireh Chacon:

“O que nos faz falta é, acima de tudo, uma visão global da realidade nacional, para, a partir dela, tentarmos montar estruturas que sejam duradouras, isto é, atendam às realidades nacionais”. (4)

Depois de 1930, e, principalmente, depois de 1937, com a pregação nacionalista de Vargas, simbolizada na “marcha para o oeste”, passamos a olhar mais brasileiroamente os nossos problemas.

Essa visão da realidade é indispensável aos partidos. Porque essa realidade é elemento típico, nacional, condicionante de suas atividades. É, em última análise, a **cultura** de cada país, o fator caracterizante da história de cada povo, inclusive de suas instituições.

(4) Vamireh Chacon — entrevista a O Globo, em 20-12-78.

Nenhum partido pode dispensar esse elemento, que é o **chão** em que ele pisa, e, se não o levar em conta, faltar-lhe-á base e ele não se firmará.

Isso explica as diferenças formais que existem entre os regimes socialistas na URSS, na Hungria, na Iugoslávia, na China, na Polônia e em Cuba, por exemplo; como explica, do mesmo modo, as diferenças entre os regimes democráticos na Inglaterra, na França, na Alemanha Federal e nos Estados Unidos; como explicou, no passado, as diferenças entre os regimes fascistas de Portugal, da Itália, da Espanha e da Alemanha.

Entretanto, malgrado essas nuances, o socialismo, como ideologia, é o mesmo na URSS, na Hungria, na Iugoslávia, na China, na Polônia e em Cuba; como a democracia é idêntica na Inglaterra, na França, na Alemanha Federal e nos Estados Unidos; como o totalitarismo da direita foi igual em Portugal, na Itália, na Espanha e na Alemanha.

Os valores fundamentais do socialismo não mudam na filosofia política que inspira os diversos países que o praticam, nem os valores últimos da democracia diferem nas nações que a adotam, nem os valores básicos do fascismo divergem nos Estados que o seguiram.

Nenhum partido é, portanto, autêntico, se não estiver a serviço de uma ideologia, pois esta é sua tônica, a nota que o marca, o traço que o distingue, o sinal que o qualifica.

Partido puramente pragmático, na acepção de organização que busque o poder pelo poder, é a negação mesma do partido, definido como instrumento institucional com que se tenta o poder, sim, mas, para neste, com este, e através deste, chegar-se à consecução daqueles ideais que os homens nele agremiados procuram. Só uma ideologia justifica a criação de partidos e a luta pelo poder que, dentro deles e por eles, os homens empreendem.

Partido sem ideologia não é partido, é simples aglomeração amorfa de indivíduos, é uma farsa, é um espetáculo triste, às vezes até circense.

Realmente, nada mais doloroso, no plano político, que presenciar-se, dentro de um mesmo "partido" alguns indivíduos defendendo a intervenção estatal, enquanto outros advogam o *laissez-faire*; uns pregando o federalismo, outros o sistema unitário; uns querendo o regime bicameral, outros o unicameral; uns a livre iniciativa, outros o controle das atividades produtivas. E, infelizmente, em muitas partes do mundo, inclusive no Brasil, é o que se tem visto.

Política é atividade ideológica, que se pratica com vistas a um objetivo. Lincoln, Hitler, Stalin, Salazar, Franco, Mussolini, Churchill, Kennedy, Gandhi, esses foram, realmente, políticos. E foram, todos, homens de partido. Homens que tinham uma ideologia e lutaram por ela (até morreram por ela). E que, no poder, tentaram executar seus programas, transformando suas idéias em realidades sociais.

Se, em todos os países, há múltiplos partidos políticos, isso ocorre justamente porque os homens têm diferentes e divergentes concepções

da vida, das coisas do mundo. Pensam diferentemente sobre os problemas da religião, da economia, da administração, da educação, da família, da política. E como todos se consideram certos, achando melhores que as dos outros as suas idéias, e desejando, por isso, que elas prevaleçam, reúnem-se em grupos afins, isto é, em diferentes partidos, dentro dos quais e através dos quais tentarão atingir o poder e, uma vez no poder, implantar suas idéias.

Isso explica os partidos da direita, do centro, da esquerda, da meia direita e da meia esquerda.

Há uma gama enorme de idéias, razão por que os homens se organizam em tantos partidos. **Trahit sua quemque voluptas**, já dizia Virgílio.

Não podemos, dessarte, admitir partidos exclusivamente pragmáticos, pois, fazendo-o, estaríamos criando partidos sem finalidade, cujos membros, ao invés de políticos, seriam a própria negação destes, eis que pretendendo o poder pelo poder, desvirtuariam o sentido da política, atividade necessariamente teleológica e que, desse modo, seria ofendida, humilhada, distorcida e degradada.

O poder, repitamos, em si, é neutro. E é, também, o elemento único pelo qual os povos podem realizar o seu destino. Esse destino está marcado pelo uso que se fizer do poder. E isso é obra dos partidos, que, pelo poder, procuram alcançar esse ou aquele fim, ou seja, realizar esse ou aquele programa, em suma, transformar, em vivências políticas, sociais e econômicas, as suas idéias, a sua filosofia, a sua concepção do homem, da vida e do universo. Como diz G. Burdeau: "le pouvoir est une force au service d'une idée". (5)

O que o partido faz, uma vez no poder, é, **mutatis mutandis**, o que o pai, no lar, procura fazer, exercendo seu **pátrio poder**; o que o professor tenta, nas escolas, com sua autoridade de mestre; o que o empresário, como chefe de empresa, executa no setor industrial ou comercial.

O pai usa seu poder para evitar aos filhos os maus caminhos e fazê-los seguir os bons; o professor prega as verdades que aceita e que julga as melhores para os seus discípulos, que procura, assim, modelar ao seu jeito; da mesma maneira, o empresário, na direção de suas empresas, conduz-se segundo um princípio e visando a um objetivo claro, para tanto servindo-se de um método adequado.

Em síntese, os homens, quando não fogem à sua natureza, agem sempre em função de uma meta a atingir, e, se assim procedem, em sua vida particular, não modificam sua conduta quando operam no plano coletivo, ao ingressarem num partido político.

Ter uma "filosofia de vida" é da essência mesma do homem, e este, que jamais renuncia a ela, sabe que, em política, o único modo de conseguir o que se almeja é chegando ao poder, e este, normalmente, só pode ser obtido através do partido.

(5) G. Burdeau — *Traité de science politique* — Paris, 1966.

A propósito, é verdadeiramente edificante o que se passou na URSS, do que nos dá notícia o escritor americano Joseph Davies. Conta ele, no seu livro "Missão em Moscou":

**"A 5 de março, no Plenário do Comitê Central do Partido, Stalin pronunciou um discurso extraordinário sobre esta questão. Criticou o Partido, por este ter dado excessiva atenção ao desenvolvimento econômico e muito pouca ao funcionamento da máquina partidária. Exigiu que cada membro do Partido se tornasse um soldado vigilante da proteção de seus ideais contra os Estados capitalistas, os espões estrangeiros etc."** (6)

E comenta:

**"na URSS a política penetra nas fábricas, nas oficinas, nas casas comerciais, nos transportes, etc."**

Dessa notícia, verdadeira aula de política dada por Stalin, cabe destacar:

**1º —** Justamente no maior país onde se processa a experiência do marxismo, sistema filosófico conhecido como "materialismo histórico", no qual se dá supremacia ao fator econômico no jogo das relações sociais, o Chefe de Estado condena a "excessiva atenção" dada ao desenvolvimento econômico, em prejuízo "do funcionamento da máquina partidária", conclamando os soviéticos a que sejam "soldados vigilantes da proteção de seus ideais".

Isso é bastante significativo e exprime toda a força das ideologias. Patenteia a primazia do ideal na informação das sociedades, mostrando a necessidade de não se fugir aos princípios e aos fins da filosofia que nós aceitamos para explicar e justificar a vida.

**2º —** Daí decorre, também, outro ensinamento: a necessidade da infiltração política em todos os setores de atividade humana. Porque uma ideologia só se realiza pela política, isto é, quando os seus princípios se traduzem nos órgãos institucionais que regem a vida coletiva.

Os democratas devem aproveitar a lição. Devem, também, estar presentes, com as suas idéias, nas fábricas, nas oficinas, nos lares, nos escritórios, nas repartições, nos quartéis, nos campos e nas cidades. Discutindo, doutrinando, tentando conscientizar os seus semelhantes para as excelências da democracia. É como indaga Maritain: "... não terá a santidade cristã que trabalhar no lugar onde também trabalha o heroísmo particular da foice e do martelo, do fâscio ou da cruz gamada?" (7)

A política (autêntica) é sempre um veículo de idéias, que ela semeia por todo o território humano dos Estados. Não há política verdadeira sem ideologia, sendo esta a medida do seu valor.

(6) Joseph Davies — *Missão em Moscou* — Editorial Calvino — Trad. de Eduardo de Sena Castro — Rio, 1942.

(7) Jacques Maritain — *Humanismo Integral* — Trad. de Afrânio Coutinho — Comp. Editora Nacional, 1942 — São Paulo.

Assim como variam ideologias, variam os problemas políticos. Entretanto, todo sistema político tem, como fim último, o bem comum. Para atingir esse fim é preciso, porém, um instrumento apropriado. Este instrumento é o Estado. É por intermédio dele que os partidos tentam efetivar o seu conteúdo ideológico. O Estado oferece, desse modo, uma outra face. Organizado em função de uma ideologia, já não vale apenas como um instrumento passivo nas mãos do partido. Coloca-se, agora, em posição ativa. Passa à condição de agente. Colhe, por isso, na hipótese, repetir Hans Eckardt: "O Estado não é só o objeto, mas também um artista". (8) Nesse sentido, pode-se dizer que o povo (nação) se realiza através do Estado. O Estado é, então, a própria nação em movimento. Em sua afirmação histórica. Donde a observação de Spengler: "a história é o Estado pensado em movimento". (9)

O valor insubstituível do partido se avalia justamente quando se chega à conclusão de que é ele que, no poder, informa o Estado em acordo com a ideologia que representa e que, por isso, o Estado passa a movimentar-se, no plano histórico, em busca de fins precisos.

Não há, pois, como negar: partido político, para ser autêntico, tem que ser ideológico. O que não significa dizer que opere "no mundo da lua". Repitamos: **o programático não exclui o pragmático**. Os dois termos se ajustam e se completam. O programa é o **ideal**, o processo é o **real**. E o ideal só pode ser tentado dentro da realidade, do possível, sem que, por isso, deva ser abastardado. J. Blanco Ande teceu, a respeito, considerações que se casam com muita precisão ao tema em debate:

"El Poder no puede reducirse a fuerza ciega, bruta. Esa fuerza material deve estar plegada a unas normas, y las normas promulgadas en función de una cierta ideología."

E mais:

"... no predomina la fuerza sobre la idea, sino al revés. Es la potencia de esa idea la que da fuerza al propio Poder." (10)

Expostas e analisadas assim as coisas, concluímos:

**a) Os partidos devem ser ideológicos.** Porque só dessa maneira serão realmente partidos políticos. O pragmatismo, de que todos igualmente precisam, vale, apenas, como um método de ação que eles não podem desprezar, porque imposto pela realidade das coisas. Certamente nenhum partido poderia atuar em um ambiente sem atentar para as suas condições específicas, ou seja, para as realidades circunstantes, e isso é ser pragmático. Isso não impediria, porém, que o partido, fosse qual fosse o meio em que operasse, tivesse um ideal a atingir e pelo qual lutasse. As ideologias, sendo naturalmente humanas, são universais, transcendem

(8) Hans Eckardt — **Fundamentos de Política** — Trad. esp. de Rafael Luengo — Editorial Labor, S/A — Barcelona — Buenos Aires, 1932.

(9) Oswaldo Spengler — **Anos de Decisão** — trad. de Herbert Castro — Edições Meridiano — Porto Alegre, 1941.

(10) J. Blanco Ande — **Teoría del Poder** — Ediciones Pirámide S.A. — Madrid, 1977.

dos espaços geográficos. A prova disso é que o mundo todo está, praticamente, dividido entre o socialismo e a democracia.

**b) Em uma democracia, impõe-se a pluralidade de partidos.** Realmente, regime autenticamente humano, pois é o homem a própria razão de ser da democracia, nesta não se pode admitir a existência de um só, ou de apenas dois partidos.

**Cada cabeça, cada sentença,** já diz o adágio popular. É claro que, em política, não se poderia chegar a tanto. Mas não podemos reduzir as aspirações políticas do homem a ponto de concentrá-las em um só ou dois partidos.

O Estado, reprimos, é um instrumento de realização nacional do povo. Através dele é que as nações se estruturam, se firmam e se afirmam, nele projetando sua vontade, expressa em uma filosofia política. *A partir daí, o Estado ganha autonomia. Movimenta-se por conta própria.* Mas, aí ele se confunde com a própria nação. Nesse sentido é que se pode dizer que ele é a própria nação em seus movimentos históricos, coordenados e conscientes. Como diria Pedro Calmon: "Encarado com realismo, é (o Estado) a própria sociedade nacional num alto grau de evolução." (11)

Nação são homens. E os homens se diversificam infinitamente em suas concepções de vida, todos se considerando "donos da verdade", todos sonhando com um mundo feito à imagem e à semelhança de suas idéias, o que explica a variedade imensa de doutrinas religiosas, filosóficas, políticas, sociais e econômicas.

Certamente não seria possível, no mundo político, admitir-se tantos partidos quantos fossem os entendimentos humanos acerca da organização das sociedades nacionais.

De outro lado, não podemos, a não ser violentando a natureza humana no que ela possui de mais legítimo, aprisionar milhões de seres humanos nos estreitos compartimentos de uma só ou de duas agremiações políticas.

**Nem tanto ao mar, nem tanto à terra,** diria Acácio, com o seu sábio senso comum...

Em defesa de nosso ponto de vista, cumpre precisar bem que não é função do partido ser a favor ou contra o governo, muito menos ser isso ou aquilo de maneira incondicional. O **incondicionalismo** é deprimente, humilha o homem, fá-lo decair de sua dignidade. Se há uma coisa que não admite condicionamentos é, justamente, a defesa de um ideal. E o ideal é a razão de ser do partido político autêntico. O que este busca é, pelo poder, realizar o seu programa, no qual está uma compreensão política, uma compreensão social e uma compreensão econômica das coisas. Visa, assim, a implantar uma organização coletiva, nacional, de vida, obediente a princípios determinados e a fins preestabelecidos.

(11) Pedro Calmon — Curso de Direito Público — Livraria Freitas Bastos — Rio, 1938.

Essa realidade humana, que deve estar na base, na essência e no fim do Estado, fulmina o uni e o bipartidarismo, porque tais sistemas fogem a essa realidade e ofendem a consciência política dos povos.

No atual estágio da civilização brasileira, estamos que cinco partidos poderiam englobar, de maneira satisfatória, as diversas tendências políticas do homem: um partido do centro, um da esquerda, um da direita, um da meia direita e um da meia esquerda.

Dentro deles caberiam, certamente, os ideais políticos da maioria dos homens, que, então, através deles, poderiam participar efetivamente do processo político, ou seja, de estruturação e movimentação do Estado.

Entre nós, cabe, por justiça, realçar a obra que, a respeito, efetuou a Constituição de 1967.

Pela primeira vez, no Brasil — e talvez, mesmo, entre povos civilizados —, uma Constituição dedicou um capítulo aos partidos políticos, institucionalizando-os, eis que lhes atribuiu um papel responsável dentro do Estado.

Ao prescrever (art. 152) que os partidos observariam, em sua organização e funcionamento, entre outros princípios, “o regime representativo e democrático, baseado na pluralidade” e “na garantia dos direitos fundamentais do homem”, bem como deles exigindo, como campo de ação, o “âmbito nacional”, a Constituição em vigor fincou alicerces realmente humanos e democráticos para a criação dos partidos, autenticando-os e valorizando-os, inclusive porque, ao proibir “coligações partidárias” e determinando a perda de mandato de parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda foi eleito, revelou neles, implicitamente, um conteúdo ideológico, a ser resguardado de alianças espúrias.

### É PRECISO REVER O REGIME FEDERALISTA

Amaro Cavalcanti, decorrido apenas um decênio da proclamação da República, já criticava o federalismo que se implantara no Brasil. Verberava ele os governos das antigas Províncias, que ele dizia se terem transformado em “uma espécie de patrimônio ou a presa exclusiva de certos indivíduos ou de um grupo, que explora irresponsavelmente, em nome de sua autonomia de Estado federado”.<sup>(12)</sup>

Esse fracasso do federalismo, esperado por muitos, teve as suas razões assim surpreendidas e expostas por Oliveira Viana:<sup>(13)</sup>

“Como já dissemos, na sua maioria, os Estados não estavam preparados para a autonomia plena, que lhes deu o regime federativo. Não havia em muitos deles elites locais, capazes de governá-los sabiamente, muitos deles não possuíam ainda uma base econômica suficiente para que sobre ela se pudesse assentar um regime tributário à altura das novas responsabilidades econômicas.

(12) Citado por Osvaldo Trigueiro em “Crise do Federalismo”, no livro — *Problemas do Governo Brasileiro* — Brasília, 1976.

(13) Oliveira Viana — *Evolução do Povo Brasileiro* — Comp. Editora Nacional — São Paulo, 1933.

De tudo isso resultou a mesquinhez e a insuficiência da ação administrativa dos poderes locais. Os grandes serviços públicos, especialmente a viação, o ensino, o fomento rural, não puderam ser empreendidos.

Dai a necessidade crescente da ação supletória da União. Dai conseqüentemente, com raríssimas exceções, o sentimento cada vez mais generalizado da incapacidade das administrações estaduais. Por toda a parte se difunde e se radica o sentimento contrário, o sentimento de superioridade do poder federal como força incomparável de organização, coordenação e administração."

Também Rui Barbosa curvou-se ante a realidade: (14)

"Eis o que vem a ser a Federação no Brasil. Eis no que dá, por fim, a autonomia dos Estados, esse princípio retumbante, mentiroso, vazio de vida como um sepulcro, a cuja superstição se está sacrificando a existência do País. O princípio da nossa nacionalidade, oferecida em pasto às cobiças intestinas, até que outras a venham devorar."

Mais:

"O federalismo desembocou no desgoverno, a anarquia, o absolutismo, a eliminação da lei, a quebra da Constituição Federal, praticados com impunidade, com desgarre, com estrondo."

Nos dias atuais, Osvaldo Trigueiro (15), mirando as situações do federalismo no passado e no presente, reconhece:

"De modo geral, as críticas têm procedência: a Federação não realizou, sob a primeira República, o ideal dos Constituintes, e, na fase atual, é evidente que não está tendo o desejado êxito."

E acrescenta:

"Nosso federalismo, como em geral o federalismo latino-americano, sempre foi tido como tanto ou quanto artificial."

Também Carlos Medeiros da Silva (16) é positivo na condenação do sistema. Fazendo um estudo do federalismo, da Proclamação da República aos nossos dias, conclui:

"... a idéia federalista, tal como foi concebida em 1891, é hoje um anacronismo."

Mais contundente, ainda, é Alfredo Valadão: (17)

"... a nossa extravagante federação: de Estados que são Estados e de Estados que não são Estados, porque há Estados que

(14) Rui Barbosa, citado por Osvaldo Trigueiro.

(15) Osvaldo Trigueiro, ob. cit.

(16) Carlos Medeiros da Silva — "Evolução do Regime Federativo" no livro *Cinco Estudos* — Instituto de Direito Público e Ciência Política.

(17) Citado por Carlos Medeiros da Silva, ob. cit.

deliberam e Estados que não deliberam; de Estados grandes e de Estados pequenos; de Estados ricos e de Estados pobres.”

O exame imparcial do assunto nos revela, na paisagem federalista, a seguinte situação:

Na República Velha:

- a) só Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul gozavam, efetivamente, da autonomia federativa. Os demais Estados só a possuíam nominalmente, pois, de fato, sofreram repetidas intervenções;
- b) o poder dos Estados de contrair empréstimos externos foi usado abusivamente, redundando em enormes gravames para o País, levando-o a situações vexatórias;
- c) as polícias militares eram potencialmente um perigo para a unidade nacional.

O Estado Novo, pela sua natureza, suprimiu, praticamente, durante oito anos, o regime federativo.

De 1945 em diante, é cada vez maior, mais poderosa e mais constante a presença da União nos negócios dos Estados, quebrando-lhes praticamente a autonomia.

Vargas extinguiu as polícias estaduais, transformando-as em forças auxiliares do Exército, de onde saem os seus chefes, e, com isso, eliminou o principal suporte de pretensas autonomias.

Em todos os Estados, quase, existem universidades e escolas federais de variados níveis.

Há Juízes Federais em todas as Unidades da Federação, em todas elas atua a Justiça do Trabalho, também federal.

Estradas federais, de ferro ou de rodagem, cortam todos os Estados do Brasil.

Empréstimos para os Estados só podem ser feitos com autorização e aval do Governo Central.

O Governo Federal fixa limites para a produção agrícola, impõe preços, compra, vende, financia, empresta, concede incentivos, enfim, controla amplos setores das economias estaduais.

Certas riquezas, estejam onde estiverem localizadas, são monopólios da União.

O salário dos trabalhadores, em seu limite mínimo, é estabelecido, em cada Estado, pelo Poder Central.

Há zonas do interesse da segurança nacional, controladas pelo Poder Central, espalhadas por todo o território pátrio.

O próprio funcionalismo público estadual está sujeito a normas federais, até no tocante a sua remuneração.

Os serviços de combate às endemias rurais pertencem à União.

Já funciona o Ministerio do Interior. E aí estão a SUDENE, a SUDAM etc.

Afora isso tudo, ninguém ignora que, desde os primórdios da República, o Poder Central, sempre que julgou necessário, fez valer a sua autoridade nos Estados, solicitado ou não para isso, e, com isso, contrariando os princípios autonomistas.

Dai as observações objetivas, realistas e verdadeiras de Osvaldo Trigueiro <sup>(18)</sup> que, depois de dizer:

“Os Estados aos poucos vão deixando de ser coletividades públicas dotadas de efetiva autarquia, para transformarem-se em entidades autárquicas de governo regional, amplamente descentralizadas sob o aspecto administrativo, mas estritamente subordinados à hegemonia política, à supremacia legislativa e ao imperialismo econômico da União”,

finaliza:

“Sob as aparências de uma Federação ortodoxa em sua formulação jurídica, os fatores continuarão a trabalhar no sentido do unitarismo, do centralismo, do predomínio esmagador do poder federal...”

Tudo isso, e muitas outras coisas, mostram que o federalismo, no Brasil, é um mito. Mas não só um mito, é um **tabu**, também. Um **tabu** liberaisco, que aqueles indivíduos, políticos ou não, que pararam no tempo, insistem em apregoar como algo sagrado e intocável...

Para nós, a Constituição deveria proscrever, da estrutura político-jurídica nacional, a condição federativa, por irreal, nela se declarando, tão somente, ser o Brasil uma República Democrática, deixando-se a questão da autonomia estadual para ser tratada não como um imperativo constitucional, mas como assunto de legislação ordinária, a ser regulado em termos realistas, formais e conjeturais.

Acreditamos, mesmo, que a sobrevivência desse **tabu**, ainda mais assim, em caráter imperativo, representa um empecilho à obra do Governo Federal.

País de imensa base geográfica; de população ainda rarefeita; de zonas diferentemente desenvolvidas, onde se alternam regiões ricas e pobres; de recursos variáveis, o Brasil, para sua perfeita integração, homogeneização e desenvolvimento, exige, hoje, em todas as suas áreas políticas, econômicas e administrativas, um poder capaz de bem responder aos reclamos regionais.

Esse poder é o poder central, que, por isso mesmo, não pode nem deve ser entravado por prejuízos fora de moda, líricos, só utilizáveis pelos fantasmas do liberalismo clássico que por aí perambulam, insepultos...

(18) Osvaldo Trigueiro, ob. cit.

A Amazônia, por exemplo, aí está, como um tremendo desafio. É um exemplo formidável, sobre que meditar. Se não a ocuparmos, outros a ocuparão. Sua conquista é um imperativo da unidade nacional. Só poderemos, no entanto, conquistá-la, pelo poder maior, o poder central, que outro não dispõe de recursos para fazê-lo. Poder que terá de agir maciçamente no setentrião brasileiro, a fim de incorporá-lo, de modo efetivo, ao todo nacional. Para isso, porém, teremos de saltar, sem hesitações, as barreiras autonomistas do federalismo.

## REDIVISÃO POLITICA DO BRASIL

Tarefa igualmente necessária para o Brasil, e que não pode ser esquecida no momento em que se cogita de um modelo político para a nossa Pátria, é a redivisão política do País, assunto que sempre preocupou os estudiosos de nossos problemas de base.

A fusão do Estado do Rio com o da Guanabara foi acertada, como o foi a divisão de Mato Grosso em dois Estados. Mas a obra renovadora não pode parar por aí. Há de ser planificada e globalizada. Sobretudo racionalizada.

“A desproporção entre as áreas dos Estados não nos causou ainda surpresas e dificuldades porque exatamente as unidades federativas mais extensas são quase todas as mais atrasadas e, portanto, as menos capazes de tornarem-se desde já núcleos de sentimentos particularistas em proporção incompatível com o equilíbrio da nacionalidade”,

comenta Azevedo Amaral (18), e prossegue:

“Mas no dia em que Mato Grosso, Goiás, Pará e o Amazonas tiverem uma população de densidade considerável e o seu adiantamento econômico houver criado ali as condições sociais e políticas para o surto de um particularismo regionalista análogo ao que hoje se observa em alguns Estados, será provavelmente um problema de difícilíssima solução manter unida a nacionalidade em situação de equilíbrio tão instável.”

Os Estados mencionados são dos que exigem divisões. Seu gigantismo geográfico e seu atraso econômico indicam a redistribuição, aliás associada à revisão do sistema federalista.

A criação de novos Estados, tal como se procedeu em relação ao Acre, não nos parece aconselhável. Talvez fosse preferível, pelo menos na conjuntura político-jurídica vigente, dar às novas unidades a condição de Territórios.

Se extinto o regime federativo, as coisas ficariam mais fáceis.

Essa divisão teria, é lógico, de ser feita em consonância, exclusivamente, com os altos interesses nacionais, sem a menor concessão a pretensões de ordem regionalista.

(18) Azevedo Amaral — O Brasil na Crise Atual — Comp. Editora Nacional — São Paulo, 1934.

Temos, por esse tema, uma predileção antiga. Já em 1943, em conferência feita no Instituto de Ciência Política do Rio de Janeiro e publicada em "Cultura Política" <sup>(20)</sup>, discorremos sobre o assunto, dizendo:

"Batamos na mesma tecla: é preciso povoar o Brasil. O lugar comum, no caso, impõe-se, mesmo, como a expressão de um imperativo de nossa própria existência. Como apelo profundo da terra. Como um toque de alarme, uma ordem de comando inapelável da Pátria. Porque povoar o Brasil é conquistá-lo, e enquanto as nossas fronteiras étnicas não se confundirem com as geográficas, enquanto existirem no País **terras de ninguém**, em suma, enquanto não conquistarmos o Brasil integralmente e brasileira-mente, as noites pátrias não serão tranqüilas, o nosso sono estará sujeito a toda sorte de pesadelos.

A realidade tremenda aí está, plena de sugestões grandiosas, sim, mas, também, espessa de inquietude: todo um mundo esplendido de riquezas jaz ainda no abandono, por falta de agente humano capaz de movimentá-lo no sentido da edificação nacional.

A Amazônia, em geral, a zona do São Francisco, as ubérrimas regiões do Araguaia e do Tocantins, e outros pedaços do Brasil, aí estão, áreas fertilíssimas, verdadeiros eldorados, suficientes, por si sós, para garantir a nossa segurança e a nossa grandeza. Mundo mineral denso e variado, flora magnífica, fauna soberba — há de tudo, em abundância, nessas faixas enormes do nosso território, faltando-lhes, somente, o fator principal de todo progresso: **o homem**.

Terra, pois, farta e rica. Capital? É fácil arranjar-se. Mas, homens? **E o homem?**

Sim, faltam **homens** e falta **o homem**, sendo conveniente acentuar a distinção. Porque não bastaria encher tais espaços geográficos de braços, abdômens, pernas...

A distribuição de gente por esses vazios demográficos, problema de solução tão inadiável quanto possível nas atuais circunstâncias políticas, teria de obedecer, antes de tudo, a um critério não só **nacional**, como também **racional**. Em poucas palavras: tais regiões necessitam de gente, mas de gente capacitada para a ciclópica tarefa de construir, nesses desertos, uma civilização. De gente de qualidade, portanto. O movimento de penetração sertaneja teria de operar-se sobre bases culturais, incumbindo, assim, a verdadeiras elites a heróica empreitada.

Resumindo: os vácuos demográficos do País precisam ser apagados por indivíduos que não signifiquem apenas **números**, mas que sejam realmente **homens**. E homens **brasileiros**, visto que as

(20) Paulo de Figueiredo — "O Estado Nacional, Goiânia e a redivisão política do Brasil", in *Cultura Política*, ano IV — n.º 37 — Rio, 1943.

questões das “minorias raciais” e das chamadas “ilhas étnicas”, com todo seu complexo terrível de situações políticas, sociais, biológicas, morais e econômicas as mais difíceis, e de consequências as mais desastrosas, demonstram a necessidade de uma política **nacional**.

Urge, pois, conquistar o Brasil brasileiromente. Povoando o Brasil. Mas como? O caminho está traçado: redistribuindo politicamente o Brasil.

De fato, a solução para o magno problema, aquela que propôs as condições naturais — físicas, sociais e políticas — necessárias à completa posse do País, está indicada no ideário cívico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: a redivisão dos nossos quadros estaduais. Solução complexa, porque complexa a questão; solução difícil, porque difícil é a situação de um país jovem, geograficamente imenso, com zonas econômicas diferenciadas, dispondo de uma população rarefeita, insuficientemente preparada, não sedimentada etnicamente e ainda sofrendo os efeitos de meio século de deformação política e cultural.

Mas, solução impossível? Não. Depois que se construiu o canal do Panamá, depois que se mudaram cursos de rios, depois de Suez, depois da marcha estupenda de Raposo Tavares, depois de Goiânia, enfim, a verdade ressalta, incontestável: nada há de impossível aos homens que sabem querer.”

O que proclamamos, há trinta e cinco anos, pode ser repetido hoje. A situação, praticamente, não mudou. E o remédio para ela, em nosso entender, é o mesmo então aconselhado: a redivisão política do Brasil.

Há, a respeito, o Plano de Teixeira de Freitas, que pode e deve servir como ponto de partida para o encaminhamento de uma solução. Imperfeito, precisa ser alterado, corrigido, atualizado, mas as razões que o inspiraram permanecem e os princípios básicos que o nortearam ainda são válidos, como válidos, principalmente, são os fins nele consignados.

Teixeira de Freitas <sup>(21)</sup> adverte que a redivisão proposta tem condicionamentos preliminares, assim os esclarecendo:

“O quadro estadual só deixará de ser uma ameaça para o Brasil e elemento em grande parte negativo na economia da grande vida nacional:

1º — quando suas unidades tiverem relativa equivalência de área, a assegurar-lhes equivalência de potencial político, destinada a traduzir-se mais tarde em efetiva equipotência, como elementos realmente confraternizantes no seio da Federação;

2º — mas tão-somente, ainda, se essa área não for nem grande demais, para que um afortunado progresso nacional não faça

---

(21) Marlo Augusto Teixeira de Freitas — “A redivisão política do Brasil” In *Geografia e Educação* — Rio, 1942.

de um Estado potência usurpadora das demais e ameaçadora para a unidade nacional, nem excessivamente pequena, para que aos Estados não faleçam os recursos necessários;

3º — e, finalmente, desde que naturais desigualdades iniciais de povoamento, riqueza e progresso forem de logo atacadas a fundo pela interferência do Poder Nacional, na razão direta das necessidades de cada qual, distribuídos os recursos da comunidade, não privilegiando mais os já privilegiados, mas suprimindo ou fazendo reverter em benefício da coletividade os privilégios que as fatalidades históricas foram criando e os erros políticos sempre tenderam a agravar.”

Depois, assim propostas as bases de seu trabalho, o antigo Secretário-Geral do IBGE traça os seus objetivos finais:

1º — fixar o padrão de área entre os limites razoáveis de 250 mil e 350 mil km<sup>2</sup>, a fim de que, bem garantidos assim os fins políticos do novo quadro, se coloquem dentro dele sem alteração, e, portanto, incondicionalmente, ao lado da reforma, alguns dos grandes Estados atuais (São Paulo e Rio Grande do Sul, a que se juntariam Maranhão e Piauí), os quais só teriam motivos para ver com bons olhos o desaparecimento da ameaça que constituem para o futuro da Pátria os Estados de desmarcado âmbito territorial;

2º — assentar que nenhum Estado ceda território a outro do quadro atual, nenhum se veja apagado do mapa político do Brasil, nenhum perca sua capital;

3º — determinar, em consequência, que os pequenos Estados se associem, sem diminuição para nenhum, e sem desigualdade, mas com engrandecimento para todos, transformando-se em “departamentos” autônomos, subfederados, para formar Estados compósitos, adstritos ao padrão, cada um dos quais com uma capital especialmente construída em um Município neutro, que se localizaria quanto possível em ponto de convergência dos limites dos atuais Estados que passarem a associados;

4º — determinar ainda quanto a Minas, cujo espírito de brasilidade pode e deve ser aproveitado para aglutinar o poderoso núcleo central do novo sistema, sem prejudicar-lhe o equilíbrio, venha ela a formar, com o seu território, somado aos do Espírito Santo, Rio de Janeiro, Distrito Federal, três dos futuros Estados, um com o Oeste e o Triângulo Mineiro (cujos anseios de autonomia ficariam atendidos) e os outros dois marítimos (como também desejam as respectivas populações);

5º — estipular ainda, para dar centro e ponto de apoio adequado ao grande, coeso e poderoso bloco central, a criação, com sede em Belo Horizonte, de um Distrito Federal abrangente da zona fértil de Minas Gerais, onde, de logo, assim nacionali-

zando esse potencial de riqueza, comece a União a desenvolver diretamente as indústrias pesadas;

6º — assentar mais que, como meio de apressar o desenvolvimento do Brasil Central, preparando deste modo a localização futura da metrópole brasileira no Planalto Goiano, se transfira temporariamente a capital para Belo Horizonte, mas só devendo ser removidos para lá os órgãos do Governo e os elementos da administração que não puderem ser localizados longe deste, de modo que possam permanecer no Rio, como estimulante salutar do espírito nacional neste grande centro cosmopolita e como recurso para mantê-lo no seu papel de grande metrópole sul-americana, todos os demais órgãos administrativos;

7º — determinar ainda que a cidade do Rio de Janeiro, ao perder — aliás na forma atenuada já prevista — os foros de capital política do Brasil, receba a vantajosa investidura de capital de um dos Estados mais ricos, mais populosos, mais prósperos e mais favorecidos pelo Governo Nacional, qual seria o Estado da Mantiqueira, formado com a divisão departamental conveniente, pelo Estado do Rio (mantida sua autonomia como um dos departamentos), o Sul e a Zona da Mata, de Minas Gerais, Estado esse, portanto, limítrofe do novo Distrito Federal de Belo Horizonte e que proporcionaria à Capital Federal o corpo admirável que daria sentido, grandeza econômica e política e exequibilidade prática à autonomia que lhe vem sendo prometida desde o Império e a que ela aspira, mas tudo isso conseguido sem declínio, antes com acréscimo do seu potencial de riqueza, cultura e progresso, como porto principal do Brasil e especialmente da nova metrópole, além do que escoadouro do *hinterland* enriquecido, e ainda privilegiadamente favorecido com o valioso patrimônio federal situado no seu território, a lhe ser, quase todo ele, definitivamente transferido;

8º — assentar que os futuros Estados a se formarem pelo desmembramento dos grandes ficassem, conforme seu povoamento, na situação de semi-autarquia, como províncias ou mesmo como territórios federais, possivelmente sob governo militar. Com franco papel colonizador, essa condição, portanto, não implicando abandono ou subordinação indesejáveis, mas sim uma situação especial de amparo pela comunidade nacional, de que seria consequência o direito correlato a uma assistência financeira tanto maior quantos menores seus recursos, de modo a lhes ser dado assim, em pouco tempo, pelo esforço enérgico do Governo Nacional, o potencial demográfico econômico que lhes assegurasse o rápido acesso ao pleno gozo da autonomia política.”

Tais, em suas linhas mestras, o pensamento de Teixeira de Freitas.

Fácil observar, no trabalho do ilustre brasileiro, que o seu raciocínio foi peiado pelas malhas do federalismo, a que ele fez generosas concessões.

Por outro lado, houve, sem dúvida, aqui e ali, a intenção de "acomodar as coisas", de "compensar", de "não ferir suscetibilidades".

Além disso, ao elaborar o seu Plano, Brasília ainda não existia, não se tinha procedido à fusão dos Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara, Mato Grosso não tinha sido dividido, o Acre ainda era território federal, a Siderúrgica de Volta Redonda não tinha sido construída.

Sua obra, portanto, teria de ser revista, reformulada e modernizada.

Valha, contudo, no estudo de Teixeira de Freitas o seu sentido pioneiro, pois foi ele o primeiro a oferecer, assim planificada, a idéia redivisionista, indispensável à nossa segurança, à nossa unidade, ao nosso desenvolvimento e, talvez, à nossa própria sobrevivência.

O certo, o indiscutível, o inadiável, é que se cogite de concretizar essa redivisão territorial e política do País. Ela está viva na consciência de todos os brasileiros, pois o problema máximo do Brasil é a conquista de si mesmo.

Reconheçamos que a solução do problema é, todavia, praticamente inviável dentro dos atuais quadros políticos administrativos do País, com Estados territorialmente grandes e pequenos; separados por limites arbitrários; contendo zonas geoeconômicas altamente diferenciadas; com populações densas, às vezes em excesso, ou com populações ralas; servindo-se de métodos de trabalho distintos, dos mais sofisticados aos mais rudimentares; com processos sociais em variados estágios evolutivos; com relações comerciais artificiais, muita vez impostas, desatendendo-se a afinidades regionais; com riquezas latentes mas abandonadas, por carência de recursos para explorá-las; com aglomerados humanos divididos em verdadeiras castas, uma minoria de nababos e multidões de miseráveis.

A solução única para a questão está na implantação de um processo civilizatório em todas as áreas abandonadas, a fim de, através dele, favorecer, de modo equitativo, a todo o povo brasileiro, o que implica planificação econômica, integração dos novos tipos étnicos, absorção efetiva das correntes imigratórias, socialização de todas as camadas humanas, sistematização dos métodos de trabalho, em suma, valorização das regiões geoeconômicas e valorização do homem brasileiro.

Assim, ao termo geográfico deve juntar-se o termo homem. Formulada a equação, ao Estado caberá resolvê-la. O x do problema estará em associar o homem à terra, em dar ao homem os meios de aproveitamento da terra, de permanência na terra, de crescimento na terra e com a terra.

Isso tudo só será possível com a transplantação de populações convenientemente preparadas, equipadas e assistidas, para as regiões desertas do Brasil.

É complexa a questão, formidável a obra a realizar. Importa na consideração de uma multidão de outras questões igualmente difíceis. Seja

com for, a linha tordesilheana precisa ser realmente, definitivamente e conscientemente, ultrapassada. Ou a transpomos, ou sucumbiremos.

Na base do problema, e como condição de sua resolução, colocamos a redivisão político-territorial do País.

Essa redivisão é imperativa. Basta olhar o que aconteceu, nos diversos Estados, com a redivisão dos Municípios.

Distritos anêmicos, estagnados, transformaram-se em Municípios florescentes, sem que os distritos-sede nada sofressem. Rendas locais, aplicadas *in loco*, e os esforços dos administradores se concentrando em menores áreas, aí a chave do segredo do êxito das reformas.

O que se fez com os Municípios pode ser feito com os Estados. Se redividirmos estes, racionalmente, tendo os governadores esferas mais estreitas de que cuidar e nelas empregando os recursos delas providos, certamente que isso redundaria em benefício geral.

O que não se entende é não estarem ainda divididos, em dois ou mais Estados, os Estados do Amazonas, do Pará e de Goiás. O que não se pode admitir é haver, no Brasil, Estados que são considerados "locomotivas" e Estados que são tidos como "vagões vazios". O que é inaceitável é a separação de uma sociedade humana em uma minoria privilegiada e legiões de miseráveis.

## FEDERALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

A extinção do sistema federativo seria, como vimos, apenas o reconhecimento de uma situação de fato, há muito instalada no País.

Restabelecendo-se ou não, no Brasil, o regime unitário, com a volta dos Estados à condição de Províncias, ou a sua transformação em Departamentos ou em unidades político-administrativas, uma coisa, contudo, se torna urgente: a federalização da Justiça.

A respeito, recorda Guilherme Estelita <sup>(22)</sup>:

"Em verdade, não havendo a Carta de 24 de fevereiro assegurado explicitamente aos Estados as garantias outorgadas de modo expresso aos juizes federais (art. 57 e parágrafos), em alguns Estados verificaram-se abusos de toda ordem, atentados vários à segurança funcional dos magistrados locais. No Ceará, por exemplo, leis ordinárias, em 1897 e 1898, autorizaram o presidente do Estado a remover juizes de direito e aposentar, com o tempo de serviço que contassem, magistrados de qualquer hierarquia.

E no decurso do primeiro vintênio republicano tantos foram os atentados dos poderes estaduais aos seus juizes, que o Supremo Tribunal Federal, através de reiteradas decisões, houve que reconhecer-lhes garantias idênticas às dos magistrados federais, inscritas na Lei Magna."

(22) Guilherme Estelita — "Deve ser a Justiça brasileira toda ela federal?" — Revista Forense — Vol. 167 — Rio, 1945.

Esse quadro ainda não se apagou de todo da paisagem nacional, pois, no interior, essa pressão de autoridades locais sobre os magistrados é, ainda, constantemente observada.

O regime das capitânias hereditárias, de cunho feudal, deu origem às oligarquias, muitas ainda atuantes, embora de maneira mais branda e menos ostensiva.

A existência de juízes íntegros e independentes, indobráveis ao mandonismo circunstante, não basta para encobrir constantes desafios ao Poder Judiciário, tantas vezes subjugado pela força bruta ou manchado pela corrupção, pois, infelizmente, juízes houve, também, que se acomodaram às situações dominantes, transformando-se, não raro, em dóceis instrumentos nas mãos dos "caciques" estaduais e, até, municipais.

Seabra Fagundes (23), conhecedor dessa dolorosa realidade, assim a profliga:

"No meio estadual, sob a pressão de governos locais, inspirados nessa tendência própria dos nossos governantes de todos os tempos, de não admitir contraste à sua autoridade, juízes, que recebem o mandato duma outorga da União, crescem na força moral e nas aptidões materiais necessárias ao desempenho dos seus deveres. De certo, a impavidez e a convicção do dever nos magistrados locais têm-nos mantido, via de regra, sobranceiros às investidas do despotismo político. Mas, que de vezes, nessas refregas, não se salva apenas a figura do juiz, na brava intransigência com que decide, soçobrando, afinal, a justiça, no desrespeito às sentenças? Enquanto isso, não se apontam julgados da antiga justiça federal, que os governos locais teimassem em menosprezar."

Uma coisa era incontestável: os mesmos governos locais, que menosprezavam a justiça estadual, ou municipal, mantinham-se profundamente reverenciosos em relação à justiça federal.

A verdade é que, na República como no Império, e mais ainda agora, a União, sempre que se fez necessário, respondeu "presente" aos apelos regionais, em qualquer ponto do território pátrio, impondo a sua autoridade incontestável.

Esperava-se, ao se proclamar a república, que, estando em pauta os interesses nacionais, fossem estes colocados sob a tutela de instituições também nacionais. E assim ocorreu, efetivamente, em quase tudo. Todavia, no que concerne à justiça, os construtores da república se deixaram enlear por um romantismo político imperdoável, adotando um sistema dualista irreal e nocivo à Nação.

O Estado, repitamos, há sempre de servir ao homem. Portanto, há de constituir-se, consolidar-se e operar como uma ordem humana de existência dos homens em comum. Donde a necessidade de ser igual-

(23) M. Seabra Fagundes — "A Justiça nos Estados e a futura Constituição" — Revista Forense — Rio, 1945.

mente nacional, eis que a humanidade não pode ser considerada em abstrato, e, sim em termos reais. E a realidade é esta: a humanidade consiste, afinal, nos agrupamentos humanos diversificados em nações, em classes, em grupos, em indivíduos. Mais precisamente: em **nacionalidades**, cada qual com as suas características, seus problemas, seus recursos, suas composições étnicas, suas potencialidades, suas reivindicações, sua história. Assim, o Estado só é real quando é a própria nação em movimento. E, quando é assim, é um organismo vivo, forte, consciente, responsável, teleológico.

As Constituições de 34 e 46 continham o embrião de um Estado desse tipo, equidistante dos modelos liberais clássicos e dos totalitários.

Um tal Estado, espelho fiel da nação, não pode alhear-se de nada que seja realmente humano, pelo que tem de interessar-se, prioritariamente, pelo problema da justiça, onde se balanceiam os direitos fundamentais do homem, que a ele cabe assegurar.

Em longo trabalho, dedicado a esse assunto, já dissemos: (24)

“É a **realização** da Nação o que o Estado objetiva. Nação é povo. Povo são homens. Homens são pessoas, seres com um espírito, com um ideal de perfeição, que só pode ser atingido pelo efetivo exercício de direitos e liberdades, que incumbe ao Estado amparar, ordenar e estimular.

Ora, já vimos como a bipartição do Poder Judiciário no Brasil não deu certo, ocasionando, pelo desrespeito à justiça estadual, atentados aos direitos fundamentais do homem.”

Urge que todos se convençam de que o problema judiciário, pela sua própria natureza, é um problema eminentemente nacional, que requer, por isso, equacionamento nacional e solução nacional. Um problema, portanto, que não pode ser posto em termos de diversificações, mas de unidade.

A propósito, José Duarte (25), relatando os debates travados em 1946, sobre a matéria, na Assembléia Constituinte, divulga:

“Já havia acentuado, prossegue Nestor Duarte, que o problema judiciário, no Brasil, não é uma questão para se resolver no plano federal, ou no estadual, mas no plano nacional. A posição do Poder Judiciário, na organização dos Estados, permite que se faça a distinção que acaba de estabelecer. Se pela amplitude do conceito, o Judiciário é poder político, a verdade é que, no sentido restrito da expressão, pela sua finalidade, pelos seus objetivos, ele não tem o caráter político dos demais poderes... Não tem, no sentido restrito e pela especificidade mesmo de suas funções, o caráter político dos demais poderes na organização do Estado. Ele é um poder jurídico, o Poder Judiciário.

(24) Paulo de Figueiredo — “A Federalização da Justiça” — In *Revista de Informação Legislativa* — N.º 7 — Setembro, 1965 — Brasília.

(25) José Duarte — *A Constituição Brasileira de 1946* — Imprensa Nacional — Rio, 1947.

O pensamento intrínseco, a intenção íntima que está a animar o texto constitucional, neste e em outros países, foi positivamente, atender à unidade, porque, de si mesmo, é uno o Poder Judiciário, como órgão nacional de aplicação de um direito também nacional."

A revisão do sistema federalista favoreceria a nacionalização da Justiça, mas, mesmo dentro do federalismo, seria admissível federalizar-se o Poder Judiciário. Do mesmo modo pensa Carlos de Medeiros: (26)

"A flexibilidade do regime federativo permitirá os reajustamentos necessários, sem o perigo da desagregação ou da asfixia dos governos locais."

Se temos um direito uno e um processo uno, porque uma Justiça dúplice?

Afora isso, é indiscutível que a federalização da justiça viria dar a esta a sua verdadeira dignidade, ou melhor, viria situá-la em sua verdadeira dignidade, pois, alçado à posição de poder nacional, o Poder Judiciário estaria capacitado para o perfeito cumprimento de sua grandiosa missão, em todo o território pátrio.

Com todo o respeito que os federalistas nos merecem, forçoso é repetir, por inegável, que, no regime federativo brasileiro, os Estados não são Estados, são meras unidades político-administrativas, subordinadas ao poder central, e, assim sendo, a federalização da Justiça poderia significar o coroamento de um processo político de integração nacional.

O País aí está, com suas realidades, reclamando reformas. Chegou o momento de fazê-las. É preciso, porém, que as leis se tornem, efetivamente, expressões de nossas necessidades. A começar pela Lei Maior. Isso nos conduzirá à autenticação de nossas instituições, dentro de cujos quadros deve-se guardar um lugar para a Justiça Nacional.

Seabra Fagundes (27) foi bastante objetivo, ao versar a questão:

"Teoricamente, isto é, sob o prisma de federalismo doutrinário, aos Estados realmente deve competir um terceiro poder ao lado do que legisla e do que administra. Mas teoricamente, também, no federalismo puro, às províncias deve competir elaborar o direito, que regula a sua vida interna e dos seus cidadãos, bem como os cânones que tutelam a proteção efetiva desse direito. No entanto, em 1891, abria-se mão dessa prerrogativa, apesar da tenaz oposição de Campos Sales, e, em 1934, consagrava-se a unidade do processo."

E prosseguindo:

"Que mais elementar prerrogativa dos Estados do que a de organizar a sua polícia, força da qual decorre, afinal de contas, a co-

(26) Carlos Medeiros da Silva, ob. cit.

(27) M. Seabra Fagundes, ob. cit.

erção indispensável à sua afirmação efetiva como entidade política?

Entretanto, já no regime de 34, se submetia a organização das polícias estaduais, em grande parte, ao direito federal. É que a experiência, o senso da realidade e o sentido objetivo inseparável de toda construção política vão aconselhando o legislador, distanciando-o dos pontos de vista puramente abstratos e indicando-o a melhor percepção das necessidades ambientes."

Verifica-se, dessa maneira, que o regime federativo não seria ofendido com a nacionalização da Justiça, um imperativo de nossas realidades políticas e sociais e cujas vantagens foram assim enumeradas pelo Deputado Arruda Câmara, na Assembléia Constituinte de 1946:

- "1 — a federalização garante a independência econômica da Justiça e a sua independência de ação em relação à influência do Poder Executivo Estadual;
- 2 — harmoniza-se melhor com a unidade do processo, estabelecida em 1934;
- 3 — acaba com a odiosa diferença entre a Justiça bem remunerada e a Justiça quase indigente em alguns Estados, variando, de unidade a unidade, o Poder Judiciário;
- 4 — da federalização e conseqüente elevação da Justiça resultará que muitos valores tomarão parte e ingressarão na Justiça, o que agora não acontece, porque em quase todos os Estados as condições do Judiciário não são convidativas."

O Poder Judiciário, justamente por não ser político, deve situar-se como o centro de equilíbrio da vida nacional. Fora do alcance das paixões e das contingências político-partidárias, que tanto abalam o Legislativo e preocupam o Executivo, o Poder Judiciário precisa fortalecer-se, posicionando-se num plano superior — o plano nacional, de onde melhor poderá ver as coisas e mais seguramente desempenhar seu papel de guardião dos direitos, das garantias e das liberdades do cidadão.

Direitos só valem quando vividos, e, para isto, têm de ser garantidos. Dessarte, não basta que a Constituição enumere os direitos do homem. A Justiça tem de dispor de força bastante para assegurar esse direito que a ela compete resguardar. Porque o direito há de estar na base de todos os regimes políticos, ou, então, estes não serão regimes humanos.

O Poder Legislativo tem uma tarefa relevante no Estado. É a alma do povo. O caráter da nação. A vontade de todos. "O maior ente de razão criado pelo homem, tanto para a afirmação da liberdade como para a ordenação do poder", na expressão feliz de Luciano Mesquita. (28)

(28) Luciano Mesquita — O Congresso — Imprensa Nacional — Rio, 1959.

O Poder Executivo não é menos importante. Tem uma função de comando. Em suas mãos está o leme do Estado. E isso distingue a sua força e marca a sua personalidade.

É, no entanto, o Poder Judiciário, o que paira mais alto, eis que lhe está afeta a missão de proteger o homem, em torno e em função do qual são feitas as leis e para cujo bem-estar deve mover-se a máquina estatal.

Dentro dessas premissas, lógico é deduzir-se que, sem um Poder Judiciário independente e forte, nenhum regime político conseguirá resultados apreciáveis. Sem que o homem seja respeitado em seus direitos básicos — e isto é obra da Justiça —, todas as demais instituições se revelarão precárias.

Para terminar, ouçamos Oliveira Viana <sup>(29)</sup>, que analisou clarivamente a questão, nessas palavras de fogo:

“Os nossos reformadores constitucionais e os nossos sonhadores liberais ainda não se convenceram de que nem a generalização do sufrágio direto, nem o **self-government** valerão nada sem o primado do Poder Judiciário — sem que este Poder tenha pelo Brasil toda a penetração, a segurança, a sensibilidade que o põha a toda hora e a todo momento ao alcance do jeca mais humilde e desamparado, não precisando ele — para tê-lo junto a si — de mais do que um gesto de sua mão numa petição, ou de uma palavra de sua boca num apelo. Sufrágio direto ou sufrágio universal, regalias de autonomia, federalismos, municipalismos, de nada valerão sem este primado do Judiciário, sem a generalidade das garantias trazidas por ele à liberdade civil do cidadão, principalmente do **homem-massa** do interior, do homem dos campos, das vilas, dos povoados, das aldeias, das cidades, sempre anulados nestas garantias pela distância dos centros metropolitanos da costa. De nada valerão a estes desamparados e relegados, entregues aos caprichos dos mandões locais, dos senhores das aldeias e dos delegados cheios de arbítrio, estas regalias políticas, desde que os eleitos por este sufrágio universal e direto — sejam funcionários municipais, sejam estaduais, pouco importa — estiverem certos de que poderão descumprir a lei ou praticar a arbitrariedade impunemente.”

De tudo se conclui: a federalização da Justiça é uma necessidade. Está na hora de instituí-la.

### CONSELHO DE ESTADO

O Conselho de Estado teve origem no Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil, criado por Dom Pedro, antes da Independência.

(29) Oliveira Viana — *Instituições Políticas Brasileiras* — Liv. José Olímpio — Rio, 1955.

Integrado por representantes das Províncias, sua função consistia em "aconselhar o Príncipe Regente em todos os negócios mais importantes e difíceis".

Dissolvida a Assembléia Constituinte, Dom Pedro I instituiu um novo Conselho, denominado Conselho de Estado, que se notabilizou por ter elaborado a Constituição de 1824, a qual incorporou essa entidade, em caráter definitivo, ao sistema político brasileiro.

Em 1837, porém, a Regência aboliu o Conselho de Estado, mas uma lei de 23 de novembro de 1841 restaurou-o, passando ele a funcionar sem interrupção, até a proclamação da República.

A importância do Conselho de Estado na vida política brasileira tem sido ressaltada por eminentes historiadores.

J. C. de Macedo Soares Guimarães <sup>(30)</sup>, analisando o papel desse órgão durante o Império e advogando a sua adoção no presente, sugere, para ele, a seguinte composição:

#### **I — Membros Natos e Temporários**

- a) Presidente da República, que seria o Presidente do Conselho;
- b) Vice-Presidente da República;
- c) Presidente do Senado — como chefe do Poder Legislativo;
- d) Presidente do Supremo Tribunal Federal — como chefe do Poder Judiciário;

#### **II — Membros Permanentes**

Seis cidadãos de notória competência, com mandato permanente (até 70 anos), indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal."

As atribuições do Conselho seriam, segundo J. C. de Macedo Soares Guimarães:

- "a) decretar o estado de sítio, por proposta do Presidente da República;
- b) suspender direitos políticos, e suspender ou cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, por proposta do Conselho de Segurança Nacional;
- c) demitir ou aposentar magistrados, por proposta do Conselho de Segurança Nacional;
- d) opinar sobre quaisquer matérias, quando solicitado pelo Presidente da República, ou quando o decidir a maioria de seus membros."

(30) J. C. Macedo Soares Guimarães — "O Conselho de Estado", in *Jornal do Brasil*, de 9 de abril de 1976.

Justificando essa composição, escreve aquele ilustre articulista:

“Na atual sistemática, é difícil o Congresso aprovar medidas como o estado de sítio, que, entre outros efeitos, pode suspender as imunidades de seus membros. É difícil exigir que um poder abra mão de garantias em benefício de outro. Na questão de cassação de mandatos eletivos e na demissão de juizes, a mesma coisa. Há sempre a tendência de os membros de um Poder protegerem-se mutuamente. Está aí, como exemplo, o caso de Wilson Campos. Também, dificilmente juiz pune juiz. Não desejamos a ditadura do Executivo. Mas também não a desejamos do Legislativo ou do Judiciário.”

No Conselho não entrariam os Ministros de Estado, porque, explica Macedo Soares, “são subordinados ao Poder Executivo”.

Em outra publicação sobre o mesmo assunto, Macedo Soares <sup>(31)</sup> reformula as funções do Conselho, que passariam a ser estas:

**a)** autorizar o Presidente da República a decretar o estado de sítio ou assumir poderes excepcionais, dentro dos prazos e normas estabelecidos na Constituição;

**b)** conceder licença para processar membros do Poder Legislativo, por solicitação do Conselho de Segurança Nacional ou do Judiciário. O processo seria feito nos canais competentes do Poder Judiciário;

**c)** conceder licença para processar magistrados, por solicitação do Conselho de Segurança Nacional ou do Poder Legislativo;

**d)** opinar sobre quaisquer matérias, quando solicitado pelo Presidente da República, ou quando o decidir a maioria de seus membros.”

Concordamos, também, com a criação de um Conselho de Estado, a ser incluído no contexto político brasileiro. Pensamos, inclusive, que esse órgão deveria figurar na Constituição, ao lado do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, como um novo Poder (órgão de Poder, seria mais certo). Integrado pela Constituição no quadro do Estado, esse Conselho, pelas tarefas que lhe fossem assinadas, em muito favoreceria o equilíbrio nas relações entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

O Parlamento, como instituição representativa do povo, é uma condição do regime democrático. Sem ele não há democracia.

Entretanto, por ser, justamente, a entidade onde se projetam mais direta e intensamente as tendências e as aspirações, variadas e nem sempre confluentes, do povo, e onde as paixões partidárias repercutem em toda a sua força, o Parlamento está sempre beirando uma zona de perigo, constituindo-se o alvo predileto dos totalitários, sempre prontos a descar-

(31) J. C. de Macedo Soares Guimarães — “Ainda o Conselho de Estado” — *Jornal do Brasil*, de 3 de Janeiro de 1977.

regar, sobre ele, as responsabilidades pelos males que acontecem no país.

Cumpra, dessa maneira, descobrir um meio de colocar o Congresso a cavaleiro das impertinências, da má fé e da ignorância dos inimigos da democracia, libertando-o, o mais possível, de certas situações que sirvam de pretexto para atingi-lo.

Um meio de conseguir isso estaria, precisamente, na instituição e na institucionalização do Conselho de Estado, a cuja responsabilidade passaria o exame e a decisão daqueles problemas que, no Congresso, ganham um caráter excessivamente explosivo, emocionando e agitando a nação e, assim, estimulando os apetites antidemocráticos dos totalitários.

As funções do Conselho de Estado constituem matéria a ser examinada a fundo, mas podemos, de imediato, tomando por ponto de referência o trabalho, já citado, de J. C. de Macedo Soares, sugerir consistissem no seguinte:

- a) autorizar o Presidente da República a decretar o estado de sítio, ou assumir poderes excepcionais, dentro dos prazos e normas estabelecidos pela Constituição;
- b) cassar mandatos eletivos de senadores, deputados federais, deputados estaduais e vereadores, por proposta do Conselho de Segurança Nacional;
- c) suspender direitos políticos de quaisquer cidadãos, inclusive governadores, ministros de Estado, parlamentares e membros do Poder Judiciário, por proposta do Conselho de Segurança Nacional;
- d) aposentar ou demitir magistrados, por proposta do Conselho de Segurança Nacional;
- e) opinar sobre projetos do interesse da segurança nacional;
- f) autorizar o Presidente da República a declarar guerra ou assinar a paz;
- g) opinar sobre tratados ou acordos internacionais de natureza militar, política e econômica;
- h) opinar sobre qualquer matéria, a pedido do Presidente da República ou da maioria de seus membros.

No tocante à sua composição, cremos que deveria ser a mais democrática, portanto, a mais representativa da Nação, o que lhe daria maior prestígio e autoridade.

Dessarte, ainda tomando por base a sugestão de J. C. de Macedo Soares, nós o organizaríamos assim:

#### **1 — Membros Natos e Temporários**

- a) o Presidente da República, que seria o Presidente do Conselho;

- b) os ex-Presidentes da República, desde que tivessem exercido o mandato pelo período mínimo de um ano;
- c) o Vice-Presidente da República;
- d) o Presidente do Senado, como chefe do Poder Legislativo;
- e) o Presidente do Supremo Tribunal Federal, como chefe do Poder Judiciário;
- f) o Presidente da Confederação Nacional das Indústrias;
- g) o Presidente da Confederação Nacional do Comércio;
- h) o Presidente da Confederação Nacional da Agricultura;
- i) o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil;
- j) o Presidente da Confederação Nacional dos Trabalhadores; e
- k) o Presidente da Associação Brasileira de Imprensa.

## 2 — Membros Permanentes

Seis membros indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, escolhidos entre os brasileiros de notória competência e de ilibada reputação.

## 3 — Membros Assistentes (sem direito a voto)

- a) os Ministros de Estado;
- b) o Presidente da Câmara dos Deputados;
- c) os líderes de partidos com representação no Parlamento.

A inclusão dos Presidentes das Confederações das Indústrias, do Comércio, da Agricultura e dos Trabalhadores justifica-se por representarem eles, realmente, as forças de produção do País e ter o Conselho competência para atos capazes de forte repercussão na área econômica e social.

Quanto às presenças dos Presidentes da Ordem dos Advogados e da Associação Brasileira de Imprensa, tornam-se elas necessárias pelo que representariam: a OAB, como zeladora da ordem jurídica, e a ABI, como porta-voz da opinião pública.

A convocação, para o Conselho, dos ex-Presidentes da República explica-se por três fatos principais:

1º — pela experiência que os mesmos tiveram do Governo;

2º — porque a obra governamental é contínua, havendo sempre uma relação necessária entre o que os diversos Presidentes fizeram ou pretenderam fazer; e

3º — porque, se atingiram o mais alto posto da Nação, isto é porque possuíram méritos para tanto, não devendo, assim, os seus préstimos ser dispensados.

A criação da categoria de Membros Assistentes do Conselho, sem direito a voto, parece-nos conveniente.

É claro que, subordinados ao Presidente da República, os Ministros de Estado, demissíveis *ad nutum*, não poderiam nele figurar em pé de igualdade com os demais. Contudo, pela sua posição e responsabilidade no Governo, e pelo conhecimento dos problemas nacionais, sua presença no Conselho, para esclarecer e, mesmo, aconselhar, poderia ser de grande valia, o mesmo se podendo dizer em relação ao Presidente da Câmara dos Deputados e aos líderes dos partidos com representação no Parlamento.

O Conselho de Estado, com tal constituição e com tais atribuições, estaria fadado a exercer uma ação moderadora no Governo, assegurando maior equilíbrio na relação entre os demais poderes do Estado e propiciando um clima político mais favorável à estabilidade democrática.

A propósito, seja-nos permitido, de passagem, declarar que somos dos que acham que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário não devem ser conceituados como Poderes, mas como meros órgãos do Poder Nacional, que os integra e os supera e se projeta no Estado.

Esse Poder Estatal (nacional, porque o Estado é expressão política das Nações) é uno e indivisível e faz-se valer através daqueles órgãos, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário — impropriamente designados poderes.

Poder que se aliena e se dilui não é poder, mas bem adverte e demonstra a história que só em teoria se faz a clássica divisão tripartite.

Em verdade, o poder é uno e soberano, é o poder nacional, do povo, projetado no Estado e simbolizado no Presidente da República.

## CONCLUSÃO

Concluindo, estamos que, se queremos construir um modelo político brasileiro, isto é, genuinamente nacional, adequado às nossas tradições, à nossa índole e às nossas realidades, deveremos instituir um Estado onde:

- a) se estabeleça uma autêntica democracia;
- b) se assegure a pluralidade de partidos;
- c) se restabeleça o regime unitário;
- d) se proceda a uma redivisão político-territorial do País;
- e) se federalize a Justiça; e
- f) se institua, ao lado do Executivo, do Legislativo e do Poder Judiciário, um Conselho de Estado.

# A matéria financeira e a matéria tributária no Direito Constitucional brasileiro

CARLOS W. CHAVES ROSAS

Assessor Legislativo do Senado Federal

## I — O declínio do poder de iniciativa das leis como função do Legislativo

Desde a doutrina clássica da tripartição dos poderes, que teve como corifeu Montesquieu, muitas têm sido as modificações sofridas na vida atuante do Poder Legislativo.

A própria consagração do constitucionalismo liberal após a Revolução Francesa sofreu profundas alterações no decurso do tempo.

O vertiginoso desenvolvimento técnico e científico que caracteriza a vida no Século XX constitui, sem sombra de dúvida, o fator principal que originou sensíveis transformações de cunho político, social e econômico nos Estados modernos.

A estrutura básica que preside as formas políticas mais aperfeiçoadas ainda se contém na independência e harmonia dos poderes, forma essa que acompanha a nossa história constitucional desde 1891.

Se, por um lado, torna-se irretorquível o argumento de que as necessidades prementes da administração pública devem se sobrepor aos ditames teóricos e idealistas da rígida distribuição ou descentralização de poderes, a ninguém cabe negar, de sua consciência, que a concentração de atribuições públicas em torno do Poder Executivo tem originado sérias (e às vezes irremediáveis) crises institucionais, em detrimento de conquistas seculares da humanidade.

A História das civilizações tem demonstrado que a quebra do binômio independência e harmonia, ou seja, do equilíbrio entre os órgãos que compõem o Poder Público, tem por consequência o arbítrio.

Embora sem apego excessivo às construções teóricas e individualistas que marcaram uma realidade histórica, é inegável a validade do pensamento político constitucional que consagra a dinâmica da repartição do Poder, tendo em vista o ideal democrático.

O fortalecimento do Executivo em detrimento das funções inerentes ao Legislativo é fato incontestável e, até certo ponto, justificado pelo melhor aparelhamento daquele Poder para, numa sociedade tecnologicamente evoluída, como a atual, dizer de suas próprias necessidades, tendo em vista o interesse público.

Cabe, todavia, atentar para a boa e temperada aplicação de tal evolução do pensamento.

Em época difícil da vida política italiana, Egidio Tosato preocupava-se com a questão, escrevendo:

“... o exercício da função legislativa vem sempre, mais decisivamente e mais acentuadamente, se afastando do órgão ao qual pertence como sua competência normal e principal, o que sucede, não só sob a pressão do Poder Executivo que tende e tenderá sempre a substituir-se ao Poder Legislativo, senão também, o que é muito mais grave e sintomático, devido à aquiescência do Legislativo, que ora assiste, sem reagir, a essa penetração, ou, como em muitos casos se poderia dizer, a essa invasão do Executivo na esfera reservada à sua competência, ora a segunda por meio de leis de delegação, leis que determinam a extensão da potestade normativa do governo por vontade do Poder Legislativo”. (**Le Leggi di Delegazione**, pág. 1.)

Questão da maior relevância, que diz respeito às atribuições do Poder Legislativo, refere-se ao poder de iniciativa das leis, conceituado por José Afonso da Silva como “... o ato inicial do processo legislativo com vista a uma modificação ou inovação na ordem jurídica preexistente”. (**Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional**, pág. 107.)

Enfatizando a importância do tema, assinalava Pimenta Bueno, em sua obra clássica **Direito Público e Análise da Constituição do Império** (pág. 131):

“A iniciativa, o direito de propor os projetos de lei ou medidas necessárias ao País é muito valiosa, é uma atribuição importantíssima.” Para mais adiante asseverar: “É finalmente ela quem faz com que cada uma das Câmaras seja um órgão do povo devidamente animado para expressar as necessidades do País e propor as medidas adequadas para satisfazê-las.”

O quadro constitucional das diversas nações apresenta profundas diversificações, variando as formas e critérios de sistematização e atribuições dos órgãos responsáveis pela elaboração legislativa.

De todos, os exemplos mais significativos correspondem ao Principado de Mônaco, onde a iniciativa das leis se confere, apenas, ao Executivo; e aos Estados Unidos, cujo texto constitucional reserva, tão-somente, ao Congresso, atribuição de provocação do processo legislativo, pelo menos no aspecto formal. A história constitucional brasileira demonstra a adoção de um sistema que autoriza ambos os poderes a iniciar a elaboração das leis, chegando-se, até mesmo, a admitir uma certa proeminência da iniciativa governamental e dos poderes exagerados atribuídos ao Presidente da República, como denuncia Seabra Fagundes:

“Fato para o qual é mister atentar é que até hoje o nosso País não conheceu, durante a República, nenhuma crise institucional suscitada ou marcada pela insuficiência da ação executiva. Jamais faleceram ao Chefe do Poder Executivo federal elementos legais de atuação, prontos, eficazes e enérgicos. E se um balanço se der nos momentos críticos da vida política, e tantos aparecem na agitada crônica republicana, ver-se-á que o nosso pecado tem sido o de desbordamento da presença do Presidente da República, e nunca a fraqueza da sua atuação. Fortalecer-lhe ainda mais a autoridade, não corresponde às solicitações da experiência, nem ao prognóstico do futuro, que nela tem um dado sobre a se considerar, porém, a uma visão falsa das coisas.”

## II — A iniciativa das leis no Direito Constitucional brasileiro

A Constituição do Império, que previa a atuação de quatro poderes políticos, conferia ao Legislativo a “proposição, oposição e aprovação dos projetos de lei” (art. 52), atribuindo ao Executivo, mediante a intervenção de qualquer ministro, a proposição, no âmbito de sua respectiva competência, no processo de formação das leis.

A Câmara dos Deputados outorgava a Carta Política de 1824 a iniciativa privativa da legislação sobre impostos.

O texto constitucional republicano de 1891 estabelecia expressamente o poder de iniciativa a qualquer dos membros da Câmara ou do Senado, com exceção das matérias previstas no art. 29, nelas constando “todas as leis de impostos”, cuja competência se reservava à Câmara. As alterações introduzidas em 1826 não atingiram as normas em apreço.

Por outro lado, o próprio desenvolvimento econômico e o nascimento de graves questões sociais impuseram novas diretrizes à Constituição de 1934, que passou a conferir às Casas do Congresso, por seus membros ou Comissões, e ao Presidente da República, a iniciativa dos pro-

jetos de lei, ressalvados os casos de competência exclusiva do Chefe do Executivo quanto a leis sobre aumento de vencimentos de funcionários públicos, criação de empregos em serviços já organizados e modificação da fixação das Forças Armadas.

O § 1º do art. 41, ademais, outorgava exclusividade à Câmara dos Deputados e ao Poder Executivo, com relação às leis sobre "matéria fiscal e financeira" ao passo que o § 3º do mesmo dispositivo dizia competir ao Senado a iniciativa das leis sobre a intervenção federal e das que contivessem interesses determinantes dos Estados-membros.

Seguindo os parâmetros dos Estados autoritários, o texto de 1937 consagrou a predominância do Poder Executivo e procurou esvaziar o Legislativo, ao dispor que a iniciativa dos projetos de lei cabia, em princípio, ao governo, concluindo o art. 64 do referido diploma:

"Em todo caso, não serão admitidos como objeto de deliberação projetos ou emendas de iniciativa de qualquer das Câmaras, desde que versem sobre **matéria tributária** ou que de uns ou de outros resulte aumento de despesa" (grifamos).

De outra forma, disciplinou a questão a Lei Fundamental de 1946, que estabeleceu a competência da iniciativa das leis a qualquer parlamentar ou Comissão do Congresso e ao próprio Presidente da República, ressalvadas as hipóteses em que conferia atribuição exclusiva a determinado órgão. Consoante a norma instituída no § 1º do art. 67, à Câmara competia a iniciativa, assim como ao Primeiro Magistrado, das leis de fixação das Forças Armadas e daquelas pertinentes a matéria financeira.

### III — A competência exclusiva do Poder Executivo para a iniciativa das leis sobre matéria financeira

O breve retrospecto acerca da polêmica questão tem por objetivo demonstrar a oscilante posição até então assumida no Direito Constitucional brasileiro com referência ao perfeito discernimento dos termos "matéria financeira", "matéria fiscal" e "matéria tributária".

Se, até um longo período da vida jurídico-constitucional do Brasil, a distinção não se fazia urgente, ou até mesmo necessária, a partir de determinado momento, tornou-se indispensável a diversificação das mencionadas matérias.

Com efeito, desde a maturidade do Direito Tributário em nosso País, ou seja, a sua constituição como ramo que atingira razoável grau de autonomia, o que ocorreu em época próxima ao fim da II Grande Guerra, o problema parece emergir, exigindo segura orientação por parte do exegeta.

A tarefa a que nos propomos, no momento, cinge-se a levantar o problema e a sugerir a meditação dos estudiosos para que se encontre a solução que mais se harmonize com a técnica e a Ciência do Direito.

Sem a pretensão de esgotar a matéria, objetivamos, tão-somente, suscitar indagações e, assim, contribuir para o almejado consenso sobre o complexo tema.

A importância do estudo revela-se com maior vigor dentro do sistema constitucional vigente, o qual passamos a analisar.

Trata-se, em última análise, da exegese do art. 57, inciso I, da Constituição Federal de 1967, com a redação que lhe atribuiu a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.

Dispõe a regra em apreço:

**“Art. 57 — É da competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que:**

**I — disponham sobre matéria financeira;”**

O ponto axial da questão, pois, está na exata compreensão do que possa ser considerado “matéria financeira” dentro do contexto constitucional vigente.

A relevância do problema que pretendemos desenvolver dentro do campo jurídico, evidencia-se tendo em vista as suas repercussões políticas.

A recente decisão emanada pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal ao declarar a constitucionalidade de projetos de lei objetivando alterações na legislação do imposto de renda, despertou-nos para o estudo mais acurado da tese.

O parecer exarado pelo Senador Itálvio Coelho, a quem tivemos a honra de assessorar, na ocasião, e acolhido pela unanimidade dos membros da Comissão, tornou-se o **leader case** da nova e, até certo ponto ousada orientação daquele órgão colegiado, com relação à iniciativa legislativa do Congresso.

Até então vacilava a Comissão ao se deparar com a tese, ainda que, em raras ocasiões, tenha se inclinado em favor da abertura da iniciativa do Poder Legislativo.

Nessa oportunidade, porém, o polêmico e complexo tema foi enfrentado à luz do Direito.

Ressalta a mencionada peça, prefacialmente, a perfeita e nítida distinção entre “matéria financeira” e “matéria tributária”, louvando-se na

melhor doutrina, que assinala ser, a segunda, espécie que compõe a primeira.

Na realidade, doutrinariamente, não há como se deixar de reconhecer que a matéria tributária está contida no âmbito da matéria financeira, como preleciona Ruy Barbosa Nogueira:

“O estudo ou disciplina jurídica da receita compreende hoje a parte mais desenvolvida do Direito Financeiro, chamada *Direito Tributário*, que abrange todas as relações jurídicas entre a Fazenda Pública e o contribuinte e a que estão vinculados interesses essenciais do Estado e dos cidadãos.” (*Direito Tributário — Curso de Direito Tributário*, pág. XVIII.)

Tal afirmativa, à primeira vista, pode induzir o neófito à conclusão de que toda a receita pública estaria no campo de atuação do Direito Tributário. Todavia, não é essa a posição do ilustre publicista, nem da generalidade dos autores. Somente está sob a égide do Direito Tributário a parte da receita relativa aos tributos, a chamada receita derivada, a que se contrapõe a receita originária, ou seja, aquela advinda da exploração do próprio patrimônio da administração.

Em verdade, a questão deve ser enfocada unicamente sob a ótica do Direito Constitucional, pois somente a este se prende.

Não se pode negar que, dentro de uma visão global, o Direito Tributário e, bem assim, o seu objeto, a matéria tributária, encontra-se dentro do campo do Direito Financeiro. O ramo que disciplina a despesa pública, o crédito público, a gestão dos dinheiros públicos, o orçamento e a receita pública.

Acontece, entretanto, que esta última, desde que oriunda de imposição estatal fundada no conceito de tributo, a qual dá origem à obrigação tributária, ou relação jurídico-tributária, merece tratamento jurídico específico, abrigando, mesmo, princípios e normas próprias. A esse conjunto de normas, princípios e conceitos, denomina-se “Direito Tributário”. O âmbito desse direito, a que não se pode outorgar o pomposo título de autônomo, assim como a nenhum dos ramos da ciência jurídica, limita-se ao estudo da obrigação tributária, de seu nascimento até a sua extinção.

A esse respeito, esclarece o acatado tribuologista Geraldo Ataliba, em aula proferida no II Curso de Especialização de Direito Tributário, na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e publicada no livro *Interpretação no Direito Tributário*, pág. 56, verbis:

“Portanto, a destinação dos dinheiros, depois que entram nos cofres públicos, é regida por normas constitucionais-financeiras e por leis de Direito Financeiro, as quais dizem o que deve o Estado fazer com o dinheiro que tem. Inclusive, os dinheiros

que entram nos cofres públicos, como bens fungíveis, se misturam e já não têm origem. É dinheiro que não tem origem e que o Estado vai gastar de acordo com o que a lei financeira determinar. O Direito Tributário encerra a sua função e a sua missão no momento em que se extingue a obrigação tributária pelo pagamento. Quando o dinheiro entra para os cofres públicos não há mais que cogitar de Direito Tributário.”

De qualquer forma, como já ficou evidenciado, a discussão em torno da matéria há de se cingir ao sistema constitucional, como de resto ressaltou o Senador Accioly Filho, em debate na Comissão de Constituição e Justiça sobre a tese, ao apreciar o Projeto de Lei do Senado nº 26, de 1973:

“O voto do eminente Senador José Augusto procurou arrimar-se nas melhores fontes nacionais e estrangeiras sobre Direito Financeiro. A questão, no entanto, não é de Direito Financeiro, mas estritamente de Direito Constitucional, pois o de que se trata é de destacar o tormentoso caso de iniciativa dos processos de elaboração legislativa. Antes, pois, devemos ter os olhos postos nas regras que presidem a interpretação do texto constitucional, não podendo ficar prisioneiros de conceitos da ciência financeira.”

A conclusão a que chegou o ilustre e culto Senador Accioly Filho, na realidade, harmoniza-se com a posição por nós sustentada. Porém, ao aplicá-la na hipótese que então se debatia, qual seja, a destinação de parte da arrecadação do imposto de renda, originária do desconto na fonte sobre o rateio da Loteria Esportiva, *data venia*, merece reparo, pois distintas as situações a examinar.

A destinação de receita, seja ela tributária ou não, a nosso ver, constitui matéria financeira, ao passo que, a alteração ou criação de tributos acha-se no restrito universo do Direito Tributário. Assim, a medida propugnada no Projeto de Lei do Senado nº 26, de 1973, à toda evidência, constitui matéria financeira.

Repisando, entendemos que a mais consentânea exegese do dispositivo constitucional em exame é aquela que se funda na sistemática adotada pela própria Constituição.

A interpretação de norma avulsa dentro de um sistema, sem a análise profunda das demais normas que o compõem, pode resultar em subversão à ordem por ele constituída.

O atento exame da Carta Fundamental em vigor, sem necessidade, sequer, de se retornar à exegese dos textos constitucionais precedentes, leva-nos à inevitável conclusão de que a distinção entre as matérias financeira e tributária promana do próprio contexto que a encerra.

Consoante a norma estabelecida na alínea **c**, do inciso XVII, do art. 8º, compete à União legislar sobre “normas gerais sobre orçamento, despesas e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registro público e notariais; de direito financeiro;”... etc. Nessa discriminação, não se encontra o Direito Tributário, mas nem por isso se há de concluir que suas normas gerais não estejam no campo de competência da União, pois essa competência encontra-se prevista no § 1º do art. 18, que reza:

“§ 1º — Lei complementar estabelecerá normas gerais de Direito Tributário...”

Se, ademais, atentarmos para a redação do art. 55, que confere ao Presidente da República autorização para expedir decretos-leis, há de se observar que, embora o constituinte, no item II, se refira, genericamente, a “finanças públicas”, adita a seguir, “inclusive normas tributárias”.

Por derradeiro, releva registrar que o próprio art. 57, ora apreciado, no seu inciso IV, que regula a iniciativa do processo legislativo com relação às leis pertinentes ao Distrito Federal e Territórios, inclui dentre as matérias de exclusiva competência presidencial a “matéria tributária” e “orçamentária”.

Ora, se o constituinte se utiliza de formas distintas, embora devamos reconhecer o tratamento assistemático e nem sempre científico das regras que enfeixam a Carta Política vigente, para estabelecer competências, a ninguém, acreditamos, cabe identificar suas expressões máximas.

É de todos sabido que a lei não contém palavras ou expressões inúteis. Se matéria financeira e matéria tributária são a mesma coisa, ou se a primeira abrange a segunda, por que não usou o constituinte apenas a expressão “matéria financeira”? Ainda que a dualidade não tenha sido intencional, a partir da promulgação do texto, passou a ser. E isso é irremediável.

Se, por princípio basilar de hermenêutica, se admite que ao intérprete não cabe fazer distinções, onde e quando a lei não as faça, como corolário se conclui que ao intérprete não está facultado identificar expressões ou situações que a lei distingue.

No sentido de que a Constituição não identifica matéria tributária como financeira, será bastante o testemunho de dois insignes publicistas. Como constitucionalista de peso, leciona o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao comentar o supracitado item IV do art. 57, **verbis**:

“Mostro que, no entender do constituinte, a **matéria financeira** não abrange necessariamente a **matéria tributária**. Tanto assim é que, reservada pelo item I a matéria financeira à iniciativa

presidencial, este item IV, para reservar a matéria tributária dos Territórios ao Presidente da República, teve de fazer referência expressa.” (**Comentários à Constituição Brasileira**, vol. II, pág. 58.)

Como emérito tributarista, assim opina o Professor Geraldo Ataliba:

“A rigorosa exegese sistemática exige, no caso, que se atente para que o texto constitucional discerniu nitidamente Direito Tributário e Direito Financeiro (art. 8º, XVIII, c, e art. 19, § 1º) — refere-se o autor à Constituição de 1967 —, dispensando-lhes no principal e essencial — na disciplina da própria ação normativa — tratamento diferenciado e autônomo. Ora, esta circunstância obriga categoricamente o intérprete a proceder ao discernimento proposto, acatá-lo e dele extrair todas as conseqüências jurídicas.

Assim, o Direito Tributário, no nosso sistema constitucional, não se compreende no Direito Financeiro, dele não faz parte e com ele não se confunde. Logo, toda vez que uma regra constitucional referir-se a uma destas matérias, só ela — e não ambas — deverá ser entendida pelo intérprete, como alcançada.” (**O Decreto-Lei na Constituição de 1967**, pág. 66.)

Mas, se tal não bastasse, e se procurarmos subsídios em outros princípios e técnicas da hermenêutica, como faz o parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, havemos de nos deparar com o inflexível mandamento que determina se interpretem restritivamente as regras excepcionais, e de maneira especial, aquelas concernentes à competência por exceção.

A excepcionalidade das disposições contidas no art. 57, item I, é incontroversa eis que a regra geral é a do art. 56, que consigna:

“A iniciativa das leis cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ao Presidente da República e aos Tribunais Federais com jurisdição em todo o território nacional.”

Com efeito, esse é o modelo, enquanto que os demais dispositivos se constituem em exceções.

Diante desse trabalho mental, que nos parece lógico e científico, não chegamos a outra conclusão, senão a de que ao Congresso Nacional cabe a iniciativa das leis que tratam de matéria tributária, não lhe competindo, porém, a provocação do processo legislativo quanto a matéria financeira *stricto sensu*.

A premissa de que partimos, ou melhor dizendo, o material utilizado para a elaboração exegética, restringe-se à Constituição como um todo, pois entendemos que somente nela, como norma fundamental, da qual derivam e em que se fundamentam as normas jurídicas que compõem o ordenamento, podemos encontrar os elementos capazes de solver as dúvidas acerca de seu próprio texto. Procurar conceitos, embora corretos em suas formulações e doutrinariamente aceitos, fora da abrangência de um sistema, só é permitido como método científico, se tais conceitos não vierem a ferir o próprio sistema.

De igual forma, seria juridicamente inaceitável interpretar-se uma lei de hierarquia superior mediante o emprego de disposições legais hierarquicamente inferiores, ou seja, dar exegese a um texto de lei com base em conceitos emanados por simples decreto regulamentador.

Em que pese à sensibilidade dos cultores da ciência financeira, especialmente daqueles ciosos da autonomia de seu ramo jurídico, parece-nos insustentável a defesa da tese, segundo a qual, ao Poder Legislativo não compete a iniciativa das leis tributárias. Se o Direito Financeiro, pelo cordão umbilical que consiste na receita derivada, acha-se ligado ao Direito Tributário, nem por isso se há de olvidar toda uma sistemática constitucional de caráter rígido e casuístico como a nossa, para, por mero capricho histórico e tradicionalista, construir **standards** ideológicos que culminem com a identificação de matérias heterogêneas.

A linha corajosa e científica ora traçada pelo órgão colegiado do Senado, que concluiu pela constitucionalidade de proposições iniciadas naquela Casa, tendo por objeto matéria estritamente tributária, bem reflete o alto nível de seus membros e o descortino para problemas de tamanha grandeza.

Uma vez estabelecida a distinção entre matéria financeira e matéria tributária, dentro de um raciocínio lógico, se há de concluir que a matéria tributária cinge-se à instituição ou alteração de tributos, tendo-se em mente a sua hipótese de incidência, considerando-se aí os seus aspectos material e subjetivo, a base de cálculo e a alíquota, além de suspensão, extinção ou exclusão do crédito tributário, normas interpretativas relacionadas com o conceito de tributo, assim entendidos os impostos, taxas, contribuições em geral e o empréstimo compulsório.

Evidentemente, toda a matéria não correspondente a esses elementos estará, por conseqüência, na esfera da matéria financeira e, pois, fora do alcance da iniciativa do Legislativo.

Assim, finanças públicas ou matéria financeira envolvem não só a receita patrimonial do Estado, a gestão dos recursos públicos, o crédito público, a programação e execução orçamentária, como, ainda, a discriminação de rendas e suas normas disciplinadoras.

# Rumos da reforma judiciária

JOSÉ DILERMANDO MEIRELES

Membro do Ministério Público do Distrito Federal e do Conselho da OAB/DF.

## 1 – *Introdução*

Muito inadequadamente se tem chamado a Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, de reforma judiciária. Na verdade, o que a referida Emenda contém nada mais é que a remoção de obstáculos constitucionais para fins de reforma judiciária. A criação do Conselho Nacional da Magistratura, a alteração da composição e competência dos Tribunais Superiores e alguns dispositivos a respeito de remuneração dos Magistrados não têm o significado profundo e substancial de reforma, mais nitidamente expressa, sob forma de embrião, na oficialização dos Cartórios e na alteração do § 4º do artigo 153 da Emenda Constitucional de 1969.

## 2 – *Oficialização dos Cartórios*

A Emenda Constitucional instituiu a oficialização, dando ao artigo 206 da Constituição anterior a seguinte redação:

“Ficam oficializadas as serventias do foro judicial e extrajudicial, mediante remuneração de seus servidores exclusivamente pelos cofres públicos, ressalvada a situação dos atuais titulares, vitalícios ou nomeados em caráter efetivo.

§ 1º – Lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, disporá sobre normas gerais a serem observadas pelos Estados e pelo Distrito Federal na oficialização dessas serventias.

§ 2º – Fica vedada, até a entrada em vigor da lei complementar a que alude o parágrafo anterior, qualquer nomeação em caráter efetivo para as serventias não remuneradas pelos cofres públicos.

§ 3º — Enquanto não fixados pelos Estados e pelo Distrito Federal os vencimentos dos funcionários das mencionadas serventias, continuarão eles a perceber as custas e emolumentos estabelecidos nos respectivos regimentos.”

Assunto dos mais controvertidos, há quem o veja como um grande perigo aos objetivos de celeridade e presteza que precipuamente deve perseguir a reforma judiciária. Só mesmo a experiência poderá demonstrar o acerto da medida adotada, que retira das serventias o estímulo do lucro pela produtividade, dando aos seus ocupantes aquela passividade e frieza de atendimento tão próprias das repartições burocráticas.

De qualquer modo, algumas previsões já podem ser feitas a respeito do funcionamento do novo sistema. Com efeito, se na conjuntura atual as serventias disputam trabalho, combatendo de forma quase que sistemática a tendência de ampliação de uso dos instrumentos a título particular, é de admitir-se, por força de lógica, que doravante essa tendência vai ser contrária. Se a remuneração é sempre a mesma, ganhará mais aquele que trabalhar menos.

### 3 — *O impasse*

A efetivar-se uma tal previsão, somar-se-á ao atraso do expediente processual das instâncias o atraso do expediente das indolentes e acomodadas serventias extrajudiciais do futuro.

A falta do estímulo dos emolumentos será agravada pelas intrincadas malhas em que se processam a seleção e admissão dos servidores públicos em geral. E não será exagero prever nos Cartórios, hoje caros, porém prestos, a esclerosação de sua dinâmica e a contaminação do mal crônico da deficiência funcional das repartições burocráticas.

Aí estará criado um impasse do qual se deverá sair ou no qual não se deveria correr o risco de entrar. A pressão dos fatos forçará uma solução, por imperativo de lei natural.

### 4 — *Uma alternativa à vista*

Houve uma época em que o instrumento particular teve ampla utilização no direito pátrio. A grande extensão do nosso território; a precariedade de nossos antigos meios de comunicação; a escassez e deficiência de Cartórios no interior brasileiro; o baixo valor dos imóveis, tudo levava à adoção em larga escala do instrumento particular que, a despeito de suas naturais deficiências numa época em que todos eles eram redigidos à mão e freqüentemente assinados a rogo, desempenhou papel de suma importância nas relações civis e comerciais do passado.

Já escrevi: "A cada ano que se passa, mais evolui a cultura humana. E dentre os ramos da ciência, o Direito é daqueles a que mais se dedicam os homens, formando um rico potencial de elementos habilitados à prestação de serviços à causa da justiça. Contraditoriamente, porém, é o Judiciário um dos setores onde a carência é mais acentuada" ("O juízo arbitral obrigatório como forma de descentralização judiciária", in *Revista de Informação Legislativa* — Senado Federal, nº 47, pág. 234).

Eis, pois, que surge, da ameaça de escombros, uma nova luz no sentido da valorização profissional do advogado, mão-de-obra vasta e ociosa, e que pode facilmente ser utilizada na prestação de serviços parajurisdicionais, suprimindo as lacunas e carências do novo quadro em que a comunidade se poderá ver envolvida, como consequência da oficialização.

### 5 — A difusão do instrumento particular

Se no passado, com todas as suas deficiências, o instrumento particular teve desempenho satisfatório, quando a técnica era precária e a instrução um privilégio de poucos, é de esperar-se que o atual momento da vida nacional ofereça muito mais perspectiva de êxito para a sua reinstitucionalização.

É expressivo, hodiernamente, o entendimento de que o art. 134 do Código Civil, exigindo escritura pública para os pactos antenupciais e para os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a dez mil cruzeiros, constitui norma obsoleta insustentável. E é de lamentar que o anteprojeto de Código Civil, ao invés de abolir corajosamente a exigência arcaica, tenha-se limitado, timidamente, a elevar o seu valor para trinta vezes o maior salário mínimo vigente (art. 106 do anteprojeto).

A partir do advento do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, dando validade ao instrumento particular de compromisso de compra e venda, sem limite de valor, nota-se no Direito brasileiro uma clara tendência no sentido de abertura para a utilização mais ampla e generalizada do instrumento particular, tendência essa que vem sendo contida a custo pela força poderosa e organizada dos Cartórios, interessados em manter um preconceito que lhes assegure o monopólio do serviço notarial.

A despeito dessa resistência, posteriormente ao Decreto-Lei nº 58 a jurisprudência construiu a extensão dessa faculdade para o compromisso de compra e venda de imóvel não loteado, com esteio em interpretação da Lei nº 649, de 11 de março de 1949, havendo o Supremo Tribunal Federal, após um interregno de hesitação, firmado sua posição a favor da tese, conforme acentuado na ementa do acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 71.167, de Minas Gerais, pelo voto do Ministro Aliomar Baleeiro:

"Promessa de venda de imóvel — Instrumento particular — A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal predomina no sentido de que

não obsta à adjudicação compulsória de imóvel não loteado o fato de a promessa de venda ter sido celebrada por instrumento particular com as formalidades do art. 135 do Código Civil, desde que devidamente inscrito no Registro de Imóveis." (*Rev. Trimestral de Jurisprudência*, nº 57, pág. 652.)

Em seguida, vem a Lei nº 4.380, de 1964, e derroga o art. 134 do Código Civil, para dar força de escritura pública ao instrumento particular de qualquer valor, que tenha por objeto imóveis transacionados com órgãos do Sistema Financeiro de Habitação (arts. 60 e 61), norma hoje estendida pelos julgados para operações realizadas com qualquer agente do sistema financeiro, mesmo os de natureza privada.

Essa paulatina mudança evidencia um ponto fundamental, ou seja, que a manutenção da escritura pública não tem por suporte senão um preconceito, já que a segurança do negócio pode ser obtida por outros meios, sobressaindo entre eles o registro do título.

Dai por que afiance ORLANDO GOMES que "a insegurança do escrito particular é contrabalançada pela exigência do registro no ofício de imóveis para a atribuição de direito real ao promitente-comprador" (*Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 42, pág. 52, verbete "Promessa de Venda").

#### 6 – A valorização profissional do advogado

Os advogados de hoje, em número muitas vezes superior ao de juízes e serventuários, atropelam-se nos pretórios, à espera de uma simples informação ou de um singelo despacho, perdendo-se tempo precioso de homens que se habilitaram para produzir mais e em melhores condições.

Com isto, a postulação aumenta. A prestação jurisdicional é retardada pelo acúmulo. O peso é mal distribuído e a carga é lançada, muitas vezes, sobre os ombros frágeis de desqualificados serventuários.

Ora, num quadro assim tão sombrio, é mais que racional a utilização do advogado em trabalhos definitivos, iniciados e concluídos dentro de seus próprios escritórios. Uma dessas formas de trabalho acabado do advogado já foi por mim alvitrada no estudo a que já me referi – "O juízo arbitral obrigatório, como forma de descentralização judiciária".

Refletindo sobre a gravidade do assunto, naquele modesto estudo, tive ensejo de enfatizar:

"A reforma judiciária brasileira deve ter por escopo, a meu ver, uma racional e eficaz redistribuição da sobrecarga processual das instâncias, a fim de que se possa contar com uma justiça mais rápida. O

objetivo é a celeridade; os meios de obtenção da celeridade são a redução do acúmulo de solicitações às diversas instâncias. Proponho, para a consecução desse objetivo, a descentralização judiciária, através da reformulação e ampliação do juízo arbitral. . .”

Mas, para tornar viável essa pretendida descentralização, prossigo:

“cumpre, inicialmente, definir a matéria jurisdicional propriamente dita e separá-la da matéria que poderíamos chamar de parajurisdicional, a fim de que esta última seja distribuída a outros setores, aliviando os juízos e tribunais de uma parte considerável da sobrecarga processual”.

DUGUIT, em trecho citado por CASTRO NUNES e tirado do seu livro *Les transformations générales du Droit Public*, págs. 115 e seguintes, pontificou com clareza e propriedade:

“Esta função (a jurisdicional) não tem, entretanto, caráter formal, isto é, a sua natureza não decorre dos órgãos, dos agentes ou das autoridades que a exercem, mas da natureza mesma do ato de jurisdição, encarado do ponto de vista material. Assim é que à regra da unidade do órgão jurisdicional do montesquieísmo, o Estado moderno opõe a da variedade dos órgãos jurisdicionais. O Estado tem, efetivamente, toda a função jurisdicional; não a exerce, porém, através de um único órgão (Poder Judiciário), mas, ao contrário, institui tantos órgãos quantos necessários, oportunos ou convenientes. A jurisdição do Estado pode sofrer um processo de classificação pela matéria sobre que se exerce, nada impedindo, entretanto, que o mesmo órgão exercite duas ou mais jurisdições de natureza diferente. O critério da distribuição das competências é exclusivamente fundado em considerações de ordem pública. Desde que um órgão se revele mais apto que outro para exercer determinada jurisdição, esta lhe deve ser transferida. E desse modo que, no plano jurisdicional, se opera a racionalização do governo.”

Daí por que afirme ALCINO SALAZAR, em seu recente e apreciado livro *Poder Judiciário*, página 33, que “a teoria das funções tem base científica; já a divisão de poderes é um arranjo artificial. Tem sido dito que é apenas obra de arte política”.

FREDERICO MARQUES, no Capítulo I do seu também recente *Manual de Direito Processual Civil*, volume I, página 1, consigna, com a segurança própria do seu reconhecido talento:

“As normas que a ordem jurídica impõe para disciplinar a convivência social costumam ser obedecidas e aplicadas por mero contrato virtual e espontaneamente. Contudo, na esfera das relações intersubjetivas, surgem, às vezes, conflitos de interesses em que se torna incerto ou descumprido o direito objetivo. Intervém, então, o Estado, para compor

o conflito, dar a cada um o que é seu e aplicar coativamente a norma jurídica adequada à situação litigiosa que se criou. Essa aplicação em concreto do direito objetivo, para solucionar conflito litigioso de interesses, o Estado realiza através do processo e mediante o exercício de sua função básica, que é a jurisdição.”

Através dessa síntese clara do ilustre processualista patricio, que reproduz o pensamento assente na doutrina jurídica sobre o conceito de jurisdição, pode-se observar que a matéria jurisdicional compõe-se de um elemento nuclear, sediado exatamente no conflito de interesses. Esse é o elemento indispensável à caracterização de qualquer matéria como jurisdicional. Pelo menos, podemos fixar aprioristicamente esse conceito, com vistas a um ensaio de definição, daí partirmos para a separação da matéria parajurisdicional e tentarmos, por esse caminho, chegar à descentralização judiciária, afastando tudo quanto, por força de mera tradição, se lhe ache adjudicado, avolumando de modo insuportável a sobrecarga de trabalho das instâncias, com efetivo prejuízo para a oportuna solução dos litígios.

Em suma, sobre o Judiciário é lançado um volume sobre-humano de tarefas contendo matéria que não diz com a função jurisdicional, por não conter litígio, conflito de interesses. Sendo excessiva a solicitação, inevitável é o atraso, que gera a insatisfação e sugere a crítica.

Toda matéria que não contenha, pois, conflito de interesses, ou, em outras palavras, toda matéria que signifique convergência de interesses na sua solução, pode e deve ser afastada da intervenção judiciária e repartida entre o juízo arbitral, os próprios escritórios dos advogados e outros órgãos que de tais assuntos possam encarregar-se bem.

Isto é descentralização. E sem descentralização será mero bisantinismo pensar em reforma judiciária. A descentralização, sob forma da mais ampla utilização do trabalho particular do causídico, trará a diminuição dos serviços judiciários, uma feliz alternativa para a solução dos negócios jurídicos meramente formais e, além disso, constituirá um fator novo de responsabilidade e uma nova seara de trabalho para milhares de advogados, valorizando profissionalmente essa importantíssima atividade. Sobretudo, mais uma alternativa para a comunidade, que terá outras portas onde bater para a solução dos prementes problemas da vida moderna.

E assim, ao invés dos atuais áridos e inglórios debates entre os advogados e os juízes, teremos, entre esses agentes, colaboração mais estreita e efetiva, operando todos no sentido da obtenção de um saldo maior de trabalho útil à comunidade.

Dentro desse quadro e visualizando mais diretamente a oficialização dos Cartórios, a abolição da exigência do instrumento público e a mais larga utilização do instrumento particular, apresenta-se como singela, porém significativa inovação.

# Controle da administração indireta

ROBERTO ROSAS

Professor da Universidade de Brasília  
e Advogado

## SUMÁRIO

1. A reforma administrativa. Descentralização de atividades. Administração indireta. Empresa pública e sociedade de economia mista.
2. Reforma administrativa no âmbito estadual. Ato Institucional nº 8, de 1969.
3. Normas de administração financeira. Dever de prestar contas.
4. Os controles financeiro e orçamentário.
5. A fiscalização da administração descentralizada.
6. A regulação do dispositivo constitucional (art. 48).
7. A Lei nº 6.223 e seus aspectos.
8. As peculiaridades da administração indireta.
9. As instituições financeiras e subsidiárias.

1. A filosofia da reforma administrativa operada com o Decreto-Lei nº 200 baseou-se na descentralização das atividades da administração. A partir dessa etapa houve grande incremento à chamada administração indireta com entidades de personalidade jurídica própria, como as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Considerou-se mais a autarquia como serviço autônomo para a execução de atividades típicas da administração pública com gestão administrativa e financeira descentralizada.

A empresa pública objetivará a exploração de atividade econômica pelo Estado, por força de contingência ou de conveniência administrativa.

Já a sociedade de economia mista tem como escopo a exploração de atividade econômica, sob forma de sociedade anônima.

2. Essas orientações são válidas para o plano federal e estadual, porquanto o Ato Institucional nº 8, de 1969, estendeu ao Poder Executivo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a competência para a realização da respectiva reforma administrativa, observados os princípios fundamentais adotados para a administração federal.

3. Dentre as normas de administração financeira e de contabilidade fixadas na reforma administrativa está o dever da administração federal, **lato sensu**, logo direta e indireta, de prestar ao Tribunal de Contas os informes relativos à administração dos créditos orçamentários e facilitar a realização de inspeções de controle (Decreto-Lei nº 200 — art. 75).

4. Daqui já entrevemos os controles que sofre a administração do ponto de vista financeiro e orçamentário. O primeiro já identificado é o controle técnico, feito pelo Tribunal de Contas. Cabe a este o exame da legalidade e da regularidade dos gastos ou que envolvam bens e valores públicos. Não cabe ao Tribunal de Contas examinar da conveniência ou oportunidade desses atos, e sim que suas práticas sejam embasadas em aspectos legais e de regularidade incontestável.

A Constituição federal instituiu o controle financeiro e orçamentário interno e externo. O controle externo é exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas. É auxílio e não assessoramento. É auxílio técnico e não político. Este é exercido pelo Poder Legislativo apoiado no exame técnico do Tribunal de Contas.

Então o Tribunal de Contas não pode acompanhar a execução orçamentária? Pode, através do desempenho financeiro, das informações dadas pela administração.

Outro controle imposto pela reforma administrativa é o administrativo-hierárquico, onde a autoridade subordinante vela pela execução financeira a cargo de seu subordinado, inclusive, obrigando-se, por força

de mandamento constitucional, ao pronunciamento dessas autoridades administrativas, aprovando ou não as contas do seu subordinado, antes de enviá-las ao Tribunal de Contas (Constituição federal — art. 70, § 4º). Também impõe-se o controle hierárquico com a supervisão ministerial. No entanto, no caso da administração indireta, essa tutela administrativa com o exercício do controle sobre essas entidades não pode prejudicar a personalidade jurídica ou a liberdade de gestão.

Pelo controle da moralidade administrativa verificam-se as regras da boa administração (Henri Welter — **Le Controle Jurisdictionnel de la Moralité Administrative** — pág. 77). Como acentua Seabra Fagundes, a moralidade administrativa se traduz no comportamento adequado à isenção, ao zelo, à seriedade e ao espírito público, que caracterizarão o administrador como mandatário da coletividade (“Os Tribunais de Contas e a moralidade administrativa” — **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal** 2/9).

Historicamente, desde 1824 o Governo apresentava anualmente à Câmara dos Deputados um balanço geral da receita e despesa do Tesouro Nacional do ano antecedente (Constituição de 1824 — art. 172).

Com o advento do Tribunal de Contas, em 1890, mais acentuou-se a responsabilidade financeira e orçamentária do Poder Público.

A Constituição de 1934, nobilíssima por sua atualização e fixação de novos princípios, dava ao Tribunal de Contas o acompanhamento da execução orçamentária e o julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos (art. 99), e, numa antecipação do assunto que ora estudamos, administração indireta, competia ao Tribunal de Contas a fiscalização financeira dos serviços autônomos (art. 101, § 3º).

Encontramos sempre a preocupação pela gestão de dinheiros públicos (Decreto-Lei nº 199 — art. 33); e não só, todos os atos que afetem o patrimônio público ou imponham gastos.

Desde que reconhecemos a necessidade de controle dos gastos dos dinheiros públicos, dos valores e bens, temos que assentir na natureza pública dessa gestão patrimonial e financeira. Daí a regra constitucional competindo à União Federal a legislação sobre normas gerais sobre despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública (art. 8º, XVII, c), donde surgem os princípios gerais sobre a fiscalização financeira e orçamentária, que são extensíveis aos Estados-membros (art. 13, IV). (Raul Machado Horta — **Revista de Direito Público** 16/15). Em outubro de 1977, o Governador do Estado do Rio de Janeiro enviou à Assembléia Legislativa projeto de lei complementar sobre a organização do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro que adota expressamente os princípios espostos pela Lei nº 6.223 quanto a fiscalização da administração indireta.

Se fizermos a interpretação sistemática da Constituição sobre o controle dos gastos públicos, veremos que o Tribunal de Contas exerce a auditoria financeira e orçamentária sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Todo o julgamento da regularidade das contas dos administradores é baseado em normas de fiscalização financeira e orçamentária (art. 70, §§ 3º e 4º). Essas normas são aplicáveis às autarquias (art. 70, § 5º). Aliás, na Constituição de 1946 o Tribunal de Contas julgava as contas dos administradores das entidades autárquicas (art. 77).

Pontes de Miranda justificou a inclusão das autarquias, porquanto essa obrigatoriedade de prestação especial de contas impõe a prestação direta ao Tribunal, e não virem essas contas englobadas nas contas gerais do Ministério ao qual se subordinem, geralmente o então Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, por ser uma fração do Estado. Mostra ainda o insigne Pontes de Miranda o alcance da responsabilidade dos administradores na prestação de contas, e não da própria autarquia (**Comentários à Constituição de 1946 — art. 77**).

Portanto, o exercício da fiscalização financeira e orçamentária será feito pelo Poder Legislativo (controle externo) e pelo controle interno do próprio Poder Executivo (art. 70).

5. O Projeto da Constituição de 1967 não inseria a fiscalização da administração descentralizada. Esta surgiu através da Emenda nº 470, de autoria do ilustre Senador Josaphat Marinho com o seguinte teor, que prevaleceu no texto definitivo (art. 48):

“A lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo e da administração descentralizada.”

Esse ilustre parlamentar e jurista invocava a Emenda Constitucional nº 17, de 1965, que tinha dispositivo idêntico, não repetido no projeto constitucional.

A Emenda nº 639/2 ao Projeto Constitucional de 1967 estendia a fiscalização financeira e orçamentária às autarquias, às sociedades de economia mista e à administração indireta. Como fora adotada a emenda sobre a administração descentralizada, esta ficou prejudicada, em parte, somente aceitando-se a aplicação às **autarquias**.

Finalmente, na atual Constituição de 1969 prevaleceu o dispositivo:

“A lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da **administração indireta**” (grifo nosso).

Com esse dispositivo constitucional, o Poder Legislativo exerce o controle parlamentar, autêntico controle político das entidades da admi-

nistração indireta. Nesse controle inclui-se a fiscalização da legalidade e da eficiência desses entes, muito além do que poderá fazer o Tribunal de Contas, com o controle técnico, onde a legalização é o fator mais importante.

A preocupação com as atividades da administração indireta está na razão óbvia do grande desenvolvimento das empresas públicas e das sociedades de economia mista, gerindo enormes recursos públicos, não podendo ficar a salvo da fiscalização.

6. Baseado no artigo 48 da Constituição, o legislador ordinário procurou dar um grande passo no controle financeiro e orçamentário da administração indireta. Por isso, vários projetos procuraram atender ao **desideratum** constitucional, que se converteu na Lei nº 6.223, de 14 de julho de 1975. Esta lei, portanto, dispoendo sobre a fiscalização financeira e orçamentária da União pelo Poder Legislativo, deu prosseguimento a tão desejada regulação do dispositivo constitucional, não só em relação a toda a administração direta, como especialmente em relação à administração indireta. Ressalte-se, desde já, que as leis criadoras das empresas públicas brasileiras (BNH, BNDE, Caixa Econômica, Casa da Moeda etc.) já prevêem a obrigatoriedade da prestação de contas ao Tribunal de Contas da União. Com isso, a grande novidade praticamente está na obrigatoriedade relacionada com as sociedades de economia mista, cuja prestação de contas foi muito discutida, tendo em vista esse controle estar adstrito às assembleias onde 49% dos acionistas poderiam verificar e discutir o desempenho financeiro e orçamentário dessa sociedade. Por outro lado, a maior parcela de ações está em mãos do Poder Público, logo, recursos públicos que não são fiscalizados pela assembleia, nem esta verifica a boa aplicação, e sim o conjunto das atividades da sociedade. A discussão foi superada pelo art. 45 da Constituição, já citado, ao prever a fiscalização dos atos da administração indireta, nela incluída a sociedade de economia mista, por força do Decreto-Lei nº 200.

7. Passemos ao exame da Lei nº 6.223, que regulamenta a fiscalização financeira e orçamentária da União, pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União. No plano estadual essa fiscalização está entregue à Assembléia Legislativa com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado. No âmbito municipal essa fiscalização é realizada pela Câmara Municipal com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado ou órgão estadual a que foi atribuída essa incumbência (Constituição federal — art. 16, § 1º), como está ocorrendo no Rio de Janeiro, Ceará e Bahia. (Ver nossa opinião sobre o assunto: "A Responsabilidade Financeira e Orçamentária nos Municípios." **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, nº 5/97.)

A Lei nº 6.223 abrange a apreciação das contas do Poder Executivo (Presidente da República, Governador de Estado e Prefeito Municipal), isto é, o desempenho do conjunto das unidades administrativas do Poder Executivo, na declaração geral de seu Chefe, não excluindo o exame in-

dividual das contas dos responsáveis, quer através da auditoria financeira e orçamentária (controle interno feito pela própria administração) e até o julgamento das contas dos administradores em geral e responsáveis por bens e valores públicos (art. 2º). Nesta parte, qualquer administrador será fiscalizado, ou qualquer responsável, ainda que não administrador, por bens e valores públicos. Por exemplo, quem receba verbas ou dotações orçamentárias, como nas instituições filantrópicas, culturais ou educacionais. Estes também prestarão contas. É a regra da prestação de contas pela utilização de dinheiros públicos.

Para tornar eficaz a ação do Poder Legislativo, este poderá requisitar, e o termo é esse, no sentido de pedir ao seu órgão auxiliar, o Tribunal de Contas, as informações sobre as contas dos órgãos e entidades da administração, cópias de relatórios de inspeções realizadas e respectivas decisões do Tribunal de Contas, a fim de que o Legislativo possa fazer a sua avaliação ou julgamento do desempenho financeiro e orçamentário (art. 3º).

No concernente à administração indireta, o Legislativo pode requisitar os balanços dessas entidades. Dir-se-á que os mesmos são publicados em órgãos de divulgação generalizada, no entanto, cabe a ponderação mais contábil do que jurídica, de que um balanço não se reduz ao publicado na imprensa. Essa publicação é o reflexo das atividades da escrituração, dos documentos que embasam esse balanço. Muitas vezes tornar-se-á impossível remeter ao Tribunal de Contas toda a documentação que se destinou ao balanço, porém, o Legislativo ainda usará da faculdade dada pela Lei n.º 6.223, isto é, pedir a inspeção na entidade, quando o relatório de auditoria ou o certificado de auditoria apontar irregularidades nas contas. Essa chamada inspeção *in loco*, admitida pela Constituição federal (art. 70, § 3º, *in fine*), foi uma das grandes inovações na fiscalização financeira pelo Tribunal de Contas, pois dá à Corte a possibilidade de verificar na própria entidade o deslince de possível irregularidade ou fazer o cotejo de documentos e afirmações em benefício da sadia administração, que nada tem a esconder. Por outro lado, ainda no tocante aos balanços da administração indireta, a Constituição dá o julgamento da regularidade das contas dos administradores e responsáveis, através de várias atitudes, inclusive levantamentos contábeis (art. 70, § 4º). Verificados irregularidades ou abusos da administração no exercício financeiro ou orçamentário, o Tribunal de Contas pode representar ao Poder Legislativo (art. 5º). Essa faculdade surge conjugada à aplicação de sanções pela Corte de Contas, que poderá não representar ao Legislativo, no entanto, comunicará ao Legislativo a aplicação dessas sanções.

Se a Corte representar ao Legislativo, este, através da Comissão de Fiscalização Financeira e Tomada de Contas, emitirá parecer conclusivo com Projeto de Decreto Legislativo, no qual, o Legislativo acolhe ou rejeita a representação (Lei nº 6.223 — art. 5º, § 2º). Não poderá sim-

plesmente arquivar a representação. Ela pode ser repelida, porém, com o Decreto Legislativo.

Essas diretrizes já apontadas são peculiares a toda a administração, direta e indireta.

Na administração indireta encontramos características próprias da empresa pública e da sociedade de economia mista, onde o capital público é integrante com preponderância. Aliás, a Constituição federal impõe às empresas públicas e sociedades de economia mista, as normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações (art. 170, § 2º).

8. Partindo da singularidade das empresas públicas e sociedades de economia mista, a Lei nº 6.223, que ora examinamos, limita a fiscalização às entidades com personalidade jurídica de direito privado, cujo capital pertença exclusiva ou majoritariamente ao Poder Público. Essa limitação visa respeitar as peculiaridades de funcionamento da entidade (art. 70, § 1º), num regime híbrido atividade privada/atividade pública. Portanto, não se pode impor à sociedade de economia mista ou empresa pública a fiscalização dirigida à administração direta, pois as peculiaridades são dissemelhantes. Ao lado disso, a Corte fiscaliza e não planeja. Eis o dispositivo legal:

“As entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, cujo capital pertença, exclusiva ou majoritariamente à União, a Estado, ao Distrito Federal, a Município ou a qualquer entidade da respectiva administração indireta, ficam submetidas à fiscalização financeira do Tribunal de Contas competente, sem prejuízo do controle exercido pelo Poder Executivo” (art. 7º).

Avança mais a lei, limitando a verificação sobre a exatidão das contas e a legitimidade dos atos. A exatidão chegar-se-á pelo levantamento contábil. Isso não significa mera soma ou numerologia aritmética, sem contraste entre os números apresentados. Significa, portanto, a exatidão das contas segundo os dados apresentados. A legitimidade dos atos é contrastada pelo princípio da legalidade que domina a administração. Ao contrário do particular, que faz tudo aquilo que a lei não impede, o administrador só faz o permitido pela lei. Dentro dessa legalidade, os atos deverão ser examinados como obedientes aos princípios legais. Na empresa pública e na sociedade de economia mista constituídas como sociedades anônimas, a lei regedora dessas sociedades deve ser adotada como paradigma na condução dessas sociedades, ao lado do estatuto dessas sociedades.

Outro parâmetro a ser observado na fiscalização da administração indireta refere-se aos objetivos sociais, à natureza empresarial e às operações segundo os métodos do setor privado. Logo, a empresa pública e a sociedade de economia mista não podem ser analisadas, senão do ponto de vista empresarial, no cotejo das atividades idênticas e afins da

atividade privada, não podendo o Tribunal de Contas interferir na política adotada pela entidade, senão de acordo com normas previstas na legislação geral e especial, isto é, não serão criadas normas fora da legislação. (Ver — Roberto Rosas — “Tendências Atuais da Empresa Pública” — **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal** — nº 4.)

Começam a surgir novidades nesse assunto.

O Tribunal de Contas poderá discutir o mérito das decisões da diretoria da sociedade de economia mista ou da empresa pública? Pensamos negativamente. O mérito da decisão diz com as peculiaridades da sociedade, a menos que esse mérito envolva ilegalidade.

9. As instituições financeiras, quer sob a forma de empresa pública ou sociedade de economia mista (eb.: BNDE, BNH, Banco do Brasil), estão excluídas da fiscalização do Tribunal de Contas, por que há o controle efetuado pelo Banco Central?

De fato, a Lei nº 4.595, de 1964, que teve como escopo a reforma bancária, deu ao Banco Central a competência para exercer a fiscalização das instituições financeiras (art. 10, VIII), uma permanente vigilância no mercado financeiro (art. 11, VII). Essa fiscalização do Banco Central destina-se aos aspectos bancários, do ponto de vista operacional e não quanto à aplicação do numerário público. O Banco Central não interfere na política de pessoal, remuneratória de um banco.

Outro ponto a ser examinado segundo a Lei nº 6.223 diz com a sociedade **holding** com subsidiárias, onde se admite a prestação única da controladora, porém, com as contas das subsidiárias (“Telebrás” — **Revista do Tribunal de Contas da União** 14/133 e 178; Parecer do Procurador-Geral Ivan Luz — **Revista do Tribunal de Contas da União** 14/344; Parecer do Consultor-Geral da República — **DJ**, de 26-7-77, pág. 9520).

Quando a Lei nº 6.223 submete à fiscalização financeira do Tribunal de Contas as entidades cujo capital pertença majoritariamente à União, ao Estado, não abrangeu a participação minoritária. (**Revista do Tribunal de Contas da União** 14/181.)

Essa matéria relativa ao controle das sociedades de economia mista e empresas públicas foi amplamente discutida na doutrina. (Caio Tácito — “Controle das Empresas do Estado (Públicas e Mistas)” — **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal** nº 1; Hely Lopes Meirelles — “A Administração Pública e seus Controles” — **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, nº 3; **Revista de Direito Administrativo** 126; **Arquivos do Ministério da Justiça**, nº 139; Luiz Navarro de Britto — “Tribunais de Contas e Controle da Administração Indireta” — **Revista do Tribunal de Contas do Estado da Bahia**, nº 6, pág. 39, 1977; Raimundo de Menezes Vieira — **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, nº 5; Eros Roberto Grau — “Controle das Sociedades Anônimas com participação estadual majoritária” — **Revista de Direito Público** 30/17).

# Região metropolitana e estrutura sindical brasileira

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Professor da Universidade Federal de Minas  
Gerais e da Universidade Católica de  
Minas Gerais

"... no hay ciencia política posible sin contar con un fundamento sociológico." (GEORGES BURDEAU) (1)

\* \* \*

"Der Staat bestimmt durch seine Rechtsordnung nicht nur, welche Pflichten und Rechte die Einzelnen haben, sondern dass sie überhaupt Pflichten und Rechte haben können und ob diese für alle gleichen sind." (HANS NAWIASKY) (2)

\* \* \*

"O Estado não cria os grupos profissionais, já os encontra existindo espontaneamente em sociedade. Limita-se simplesmente a dar-lhes forma jurídica, organizando-lhes certos requisitos para o pleno exercício funcional." (EVARISTO DE MORAIS FILHO) (3)

## SUMÁRIO

1. Introdução — 2. Retrospecto histórico — 2.1. As cidades medievais — 2.2. As corporações medievais — 2.3. As cidades e as corporações — 3. A estrutura sindical brasileira — 4. O Distrito e o Município — 5. A região metropolitana — 6. As normas coletivas — 7. A região metropolitana e a norma coletiva — 8. Conclusão.

(1) *Método de la Ciencia Política*. Buenos Aires, 1976, pág. 110.

(2) "O Estado determina, através da ordem jurídica, não só quais os direitos e deveres que os indivíduos têm, mas que eles, em geral, podem ter deveres e direitos e se estes são iguais para todos" — *Allgemeine Staatslehre*. Zürich-Köln. Verlagsanstalt Benziger & Co. A. G., 1958, 3.º Vol., pág. 12, n.º 10.

(3) *O Problema do Sindicato Único no Brasil*. Rio de Janeiro. Editora "A Noite", 1952, pág. 66.

## 1. INTRODUÇÃO

A extraordinária agressão sociológica ao fenômeno conceitual emergente chamado **região metropolitana** abriu ubérrimo campo de pesquisas e estudos para a compreensão do **homem** como membro de uma comunidade.

Fenômeno coexistente com o advento da era industrial em suas feições atuais, a **metropolização** do homem dimensionou-o em todas as áreas de sua projeção pessoal, desde sua conformação espiritual, suas carências e procura afetivas, seus mitos e seus desencantos ideológicos até às suas menores necessidades materiais, próximas ou remotas, diretas ou indiretas.

O estreitamento e a intensidade de relações interpessoais, concentradas em espaços geográficos mais amplos, a reformulação de **standards** de vida, que se procura através de planos de equacionamento de vias comportamentais, forçaram, do plano sociológico e do substrato econômico, a uma revisão das estruturas normativas, que passaram a considerar a **metropolização urbana** como um fenômeno global em todas as áreas de incrementação de vida social, tais como relações civis, relações profissionais, segurança, higiene, criminalidade, transporte, comunicações (estas, como causa), lazer, bem-estar etc.

A concentração de interesses, à força do acesso à comunicação, pronta e eficaz, se resultou em uma maior sensação de conforto, de bem-estar, de satisfação de necessidades decorrentes da coexistência, tornou, por outro lado, mais sensíveis os fluxos pessoais dos instintos de afirmação e de conservação dos indivíduos, incrementando, por isso, os riscos da conflitualidade social, caso esses fluxos não venham a encontrar canais aptos ao escoamento e à satisfação daqueles interesses.

Assim como se armou a concepção sociológica, econômica, administrativa e infra-estrutural de uma **região metropolitana**, assim também se deveria apreender e delinear, em termos de interação social, a sua superestrutura normativa, sobretudo sua rede jurídico-legislativa.

Se as várias formas de manifestação da vida grupal (família, crença, esporte, sobretudo a política) sofreram e vêm sofrendo profunda revisão na perspectiva e no comportamento dos indivíduos componentes das **megalópolis** não se pode negar que essa comoção atingiu, nas bases de sua explicação existencial, as forças sociais aglutinadas em razão do trabalho.

Colhe-se, na experiência das relações laborais, que, destacando-se dos interesses individuais, de cada trabalhador considerado como tal, alinha-se uma expressão uniforme de interesses, os chamados interesses coletivos e que exprimem a soma ou a média ou a resultante daqueles interesses individuais, aglutinados em razão de uma profissão ou de uma atividade econômica em um círculo espacial definido.

Entre as forças sociais de maior vitalidade e de mais aguda atuação, exprimindo e afirmando interesses coletivos fundamentais, figuram as categorias constituídas em razão da produção, que o direito brasileiro distingue em categorias profissionais (de empregados), categorias econômicas (de empregadores) e categorias de profissionais liberais (autônomos).

Como essas categorias, por razões históricas e sociológicas, tiveram e têm seus centros de projeção na cidade, em que encontraram os limites naturais de aglutinação, elas compõem o tecido social urbanístico e, por isso, sofrem constantes e incisivas influências do processo de crescimento e de gigantismo das **metrópolis** e de seu desdobramento agrupado, as **regiões metropolitanas**.

A sensibilidade econômico-profissional à regionalização metropolitana não recebeu ainda, na investigação científica, uma focagem específica, embora os fatores que se interinfluenciam (cidade x grupo profissional) o façam com a maior intimidade, por tratar-se de interesses vitais de sobrevivência e de conveniência entre os indivíduos-trabalhadores, como tais e como habitantes de determinada área geográfico-populacional delimitada.

O fenômeno da metropolização, ligado ao da industrialização, ao do comércio, ao das comunicações, acha-se de tal maneira imbricado nas condutas perspectivistas dos indivíduos-trabalhadores (não importa se pertencentes a categorias profissionais ou econômicas ou liberais), de tal maneira nelas entranhado que o próprio equacionamento da representação política denota uma especial formulação ao armar os quadros de sua participação no poder.

Quando se trata, porém, do jogo dos interesses propriamente profissionais, sente-se que o surto da metropolização regional alargou o sentido da solidariedade, o âmbito da co-participação natural, sobretudo dos trabalhadores, que passaram a ter condições de vida (econômicas) e de trabalho idênticas, similares ou mesmo conexas, mas em áreas geográficas maiores, embora pontuadas em duas ou três ou mais cidades diferentes e que se interligam pela proximidade ou pela contigüidade resultante dos sistemas de comunicação.

Ora, se ocorre essa revisão de conceitos, como que diluindo as fronteiras políticas entre cidades e municípios, se se impõem diretrizes comuns a eles, que visam a uniformizar sistemas de administração, de assistência, de planejamento geral, não há motivo para, também sob essa ótica, deixar de encarar-se a necessidade de uma reformulação objetiva no sistema da representação sindical, tendo-se por base territorial a região metropolitana.

Como o grupo profissional é um dos grupos sociais que mais se prestam à politização, na forma que lhe é peculiar (4), isto é, para a defesa de interesses da categoria, é necessário se perquiram as suas

(4) Cf. BURDEAU, ob. cit., pág. III, e TANNENBAUM, apud MORAIS FILHO, pág. 69, n.º 76.

bases sociológicas, as idéias-forças que atuam como fator de arregimentação individual, mas dentro de outro campo não menos propício e condicionante da centralização de interesses sociais, a cidade, agora vista em seu desdobramento físico e conceitual, a região metropolitana.

Ao entendimento de que as bases sociológicas do sindicato mudaram-se e a sua estrutura jurídica está à procura de uma redefinição, tendo por círculo objetivo da captação a região metropolitana, terá ela por fim realizar mais harmoniosamente interesses gerais de uma categoria, situada em uma mesma área geográfica, em um mesmo nível de vida econômica, enfim, em um mesmo contexto sociológico, porém, dentro de um círculo maior de interação.

A par dessa realidade sociológica, é da maior importância para as investigações desse trabalho se tenha em mente, e não é demasiado repetir, que a "categoria profissional e econômica formou-se como sistema de aglutinação de interesses individuais que, pela identidade de condições de trabalho e de vida, dos empregados ou de métodos ou problemas de produção econômica dos empregadores, se estratificaram em fortes laços de solidariedade, passando, daí, a servir de projeção e fundamento à solução dos problemas coletivos de cada grupo". (6)

A Sociologia define-a como resultante de uma **solidariedade por similitude**, que "se vai particularizando para se aplicar especialmente às relações entre pessoas ligadas entre si por um certo laço de identidade de interesses e aspirações". (6)

Uma sucinta visão retrospectiva do fenômeno do surgimento das comunas e da formação das corporações medievais explicará os nexos, a intensa força recíproca irruptiva que faz relacionarem-se cidade e sindicato, não como continente e conteúdo, mas como complexos nucleares de formação sociológica que se interfisionomizam.

## 2. RETROSPECTO HISTÓRICO

Como forma associativa de defesa de interesses profissionais, não se pode negar aos sindicatos modernos a sobrevivência, embora tênue, do mesmo espírito que, na antigüidade, presidiu a organização de associações (**sreni**) de barqueiros, artesãos, agricultores e pastores, na Índia, das **tyases**, os **orgeons**, principalmente as **hetairidas** e os colégios de barqueiros (**nautas**), na Grécia e, sobretudo, dos **collegia**, em Roma, de que as fontes históricas, desde Plutarco, já trazem mais circunstanciado testemunho. (7)

(5) Cf. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Da Sentença Normativa*. Tese. Estabelecimentos Gráficos Sta. Maria. Belo Horizonte, 1961, pág. 15.

(6) VILHENA, ob. cit., págs. 15/16. Cf. FILHO, Evaristo de Moraes. "Conceito de Categoria Econômica", in *Revista Trabalho e Seguro Social*, vol. XXX, jan./fev./1952, págs. 113 e segs.

(7) Cf. CABANELLAS, G. *Derecho Sindical y Corporativo*. Buenos Aires. Ed. Bibliográfica Argentina, 1959, págs. 23 e segs.; DEVEALL, Mario L. *Curso de Derecho Sindical y de la Previsión Social*. Buenos Aires. Victor P. Zavalla Ed., 1952, pág. 18 e ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO e CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Tratado de Política Laboral y Social*. Buenos Aires. Ed. Hellasta S.R.L., T. 1, págs. 230 e segs.; ELLUL, Jacques. *Histoire des Institutions de l'Antiquité*, Paris. Presses Universitaires, 1963, págs. 34, 215/6, 438 493, e SAINT-LEON, E. Martin. *Historia de las Corporaciones de Oficio*. Buenos Aires. Ed. Partenon, 1947, pág. 31.

Armou-se, em realidade, acerba polêmica entre doutrinadores, ora contestando, ora afirmando a linha de continuidade entre as associações romanas e as corporações e entre estas e os modernos sindicatos.

Não há dúvida alguma que as instituições jurídicas, de natureza organizativa, guardam, em sua conformação, a direção dominante das relações sociais e econômicas de determinada época.

Se o sindicato moderno representa uma forma de agremiação por interesses antagônicos (de empregados x de empregadores), reside isto no próprio condicionamento histórico do advento da revolução industrial, da máquina, que situaram, em campos marcados quanto aos interesses contrapostos, trabalhadores e empresários.

Se, por outro lado, a associação operou-se em conjunto na Idade Média (mestres, como proprietários e exploradores do negócio; companheiros, como assalariados e aprendizes, em relação mista de trabalhador e educando ou discípulo), quer isto significar que a estrutura econômica e social, revelando o domínio representativo das oficinas (empregadores), não reconhecia senão nos interesses patronais o poder impositivo de organização e de absorção das demais forças que compunham o processo produtivo da economia cerrada medieval.

Em Roma, para alargar a retrospectiva histórica, objeto de contrato somente podia ser o trabalho livre, cuja representação associativa ficava nas exclusivas mãos dos prestadores, tais como os artesãos (**opifices**), artistas (**artifices**), comerciantes (**mercatores** ou **negotiatores**), excepcionando-se os colégios militares (**collegia militum**) e os corpos de empregados públicos ou administrativos (**decuriae apparitorum**).

Conquanto diversos tenham sido os fins específicos nas três etapas históricas e que levaram à agremiação, como sejam a natureza do interesse dominante, a absorção de interesses de uma categoria pela outra ou a autonomia ou exclusividade do interesse representado, a verdade é que, na linha histórica, persevera o espírito associativo e a segregação corporativa **fundada sempre em interesses profissionais**, que se representam pela especialização em determinado ramo de atividade econômica ou profissional.

Já sob a focagem, a que mira esse trabalho — o paralelismo sindicato x cidade —, a distinção entre a Antiguidade Clássica e a Idade Média e entre esta e os tempos modernos comportam matizes bastante sensíveis, que não podem passar despercebidos ao espírito crítico do investigador.

As cidades antigas, as cidades-estados, tais como Tebas, Atenas, Esparta e mesmo Roma, a despeito da formação do Império Romano, em que se diversificou e amplamente se distribuiu a noção de comunidade estatal, apareciam como centros regionais da atividade econômica desenvolvida no campo e abrigavam, no perímetro urbano, sistemas de troca e de produção de bens (tecidos, bronze, cerâmica, tinturas etc.) e de serviços, que se adensavam na fisionomização de uma economia pré-organi-

zada, conquanto, na Grécia, essas cidades espontassem como centros líderes de defesa e de proteção de outras cidades menores ou vilas ou povoados circunvizinhos, assenhoreando-se, por isso, de larga força hegemônica política. (8)

A predominância da vocação política (**polis**), a incipiência da atividade industrial, o comércio externo, o trabalho escravo, a índole guerreira ou cultural e o processo de formação dos grupos — pelo sangue, familiar, religioso, como nos **genos**, na **fratria** — explicam a rarefação dos sistemas associativos profissionais na Grécia. Se existiram, e a História os aponta, não resultaram de uma florescência natural e ínsita no nascimento e na expansão das cidades, mas ali se constituíram quando elas já se encontravam feitas, **urbs**, e nelas encontraram um campo físico propício à especialização de grupos, por força da concentração e da densidade demográficas.

O surgimento e a formação dos centros urbanos da **polis** mais resultaram da reunião de forças afetivo-religiosas, místicas e político-sociais, do que da coincidência com o desenvolvimento de atividades comerciais, como se dera na Idade Média. (9)

O que se quer salientar é que, na cidade antiga, a organização de grupos profissionais deu-se com a cidade feita e não surgiu nem cresceu com ela.

Voltando os olhos ao passado helênico e aventurando-se a um primeiro cotejo, vê-se, que a denominação da **cidade mater** nas regiões metropolitanas de nossos dias não se explica em termos de "hegemonia ou de liderança política" (cujos centros se deslocaram para o Estado moderno) como o era na Grécia, mas como força de atuação da tessitura econômico-social, pela natureza, pela evolução e pela entramação das relações econômicas assim como por formas comportamentais de estrutura cultural predominante.

A peculiaridade da formação das cidades clássicas, a sua fisionomização eminentemente política, os sistemas de produção e as relações de trabalho (em que prepondera a mão-de-obra escrava) não autorizam outro relacionamento com as cidade medievais ou modernas senão no que se serviram de continente, círculo físico e adensado, para a organização de associações de índole profissional ou econômica.

---

(8) Cf. JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. Rio. Forense, 7.ª ed., 1974, pág. 170; GAUDEMET, Jean. *Les Institutions de l'Antiquité*. Paris. Editions Montchrestien, 1972, págs. 92 e segs.

(9) Cf. GAUDEMET, ob. cit., págs. 66/67, e ELLUL, ob. cit., pág. 77, III; FUSTEL DE COULANGES. *A Cidade Antiga*, 3.ª ed., Vol. I, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1929, págs. 180 (nota 1) e segs. Interessante é essa passagem de FUSTEL DE COULANGES: "Uma cidade (**urbs**) entre os antigos não se formava no decorrer do tempo pelo lento desenvolvimento do número dos homens e das construções. Fundava-se uma cidade duma só vez, completamente, num dia" (ob. e vol. cit., pág. 206). O ato que se realizava em um só dia era o ato da resolução de fundar-se uma cidade e esta surgia por convenção ou consenso, dentre tribos e/ou famílias, quando se implantava, desde logo, o templo, como seu centro espiritual. Já a execução material da construção da cidade sucedia-se no tempo, pela consecutiva edificação, como processo dirigido e o constante acesso de forasteiros, camponeses sobretudo. Substituindo-se o "templo" pelo "centro arquitetônico" cívico ou político — os palácios que abrigam os Três Poderes —, a associação de idéias com a edificação de Brasília (Brasil) é perfeita.

O mais próximo encontro com o tema ora proposto — região metropolitana e estrutura sindical brasileira — somente logrará algum êxito partindo-se da Idade Média, do **portus**, do **bourg**, das **comunas**, das **corporações** e da realidade sócio-econômica que os uniu, ou melhor, que se aninha na raiz do moderno fenômeno da promiscuidade entre cidade e sindicato, até seus indesejáveis reflexos nas ora nomeadas “regiões metropolitanas”.

## 2.1. AS CIDADES MEDIEVAIS

Tomadas as cidades da Idade Média em seus caracteres essenciais, guardadas peculiaridades de menor repercussão, a vida urbana ali encontrou seus principais centros de expansão em locais estrategicamente situados às margens de rios ou em solos em relevo.

Implantadas as torres e as indispensáveis construções destinadas à defesa e ao culto regionais, formaram-se, no interior de seus muros, os **burgos**, então chamados **burgos velhos**, como expressão social-política e centro de vida feudal.

Fora de seus muros e prevalecendo-se da defesa que propiciavam, aos poucos foram-se edificando os primeiros estabelecimentos para o tráfego comercial e ali se instalavam mercadores em um aglomerado urbano de nova fisionomia e movimentação, que se chamava **burgo novo** ou **porto**. (10)

Enquanto os **burgos**, originariamente, eram só fortificações, cujas cercas cingiam apenas um espaço limitado (11), as **cidades (cités)** aparecem como espaços livres que deles se prolongavam ou os circunscriviam, ou remanescentes de vilarejos da era romana, em que se instalavam os mercadores. Da fusão **burgo velho-burgo novo** ou do reaproveitamento de restos de cidades antigas e sua contigüidade com os **burgos** e a formação dos **portos**, constituíram-se os centros urbanos da Idade Média, as cidades como hoje são concebidas.

**Burgos e cidades** povoaram-se de maneiras diferentes mas por causas que lhes foram comuns: a chegada dos comerciantes e a ativação da vida econômica. Naqueles, nos **burgos**, diversificaram-se apenas as áreas de implantação da vida mercantil, sempre externas e circunscritas e como essas áreas gradativamente anelavam o **burgo**, por seus arredores, ganharam a denominação de **burgo extramuro (faubourg, do latim foris-burgus, suburbium)** e que é o mesmo **burgo novo**, denominado na Inglaterra e nos Países Baixos, **portus** — centro urbano próprio, que circulava o **burgo velho** (a fortificação em que se fixavam mercadores e comerciantes). (12)

Assim como de vilas remanescentes da era romana, da fortaleza e da praça comercial nasceram as cidades medievais. Observa PIRENNE

(10) Cf. SAINT-LEON, E. Martín, ob. cit., pág. 79, e PIRENNE, Henri. *Las Ciudades Medievales*. Buenos Aires. Ed. Paldos, 1962, págs. 87 e segs.

(11) PIRENNE, ob. cit., pág. 93.

(12) PIRENNE, ob. cit., págs. 93/94.

que, na história da formação das cidades, o subúrbio (**faubourg**) comercial excede amplamente em importância o **burgo** feudal. (13)

O aumento da densidade da população, as imigrações, seja de outras paragens (mercadores) seja do campo, intensificou a vida urbana, que já não mais se satisfazia com o consumo de produtos recebidos de fora.

Os poucos artesãos locais não atendiam às necessidades de consumo locais, que cresciam e que provocavam novas migrações de trabalhadores das mais variadas categorias, tais como padeiros, cervejeiros, carneiros, alfaiates, oleiros ou picheiros etc. (14) O comércio impulsionou a indústria, que se concentrou nas cidades ou em seus arredores. Eram os centros de artesanato, as oficinas, que se instalavam, como as de calçados, as de tecelagem, as de panificação e assim sucessivamente. O aumento da população favoreceu a concentração industrial, conclui PIRENNE. (15)

Se as cidades medievais nasceram e cresceram **pari passu** com o desenvolvimento da atividade comercial e industrial, forçosamente elaborou-se um sistema de recíproco condicionamento entre as linhas básicas da formação política do município e a das instituições representativas da vida econômica, em que se exauria o processo produtivo e de troca da Idade Média.

O que se demonstra é que a cidade medieval não aparece apenas como perímetro geofísico da delimitação das bases das instituições econômico-profissionais que, à época, surgiram e alcançaram extraordinária significação e apogeu, como as corporações de ofício. Dentro do contexto circulatório da cidade corria, junto de sua expressão político-social, a força econômica das organizações corporativas, como se cidade e corporações fossem verso e reverso ou as duas faces da mesma medalha.

Essas ilações estarão mais claras e melhor se consubstanciarão depois de outro, mais rápido, retrospecto, em que serão examinadas, em suas linhas originárias e ascendentes, as corporações de ofício.

## 2.2. AS CORPORações MEDIEVAIS

As corporações são associações que, em suas características medievais, institucionalizaram o desenvolvimento do comércio e a organização dos ofícios e das artes (as atividades produtivas). Compreendem as associações de mercadores e as associações de ofícios, chamadas estas corporações de ofícios. Como gênero, conceituam-se como associações de mercadores e de mestres, que têm por fim regulamentar o regime jurídico e o exercício de suas atividades. (16)

(13) Ob. cit., pág. 96. O incremento da vida urbana pela atividade comercial, em termos, pode-se dizer, condicionantes, vai a tanto que não escapou a PIRENNE a conotação da palavra *port*, que apareceu, nessa época, como sinônima de *urbs* e *clivitas* (ob. cit., pág. 94). Recordo, ainda, que a palavra *poort*, do holandês antigo *poorter*, empregou-se no sentido de *cidade* e, em seguida, de *burguês* (a classe dos mercadores que se instalaram no *portus*, formando o *burgo* novo).

(14) SAINT-LEON, ob. cit., págs. 192 a 195, com quadro bastante elucidativo.

(15) Ob. cit., pág. 100.

(16) Cf. a conceituação indeterminada de CABANELLAS, *Derecho Sindical* cit., pág. 43, n.º 21.

Vindo-se, porém, à espécie “corporação de ofício”, percebe-se logo, além da natureza da atividade estruturada, que é a produção, a manufatura, a existência de um elemento conceitual básico, que a especializa: o monopólio. O componente humano, que participa das unidades produtoras integrantes da corporação, imprime-lhe outra característica. Embora sejam organizações de **mestres**, integram-nas, também, os **companheiros** e os **aprendizes**.

As corporações são associações de ofícios (pequenos estabelecimentos industriais), que se agrupam, em cada localidade, com o fim de regulamentar, com exclusividade, determinada profissão.

Em prisma praticamente absoluto, a corporação de ofício é local, isto é, tem como base e centro de atuação jurídico-econômico uma cidade, que lhe sanciona o regulamento. Os autores, que mais penetrantemente pesquisaram a origem, a expansão e o apogeu do regime corporativo medieval, apontam o cunho parapúblico das corporações, vinculadas às cidades. (17)

A importância e as implicações do entrelaçamento **corporação-cidade** não gozaram ainda de um destaque especial e somente ele explicará, em uma visão histórica e retrospectiva, a análise do fenômeno interativo que ocorre entre as cidades e os sindicatos modernos, sobretudo a nível de metropolização regional. Trata-se de fenômeno de fundo econômico e de explicação sociológica, de que não deve desperceber-se a política jurídica. Em muito o aclarará uma focagem, embora sumária, da origem e do desenvolvimento das corporações medievais em termos de vida urbana.

### 2.3. AS CIDADES E AS CORPORAÇÕES

Como se viu acima, a formação das cidades medievais, em geral, ocorreu com o intumescimento de povoações, ao redor dos **burgos**, à busca da proteção e do culto, quando circundavam abadias e mosteiros.

De centros de refúgio, os pequenos núcleos fortificados passaram a servir também de ponto de reuniões políticas, até que os mercadores vieram a fixar-se e estaquearam centros naturais de comércio, seja de produtos oriundos do campo, seja oriundos de outras também incipientes localidades ou de regiões distantes.

O início do tráfico econômico, que se pontuava em determinada localidade, acelerou o fluxo da comercialização.

Instalados os estabelecimentos mercantis, iniciou-se o processo da aglomeração, que se intensificou com a abertura de pequenas oficinas, para o atendimento da procura local, que dia a dia aumentava. Gradualmente, produtos não mais eram importados ou trazidos de fora, porém, manufaturados em cada cidade, que centralizava as possibilidades econômicas e de matéria-prima de cada região.

---

(17) Cf. PIRENNE, Henri. *História Econômica e Social da Idade Média*. S. Paulo. Ed. Mestre Jou, 1965, págs. 190/191.

Aos poucos complexaram-se a vida e a atividade urbanas e se criou um mercado próprio de trabalho.

De centros de defesa, de troca, as povoações ganham nova fisionomia e se tornam centros religiosos, políticos, administrativos e de produção econômica. Já se adentra pelo séc. X e se está diante de núcleos humanos formados e de pólos de atividade econômica. (18)

O adensamento populacional, as imigrações do campo e a diversificação das camadas sociais, em permanente intercâmbio, abrem linhas cada vez maiores de consumo, que multiplicam as unidades manufatureiras e impõem um peculiar sistema de trocas e de prestação de serviços dentro da própria cidade. Salvo produtos comerciais peculiares a determinada região, de fora só vinha a matéria-prima.

Insuladas pelas grandes distâncias, pelos precários meios de transporte e vias de comunicação, as cidades procuraram tornar-se auto-suficientes na elaboração dos produtos necessários ao seu consumo e passaram a monopolizar a atividade produtora da Idade Média, como verdadeiros centros autônomos de "circulação econômica", na expressão de PIRENNE. (19)

A concentração urbana propiciou a concentração industrial, multiplicou as atividades produtivas e lhes determinou a especialização. (20)

Como a aglutinação comercial, sobretudo industrial, constituiu um processo tipicamente urbano, também nos intrincados círculos do mundo urbano organizaram-se e se entreteceram as corporações, à exceção das de mercadores, que se expandiram ao longo dos rios, das costas marítimas e se ligavam por cidades.

Se municipal e cerrada a economia da Idade Média, as instituições ali nascidas também ganharam essa índole e se desdobraram em sistemas de interação jurídico-social, em que se preservavam: a) círculo de autonomia e de atividades circunscrito à cidade; b) intenso tráfico recíproco cidade-corporação, em que os fins econômicos e políticos se interinfluenciam e como que se confundem. (21)

Reúnem-se as oficinas (os mestres, proprietários) de determinada profissão (ou, excepcionalmente, de várias profissões), sob o signo de um santo (padroeiro) e formam a corporação também por ramo de atividade econômica, que abriga as três categorias hierarquicamente dispostas nas oficinas: os mestres, os companheiros e os aprendizes.

O que se verificou na Idade Média, dentro de suas peculiaridades, foi a interpenetração de interesses e a co-participação de poderes, municipais e corporativos, o que não se deu em Roma nem nas cidades-estados da Grécia (SAINT-LEON lembra lei de Solon, que reconheceu os colégios,

(18) Cf. PIRENNE, *Las Ciudades Medievales* cit., págs. 46 e 56.

(19) Ob. cit., pág. 90. Veja-se a evolutiva descrição desse autor às págs. 87/89.

(20) PIRENNE, ob. cit., págs. 99/100.

(21) Sob as observações de RENARD, veja-se como descreve CABANELLAS a situação político-econômica de Florença, no Séc. XI, em seu *Derecho Sindical...* cit., págs. 40/41.

(22) Ob. cit., pág. 31.

desde que não fossem contra as leis do Estado). (22) A **lex Julia**, de Augusto, que admitiu os **collegia** romanos e limitou-lhes as atividades, não indica outra fonte de poder que não seja Roma, como Estado. (23)

Enquanto a corporação medieval encontrou na economia urbana a sua expressão conformadora e característica, pois se criaram os **grêmios de cidade** e as corporações urbanas, como se manifesta SAINT-LEON (24), as fontes do poder comunal eram naturalmente divididas com os organismos corporativos. Instituíam-se, em cada circunscrição urbana, um verdadeiro conselho corporativo, estreitamente ligado à organização municipal e da cidade. (25)

Mas os grêmios não eram apenas a alma da vida municipal, como alude CABANELLAS (26), senão ainda instituições dotadas de faculdades delegadas do poder público (municipal), que constituíam indubitavelmente uma das bases da organização da cidade.

Em Arles, exemplifica SAINT-LEON, as artes e ofícios são, nessa época (século XII) governados por um **collegium capitum mysteriorum**, ou colégios de chefes de ofícios, verdadeiro conselho corporativo, estreitamente vinculado à organização municipal da cidade. (27) Observe-se que essa absorção de poderes públicos, embora haurida em fonte unicamente estatal, se dava, também, com os **collegia** romanos. (28)

Em perfeita consonância com tais fatos, de viva memória histórica, lembra CABANELLAS que, nas corporações medievais, certas funções de caráter administrativo ou de polícia municipal realizavam-se por elas. (29)

Nos séculos XII e XIII definem-se os grêmios de cidades e as constituições urbanas, abarcando a vida corporativa e a vida municipal em pontos comuns de organização, administração e execução de serviços. (30)

Não se pode dissociar a emancipação das cidades medievais, como a apropriação e a afirmação de poderes políticos, de seu desenvolvimento econômico, e este repousa, estruturalmente, na organização das corporações. À inversa, essa emancipação das cidades do meio-dia foi, sem dúvida alguma, uma das principais causas da reconstituição das corporações de artesãos que, nessas comarcas, todavia repletas de tradições romanas, haviam deixado novas recordações e não haviam desaparecido por completo. (31)

O rígido controle municipal sobre as corporações era imediato, pois a cidade representava o círculo, a unidade política e demarcada da autonomia econômica. O que se nota é apenas a expressão bifrontal de um

(23) Cf. DEVEALI, ob. cit., págs. 18/19.

(24) Ob. cit., pág. 27.

(25) CABANELLAS, ob. cit., pág. 45.

(26) *Idem*, *Ibidem*, pág. 46, n.º 22.

(27) Ob. cit., pág. 85.

(28) Cf. ELLUL, *Histoire...* cit., pág. 530.

(29) Ob. cit., pág. 48. Cf., ainda, mesma obra, pág. 36, nota 48.

(30) SAINT-LEON, ob. cit., pág. 78.

(31) Esse texto é de SAINT-LEON, ob. cit., pág. 85.

mesmo fenômeno: a economia medieval cerrada manifestando-se, profissionalmente, nas corporações e, politicamente, no perímetro das cidades. Exatamente por isso é que se tem as corporações de ofício como entes parapúblicos, fato, aliás, que, em dimensões nacionais, se procurou reeditar nos modernos Estados corporativos (a Itália, de Mussolini; a Espanha, de Franco; Portugal, de Salazar, e, sob certo aspecto, a Alemanha, de Hitler), em que, inversa e não paralelamente, a estrutura corporativa se armou para realizar fins estatais, isto é, de uma economia predominante e exclusivamente nacional. <sup>(82)</sup>

A cidade medieval não se comportou, portanto, diante da corporação de ofício, como mero espaço geográfico de delimitação de campo físico de atividade. Ela constituiu a medula das corporações, exatamente em razão da estrutura econômica medieval, que partiu da cidade como núcleo básico de centralização e de autonomia econômica, fundadas no consumo imediato. As peculiaridades de cada ofício, de cidade, de ramo de produção, influíram, em termos locais, na diversificada regulamentação das corporações. <sup>(83)</sup>

A cidade é a base natural da organização corporativa, como centro urbano, em que, sociologicamente, se agrupam determinadas categorias de produção, artes ou ofícios, e que estruturaram órgãos em apreço às características locais, às condições do mercado consumidor e à espécie da atividade exercida, governados, contudo, pelo princípio geral da natureza da economia cerrada da Idade Média. <sup>(84)</sup>

Incumbe, porém, chamar a atenção para um fenômeno que pode ser interpretado em direção inversa à que, efetivamente, deveria ser: o espírito medieval da organização corporativa não se formou em plano abstrato, como se fora acolhido, em sua generalização, nos círculos maiores da interação regional ou nacional, pois esta não existia ou era rarefeita. Originalmente, o grupo sócio-econômico básico é o local onde espontaneamente se impuseram as características iniciais e dominantes da economia da Idade Média. Nesses grupos, naturalmente resultantes da proximidade entre as pessoas, da identificação de condições locais e profissionais de trabalho, da força geratriz de necessidades e de problemas comuns e que circulavam e se escoavam no perímetro urbano de cada cidade, é que teve origem toda a estrutura econômico-corporativa medieval, força criativa essa que se reavivou nos dias atuais, preservando-se, certamente, as fontes locais, em suas bases urbanas, já a cidade, já o município, como o genuíno ponto de partida para o nascimento e a institucionalização das associações profissionais modernas, os sindicatos, que da estrutura corpora-

(82) Explica-se a aceção de CABANELLAS, quando define a corporação ou grêmio como organismo dotado de faculdades delegadas do poder público com exercício de poder de polícia a regulamentação, como entidade *igualmente privada, com faculdades e funções complexas, com derivações de ordem social, política e econômica, apresentando particularidades em cada cidade ou país* — ob. cit., pág. 46, n.º 22. Atente-se que os tratadistas de corte fascista definiam as corporações modernas como pessoas jurídicas de direito público, a que não escapou, no Brasil, p. ex., THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, ao definir o sindicato — certamente sob a égide da Constituição de 1937 (Cf. o seu Curso de Direito Administrativo, Rio — S. Paulo. Ed. Freitas Bastos, 1954, págs. 238/239 e sua ratificação in Principios Gerais de Direito Público. Rio — Ed. Boreoi, 1958, págs. 314/315).

<sup>(83)</sup> Cf. CABANELLAS, ob. cit., pág. 46, n.º 23, e pág. 51.

<sup>(84)</sup> Cf. PIRENNE, *Histórias...*, págs. 184 e seqs., esp. 186 e 193.

tiva se divorciaram quanto ao desdobramento de sua composição, em razão da nítida separação e/ou confrontação de interesses de empregados e empregadores. Se as bandeiras se desdobraram, a natureza explicativa e fundamental da base territorial permaneceu a mesma: a cidade, o município, núcleo geoeconômico de concentração de unidades de produção, as fábricas, as lojas, os escritórios, enfim, os estabelecimentos, as empresas, os centros de atividade produtora ou de troca de bens e serviços.

### 3. A ESTRUTURA SINDICAL BRASILEIRA

Ao fenômeno medieval das corporações, depois do comportamento repressivo dos Estados modernos, que, em reverência ao liberalismo econômico, à igualdade abstrata, ao *laissez faire, laissez passer*, não permitia a interposição de entes coletivos entre o indivíduo e o Estado; depois da fase intermediária da tolerância das coalizões, como movimentos episódicos, sem estrutura, e que se desfaziam logo atingidos os seus objetivos ou tornada impossível sua efetivação, ao fenômeno medieval, a nível de estruturação, passaram as ordens jurídicas a reconhecer a legitimidade dos movimentos e, imediatamente, a canaliza-los através de leis, normas comuns ou especiais que regulavam e regulam os sindicatos e lhes limitam as formas de ação. <sup>(35)</sup>

Das coalizações, em princípios e meados do séc. XIX, como movimentos transitórios, passa-se às associações profissionais, admitidas pelo Estado na força jurígena de sua atuação privada, como entidades representativas dos interesses de seus sócios, os componentes de determinada profissão ou ofício, em cada localidade. As associações depuram-se, ganham formas novas de constituição, já ditadas pelo Estado e se tornam objeto de leis, que lhes estabelecem requisitos para o reconhecimento de sua personalidade jurídica, sua estrutura básica, seus fins e suas relações com o próprio Estado.

Está-se no próprio domínio do sindicalismo moderno, bipartido em suas direções, entre sindicatos de empregados ou de trabalhadores e sindicatos de patrões ou de empregadores, embora, originariamente, em suas fontes de nascimento e desenvolvimento, o sindicato moderno seja resultante de coalizões e, em seguida, de associações profissionais, exclusivamente de trabalhadores.

Ao se institucionalizarem as coalizões, transformadas em associações profissionais, embora não tenham perdido o seu caráter de movimentos locais, pagaram seu tributo organizativo ao Estado, que nelas instilou traços de sua imagem e de sua grandeza, como se, ao reconhecê-las e ao dispor sobre seu regime jurídico e sua estrutura, as fizesse acompanhar de suas linhas gerais de demarcação política.

Conquanto esse desdobramento e/ou superposição de áreas sindicais, partindo-se da localidade íntima (o distrito, o município), passando por

(35) Cf. o ciclo histórico-sociológico da formação dos sindicatos modernos e suas relações com o Estado em GARCIA, Manoel Alonso, *Derecho del Trabajo*, Barcelona, Ed. José M. Bosch, 1960, 1.º vol., págs. 654 a 659.

círculos intermédios (entre municípios) e alcançando o território nacional todo (entre Estados-membros), viesse a explicar a arregimentação de interesses em planos sempre maiores e, possivelmente, mais eficazes de defesa da classe, a realidade é que a estrutura desdobrada, redundando em um unitarismo conceitual de cúpula, melhor serviu ao próprio Estado, como forma de controle e de imposição de identidade de interesses entre os seus e os das associações profissionais.

Exatamente, com fundamento em tais advertências é que se insiste na realidade primária dos sindicatos locais — desde as corporações —, concentradas as forças de interesses profissionais sob o princípio das peculiaridades de cada região, circunscritas na proximidade entre as fábricas, entre os estabelecimentos comerciais, dentro do fenômeno típico do tráfico econômico intramunicipal, representado pela cidade, que goza de autonomia estatística nos movimentos pendulares ou progressivos de troca, de custos, de preços, enfim, de específicas relações entre o salário nominal e o salário real (valor da prestação e/ou da mercadoria).

Não se discute o fenômeno da estatização da estrutura sindical, em sua forma de lei nem as conexões e as implicações que a moderna estrutura econômica (nacional e internacional, como se pretende) impôs na organização dos sindicatos.

A questão que se levanta é a deformação das associações sindicais, no que toca a seus fins, que se transmudam à medida em que se desdobram suas bases institucionais e em que se tornam componentes não de categorias locais e específicas de interesses da profissão, mas expressões de uma ordem nacional, geral, distante dos núcleos elementares que, hipoteticamente, se uniram para a constituição de entidades chamadas de "grau superior".

Não se perde, nessa superposição ascensional, é verdade, a natureza retilínea originária de cada profissão, mas a problemática circunscrita e densa de cada localidade, as suas peculiaridades nas condições de trabalho, os seus problemas específicos, que se recriam e se multiplicam dentro do círculo de cada cidade, esses como que se diluem, se transformam e chegam às cúpulas sindicais como fórmulas vagas, imiscuídas de interesses ou imposições diversas, afetados pelo jogo de composições políticas, em que o profissional, propriamente dito, de fim que era, passa a meio adicional no entendimento entre as categorias da produção e entre estas e o Estado.

Toda a devolução de representação importa em uma reformulação na índole dessa representação.

O problema é estrutural e se engolfa na contingência do gigantismo da vida econômica moderna, a que não escapa o próprio Estado.

Em Sociologia, analisam-se fatos, extraem-se conclusões; não se emite juízo de valor. Este significaria fazer metafísica.

Portanto, as grandes realidades do tráfico econômico, a sedimentação do poder estatal em um vasto território, que compreende unidades

menores (Estado, Províncias) e subunidades básicas, explicam a abertura jurídica à formação de associações profissionais em diferentes planos de representatividade, o que não importa não se reconheça que as bases realmente genuínas do sindicato são locais, pois aqui é que se tecem as relações de trabalho, se formam e se jogam os interesses de cada profissão; aqui é que se reúnem os grupos de pessoas ligadas pela proximidade, pela identidade de condições de vida e de trabalho e é aqui que se alenta a força ideológica da comunicação imediata e que serve de impulso e de permanente chama para a união entre trabalhadores e entre empregadores.

Há um fato básico que não pode passar despercebido, ao exame da aglutinação sindical: o fim arregimentador que empolga as classes, precipuamente trabalhadores, observadas sempre as reservas de situações individuais em critérios distintivos específicos, de estabelecer condições uniformes de trabalho. Esse fim, que tem como função epistemológica a formação de valores pessoais e contraprestativos oriundos das relações de trabalho torna-se um princípio de Direito Coletivo de Trabalho e que só é atingido em cada grupo local, atendidas as peculiares condições de cada área de agrupamento econômico.

Como que inspirado nesse fenômeno elementar da formação sindical é que DURKHEIM parece haver dito:

"Le Syndicat est comme une cité. L'homme qui en fait partie pense avec elle; et plus elle est grande, plus elle pense largement et profondément." (36)

Quando se sai da pequena ou média cidade e se entra na metrópole e desta se engolfa na megalópolis, a grande cidade já metropolitanizada, a região metropolitana — que não passa de uma grande cidade geo-social-político-econômica —, percebe-se que a realidade interseccional dos limites administrativos do município em nada afeta o substrato básico da formação dos sindicatos, como unidades primárias, elementares, que se constituem para a defesa de interesses profissionais de determinada região, aqui intimamente ligados por um intenso sistema de comunicações, de transportes, de comércio altamente centralizado, de preços e de custos comunicantes e o pronto fenômeno ideológico da imagem pessoal desdobrada em cada setor em que se acham implantadas as unidades de indústria, de comércio ou de prestação de serviços.

Em abertura legal bastante significativa, dispõe o art. 517 da CLT:

"Os sindicatos poderão ser distritais, municipais, intermunicipais, estaduais e interestaduais. Excepcionalmente, e atendendo às peculiaridades de determinadas categorias ou profissões, o Ministro do Trabalho poderá autorizar o reconhecimento de sindicatos nacionais.

§ 1º — O Ministro do Trabalho outorgará e delimitará a base territorial do sindicato.

(36) "O sindicato é como uma cidade. O homem que dela faz parte pensa com ela; quanto maior for, mais larga e profundamente ela pensa": apud EVARISTO DE MORAIS FILHO, ob. cit., pág. 68.

**§ 2º** — Dentro da base territorial que lhe for determinada é facultado ao sindicato instituir delegacias ou secções para melhor proteção dos associados e da categoria econômica ou profissional ou profissão liberal representada."

A associação, a que diz respeito o art. 517, é a direta, ou seja, os seus associados, como membros da categoria — seja de empregados, seja de empregadores, seja de profissionais liberais — são as próprias pessoas trabalhadoras e/ou as próprias empresas em atividade. Diz-se, em tal situação, que a representação é direta e imediata e o sindicato é a unidade básica, que se constitui para a defesa de interesses profissionais e que tem como associados (ou representados) os membros da categoria.

Sob esse aspecto, a personificação de um sindicato tem como suposto subjetivo a figura do sócio, do associado, que é aquele componente da mesma profissão ou da mesma atividade econômica ou da mesma profissão liberal.

Ao erigir-se em personalidade, não significa isso que o sindicato seja a categoria. Aliás, a lei diz bem: "sindicato representativo da mesma categoria". Ele torna-se o pólo de representação da categoria e, deixando de ser a associação profissional para tornar-se sindicato propriamente dito (CLT, arts. 512, 518 e 519), ele se investe de determinadas aptidões, que o tornam receptáculo de deveres jurídicos extensíveis a toda categoria (além de seus membros) ou titular de poderes jurídicos que a ela toda beneficiam (CLT, art. 520, parágrafo único). O preceito colhe paradigmas no Direito Público da territorialidade juridicamente estatal.

Antes que pessoa jurídica territorial, o sindicato, como agudamente observou GARRIDO FALLA, é pessoa jurídica institucional: ele se constitui "para a satisfação de fins distintos dos particulares dos indivíduos que os compõem ou os administram. Supõe-se que estas pessoas atuam também sobre um território determinado; mas, aqui, não é elemento essencial, senão limite espacial para o exercício de suas próprias competências". (37)

Ora, a competência afirma-se e se executa sobre determinada base territorial, que, como suporte limitrofe subjetivo de composição, vem a ser a área em que se funda a própria existência da instituição.

A essa associação profissional, a direta, aglutinadora dos partícipes de cada profissão ou atividade econômica, é que se dirige o art. 517 da CLT.

Os sindicatos, como entidades associativas de primeiro grau, é que detêm o poder jurígeno originário (convenção coletiva) ou o poder originário de provocar o poder jurígeno (dissídios coletivos, nos Tribunais do Trabalho), como se vê da CLT, respectivamente, arts. 811 e 857. Se

(37) Cf. GARRIDO FALLA, Fernando. *Treatado de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961, vol. 296.

há associações sindicais de grau superior, estas detêm esse poder em caráter subsidiário ou suplementar, na falta de existência daquele em sua área de competência definida (CLT, arts. 513, letras a e b, e 534, § 3º).

As federações são constituídas por sindicatos, isto é, têm como membros-componentes os sindicatos, as federações e as confederações (CLT, arts. 534 e 535). A legitimação destas, para provocar o poder jurígeno (Tribunais do Trabalho, em dissídios coletivos) é subsidiariamente sucessiva (CLT, arts. 857, parágrafo único), como subsidiariamente sucessiva o é também para autônoma criação de regras jurídicas com eficácia para as categorias representadas (CLT, art. 611, § 2º).

Se são predominantemente estaduais ou interestaduais as federações e exclusivamente nacionais as confederações (vide CLT, arts. 534, § 2º, e 535, §§ 1º a 4º), a verdade é que os interesses por elas representados, embora profissionais, se situam em plano diverso daqueles interesses articulados e manipulados nos sindicatos (associações de primeiro grau), visceralmente ligados, estes, ao exercício da profissão como uma realidade próxima, vivida, atuante e sensível às menores flutuações das relações profissionais econômicas entre empregados e empregadores.

Observe-se, com isso, que o princípio da localidade é prioritário e é ele que governa a estrutura sindical, no que contém ela de organização construída para o fim da tutela das relações de trabalho.

Gradualmente os poderes de vigilância e união locais como que se desdobram, amplificam-se e ganham em intensidade, à medida em que a comunicação e o acesso reaproximam pessoas distantes, regiões inteiras. Nesse curso de transfigurações, a organização política estatal fornece amplos modelos demarcatórios para as associações profissionais, que se distribuem pelo território da nação, descolorindo-se em sua substância inicial quando fórmulas mais vastas se abrem (sindicatos nacionais, federações, confederações), mas voltadas sempre para as bases iniciais e reais de sua formação, que são as entidades coincidentes com os municípios (as cidades), elaboradas sobre o princípio sócio-econômico da maior identificação de condições de vida e de trabalho.

#### 4. O DISTRITO E O MUNICÍPIO

A raiz do fenômeno é distrital, é municipal e seu desdobramento em áreas mais amplas (intermunicipais, estaduais, interestaduais) ou em graus superiores não desfigura os objetivos básicos da organização sindical, ou melhor, mais a explica como um fenômeno originário local e, se geral ou extralocal, meramente subsidiário.

Embora se tomem os limites da circunscrição sindical, em sua organização básica, como formalmente coincidentes com a dos municípios e mesmo a dos distritos — considerando-se estes como pequenos povoados ou centros de interesses imediatos ou locais, que territorialmente se aglomeram em expressão urbana rudimentar <sup>(38)</sup>, a verdade é que, em

(38) Cf. SILVA, C. Martins da. *Direito Público Municipal e Administração dos Municípios no Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, Edições Mantiqueira, 1952, págs. 65/66, n.º 5 e 6.

seu nascedouro, em sua formação, houve uma coincidência fática, de natureza sociológica, entre município e sindicato. A sua explicação poderia colher subsídios na própria teoria jusnaturalista das origens do município, que o qualifica uma "corporação" histórica ou social, anterior ao próprio Estado. <sup>(39)</sup> Se o moderno sindicato não é anterior ao Estado, nasceu e cresceu independentemente dele, premido por uma força puramente social, que GURVITCH chama "espontaneísmo social".

A organização básica sindical, que tem por linha demarcatória o município, sugere coincidência não apenas na expressão territorial de seus limites espaciais de apreensão e de aplicação das forças jurígenas que impulsionam o órgão de classe, mas também autoriza o estabelecimento de um paralelismo entre município e sindicato, no que diz respeito ao reconhecimento das formas de interesses aglutinados.

Enquanto a tessitura sociológica do município se desenha à força de "necessidades de vizinhança", como alude POSADA, citado por EUGÊNIO FRANCO MONTORO <sup>(40)</sup>, o sindicato alenta-se originariamente de relações de contigüidade, em que se comunicam e constantemente se intercomunicam situações de vida profissional, condições de trabalho, aspirações, expectativas, "reivindicações" (já no plano jurígeno), como fatos-condutas decorrentes da densidade populacional concentrada e da identidade (ou similaridade, ou conexidade) de condições de trabalho.

A força política de expressão municipal advém da coincidência de interesses ideativamente dirigidos — embora se distingam as formas de seleção grupal, sobretudo como aberturas da diversidade de perfis de autogoverno, para a justificação de facções, de lideranças —, que se alimentam nas estruturas sócio-econômicas da vocação local, o que se dá também com o sindicato, cuja concentração, por vezes flexibilizada no fenômeno da contigüidade móbil, induz entendimento em torno de interesses comuns a cada um dos membros da profissão ou da atividade econômica, que compõem os grupos também locais.

Portanto, o fenômeno da concentração, do interesse, da densidade social, o topismo da circunscrição a determinado círculo territorialmente demarcado — as sempre invocadas urbanização e concentração industrial — atuam como elementos-suportes da formação sindical quando já se sedimentaram no plano político-estatal, sob a forma de município.

Tal qual o município <sup>(41)</sup>, o sindicato compõe um sistema "social e político", mas de concentração e expressão profissionais. O ponto inaugural de atuação como que se depura e por ele se dirigem, em movi-

(39) SILVA, *ob. cit.*, pág. 65, n.º 7. Circunstançialmente é bastante interessante essa passagem de GALDEMET: "La notion de municipe est obscure. Dès le 1er. siècle avant notre ère, le terme prend une valeur générale, sans référence. Etymologiquement le mot évoque une participation aux charges (munera capere). Il s'agissait donc primitivement de cités préexistantes, qui s'en étaient remises à l'arbitraire volonté de Rome" — *Institutions...* *cit.*, pág. 201 (A noção de município é obscura. Desde o 1.º século antes de nossa era, o termo ganha um valor geral, sem referência. Etimologicamente, a palavra evoca uma participação nos encargos (munera capere). Tratava-se, pois, primitivamente, de cidades preexistentes, que estavam entregues à vontade arbitrária de Roma).

(40) Cf. sua obra *O Município na Constituição Brasileira*. São Paulo. Ed. da Universidade Católica, 1975, pág. 105.

(41) Cf. BRASILEIRO, Ana Maria. *O Município como sistema*. Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas, 1973, págs. 18 e segs.

mentos centrípetas, as áreas mais afastadas de habitantes urbanos, todavia dentro do espírito centralizador, que reúne trabalhadores e empresários em torno da máquina, das fábricas, dos estabelecimentos agrupados ou pontilhados na cidade.

Os pontos de conexão avolumam-se, entendendo-se, no sindicato, apenas uma linha especializada de interesses, que no município se manifesta em termos globais de comunidade, atendendo-se à diversidade e à complexidade dos interesses que representa e a que visa dar curso e solução. Por essa razão, esses interesses se chamam "políticos" (**polis**), porque gozam de uma forma de expressão totalizante na cidade — conquanto se comuniquem, se multipliquem as cidades e formem, dentro de um território, a quinta-essência de sua expressão política geral: o Estado.

Sociológica e juridicamente, o Estado não é o município nem a cidade, mas não existe sem estes, embora com esta possa ou pudesse coincidir (Atenas, Esparta).

O município não exprime apenas uma divisão geográfico-administrativa, de quadramento jurídico. Ele se conforma como um círculo definido de interesses que se centralizam, cuja conceituação lembrada por MARTINS DA SILVA, na lapidar frase do Marquês de SÃO VICENTE, compõe uma "comunidade de moradores, cimentada pela vizinhança, pelo contato, pela mútua dependência, pelos gozos e perigos comuns, pelo complexo de numerosas relações diárias." (42)

Ora, o sindicato, a despeito de fastidiosas dissertações doutrinárias, haure suas fontes básicas de formação nos mesmos círculos de inspiração, em que nasceram e se sedimentaram as corporações medievais, como grêmios ou associações vinculadas às **comunas**, para a representação e defesa de interesses locais e profissionais, que tem sua linha demarcatória de competência coincidente com as linhas demarcatórias — sociológicas e jurídicas — dos municípios, centralizados em sua estrutura urbana, as **cidades**.

Se se fala em **comuna**, lembra-se bem do fenômeno da aglutinação municipal na **civitas**, alicerçada, porém, em forças de coesão **comuns**.

Abstraindo-se da perspectiva histórica, em que se verificou a identificação das corporações (como associações profissionais) com as cidades medievais, em seu concomitante desenvolvimento e nos fortes laços que as uniam econômica e administrativamente, a tomada de campo nos dias atuais conduz às mesmas formas rítmicas de interinfluência entre os sindicatos e os municípios, em seu perímetro urbano, denunciando fatos sócio-econômicos comuns responsáveis pelo congeminado desenvolvimento daqueles e destes. Tais são: concentração populacional; contigüidade, de um lado e vizinhança, do outro; fácil acesso; comunicação imediata; pronta circulação de interesses; condições comuns de vida; expressão cultural definida e formas de vida exprimindo-se dentro de um mesmo círculo geográfico existencial.

(42) SILVA, ob. cit., pág. 86, n.º 8.

Nesse surto de idéias, pode-se conceber o sindicato, em sua imagem histórica e sociológica, como exprimindo, no plano profissional, as mesmas forças sociais que exprime e representa, no plano político, o município. Se, neste, o fator de propulsão é a concentração urbana — que atua como ponto de apoio, de centralização, de equacionamento e de exteriorização de interesses políticos, para não dizer de outras forças emanadoras de cultura —, naquele, é a concentração de trabalhadores e/ou de empregadores, que conduz à formação de estruturas unitárias de expressão e de atuação profissionais.

Longe de incorrer-se em desprendimentos de fundo metafísico, pode-se assegurar que a concentração local — ou, em linguagem transposta, a localização concentrada — de trabalhadores figurou como o fator preponderante para a deflagração dos movimentos obreiros e a sua ulterior estabilização, tornando-se associações e, mais tarde, sindicatos.

O princípio da **localidade**, na elaboração das fontes de estruturação normativa, prevalente até nas formações institucionais do Direito Público, como lembra BISCARETTI DI RUFFIA <sup>(43)</sup>, cobra muito mais razão de ser no Direito Sindical, em que as categorias profissionais e econômicas, dentro do lembrado fenômeno do espontaneísmo sócio-jurídico, elaboram suas próprias normas de conduta, as condutas de seus componentes em seu círculo local de representação e auto-regulam as formas de convivência laboral, dentro de suas finalidades e peculiaridades profissionais.

Ao raciocinar-se a nível de sindicato e região metropolitana, tem-se em vista a observância harmoniosa desse fenômeno de desdobramentos urbanos e o objetivo, eminentemente político-profissional, na acepção de encontrarem-se novas formas de vida jurídica compatíveis com a remodelação urbano-social espelhada na **megalópolis**.

No curso dessas indagações, demonstra-se que o art. 517 da CLT, em seus dois tópicos iniciais — ao falar em “distritais e municipais” —, não encerra puro formalismo, tampouco uma arbitrária imposição da ordem jurídica à realidade social. Ao contrário, enuncia essa realidade e o faz em termos precisos, não apenas em sua projeção histórica e sociológica, como em sua atualidade indesdobrável.

A elaboração do pensamento católico não escaparam as causas da civilização urbana e dos sistemas associativos do homem moderno, causas essas que primordialmente se acham em ebulição no incremento da civilização industrial. <sup>(44)</sup>

Configurado o emparelhamento conceitual dessas realidades — a cidade, como núcleo urbano do município e o sindicato —, a abordagem de temática central, envolvendo a **região metropolitana**, impõe se estenda e se precise o lineamento político-jurídico do município, em seu contexto social, para que melhor se compreenda a rearmonização do sindi-

(43) Cf. RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto Costituzionale*. 8.ª ediz. Napoli. Ed. Eugenio Jovene, 1968, págs. 650/651.

(44) Cf. a Carta Apostólica de PAULO VI, “Octogésima Adveniens”, §§ 3.º e 10.

cato no campo maior da **região metropolitana**, isto é, do grupo de municípios que de tal maneira se comunicam influências, que, desde suas forças infra-estruturais, exigem prospecções especiais e um especial tratamento como se se tratasse de uma só localidade.

Partindo-se da classificação atribuída a COOLEY <sup>(45)</sup>, mas cujos antecedentes, contornados dentro dos mesmos supostos, se encontram na célebre divisão de TÖNNIES entre "comunidade" e "sociedade" (**Gemeinschaft und Gesellschaft**), os grupos humanos são tomados em duas grandes categorias fundamentais: os primários e os secundários. Naqueles, os indivíduos se agregam direta, íntima e pessoalmente. A formação de tais grupos é espontânea e não atende a nenhum princípio consciente de finalidade. Como exemplos, tomam-se a pequena aldeia, a vizinhança e mesmo a cidade. Já os segundos resultam de interesses canalizados, propósitos definidos, objetivos práticos ou ideais concretos. Sua característica é a pré-ordenação em apreço e finalidades, em geral de fundo econômico, embora tenda o homem ao pensamento abstrato. <sup>(46)</sup> O fenômeno aproximativo e a união institucionalizam-se, organizam-se, ganham forma. Entre estes, figuram as associações profissionais como um dos exemplos mais tipificadores.

Sucede que a paisagem humana urbana, como fenômeno natural, amalgamada na vizinhança, na convivência, em um núcleo fisicamente delimitado e estável de população como expressão organizadora de tendências naturais, no plano coletivo <sup>(47)</sup>, enfim, como interação, é que vai fornecer os elementos substratos de base, para a formação do espírito associativo finalístico dos sindicatos, que recebe impulsos e direções específicos da atividade de cada um dos componentes daquele agregado humano sedimentado.

Esses mesmos condicionamentos, que alentam a vida das cidades e confluem na formação de grupos secundários pertencentes a cada uma delas <sup>(48)</sup>, como que se desdobram nas grandes metrópoles e reaparecem já sob inspiração de outros fortes laços econômicos e sociais, nas regiões metropolitanas, aí também semeando as bases de um espírito associativo comum e mais amplamente situado.

Enquanto o art. 517 da CLT, em suas duas primeiras referências ("distritais" e "municipais"), impõe inclusive o exame técnico do que seja **município** e do que seja **distrito** e da incindível expressão que para eles representam a **cidade** e, respectivamente, a **vila** (como **povoado** de maiores dimensões e mais definida concentração urbana), esse mesmo dispositivo, já em sua escala referencial ulterior — "intermunicípio" — abre campo jurídico apto ao reconhecimento de sindicatos metropolitanos, estaqueado em área territorial específica o seu campo de competência.

(45) Cf. ALOMAR, Gabriel. *Sociologia Urbana*. Madrid. Aguilar, 1961, pág. 46 e nota 5.

(46) Cf. ALOMAR, ob. e pág. cit.

(47) Cf. MORELL OCAÑA, Luis. "Contribución al Estudio de la Ordenación Jurídica de las Áreas Metropolitanas", in *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*. Barcelona, 1972, n. 19, pág. 35.

(48) É interessante chamar a atenção para a meditada doutrina e a técnica sindicalista que se exprime: "Comumente — o normal — é a base territorial coincidir com o território do município", diz JULIANO CAMPOS DO AMARAL, em *Organização Sindical Brasileira*. Belo Horizonte, 1976, pág. 12, n.º 517.

O município é uma realidade jurídica, que se assenta sobre os suportes da natureza **geográfica, urbana e social** (Lei Complementar Federal nº 1, de 9-11-1967, arts. 2º, I e III, e 8º). (49) Pelo fato de compor uma realidade jurídica, o município não deixa de ser uma **realidade viva** (50), que o Direito, para reconhecer como tal e em graus e esferas de competências, prefigura como a conjunção de certos elementos da realidade extrajurídica (Constituição Federal, art. 14 e parágrafo único e a citada Lei Complementar nº 1, arts. 1º, 2º e 8º). O ser autônomo e ter personalidade jurídica são projeções que lhe instila a ordem jurídica, em apreço ao melhor desempenho de atividades políticas e à defesa de interesses que lhe são próprios. (51)

Se não há **município** sem **cidade**, que é sua expressão urbana (no domínio sociológico) e sede (no domínio jurídico) — vide Lei Complementar de Minas Gerais, nº 3, de 28 de dezembro de 1972, art. 2º, § 1º (52), vê-se, obviamente, que os “sindicatos municipais” têm como ante-suposto a **cidade** e como base **territorial** os limites estabelecidos para cada **município**. CAMPOS DO AMARAL conceitua “**base territorial**” a porção do território sobre a qual exerce a entidade sindical o poder público, por delegação. Como que sua jurisdição”. (53)

Ao entender-se o sindicato como representante de uma categoria — seja a profissional, seja a econômica, seja a de profissionais liberais —, e como portador, além da **territorial**, de uma **base institucional**, como sustenta GARRIDO FALLA e o endossa ALONSO GARCIA (54), pode-se conceber esta como a suma dos interesses coletivos transfundidos na competência sindical, dentro da base territorial conferida por lei.

O exame minucioso dos elementos constitutivos do município e da essência e natureza dos interesses representados pelos sindicatos, se feito em paralelo, pode, muitas vezes, evidenciar que a **base territorial do município** não cobre com exatidão a base institucional do sindicato, isto é, não atende, restringindo-os, aos interesses de categorias de trabalhadores e/ou de empregadores de determinada área geográfica, que ultrapassa os lindes jurídico-administrativos da organização municipal.

Da mesma forma que se concebe a diluição dos interesses classistas representados por sindicatos “estaduais” e, sobretudo, “nacionais”, pode-se afirmar, a **contrário**, que os cintos da divisão geográfica do **município**, para não dizer do **distrito**, são demasiado apertados e redundam em

(49) Cf. SOBRINHO, Manuel de Oliveira Franco. *Manual dos Municípios*. S. Paulo. Ed. Resenha Universitária, pág. 95.

(50) Contra isso insurge-se PONTES DE MIRANDA, para quem os que assim afirmam são apenas “repetidores de velhos comentários anglo-saxões” — cf. seus Comentários à Constituição de 1957. São Paulo. Ed. Rev. dos Tribunais, 1967, T. II, pág. 323.

(51) Cf., em seus pressupostos FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ª ed., S. Paulo. Ed. Saraiva, 1970, pág. 78, n.º 104. O território não é condição de autonomia, como entende o autor, no encaixe de MIGUEL REALE. A autonomia pode deixar de existir e o território é suporte fático da conceituação de município. Como tal é pressuposto e não condição. Cf., demonstrando a adequação na sucessão de aspectos em que pode o município ser considerado, MEIRELLES, Hely Lopes — *Direito Municipal Brasileiro*, 3.ª ed., S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, págs. 141/142, e seu *Direito Administrativo Brasileiro*, 5.ª ed., S. Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 1977, pág. 741, em bem lançado e conciso apanhado jurídico-filosófico do município.

(52) Cf. LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal*... cit., pág. 66.

(53) Ob. e pág. cit.

(54) Cf. ALONSO GARCIA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Barcelona, 1960, T. I., págs. 682/3.

verdadeiras paredes interceptadoras, que estancam a comunicação de **interesses econômicos e sociais** naturalmente equiparados e ligados pela contigüidade de municípios componentes de uma mesma região geoeconômica. <sup>(55)</sup>

No plano jurídico-público, a criação e a organização dos municípios dão-se através de Leis Orgânicas, cuja elaboração (quinqüenal) cabe aos Estados-membros.

Como se viu acima, o art. 517 da CLT, como termo mínimo de circunscrição territorial, prevê o reconhecimento de sindicatos **distritais**.

Por **distrito** entende-se uma divisão territorial e administrativa, com autonomia urbana (a vila), do município <sup>(56)</sup>, cuja criação pende da ocorrência de requisitos — vide, *v. gr.*, a Lei Complementar nº 3, do Estado de Minas Gerais, arts. 2º e 13.

A enunciação **distrito**, no Direito Comparado, comporta acepção diversa, como se verifica, *v. gr.*, na França em que "le district" é uma associação de "comunas", qualificado de estabelecimento público, pois dotado de personalidade moral e de autonomia financeira. <sup>(57)</sup>

As comunas são, em formas urbanizadas, circunscrições territoriais, "coletividades descentralizadas" para a gestão de certos serviços estatais coincidentes com cidades, burgos, vilas e vilarejos. <sup>(58)</sup>

Mesmo no Brasil caminha-se para uma terceira (segunda, aqui) acepção, a de **distrito industrial**, que, por constituir uma **concentração industrial planejada**, não se confunde com o **distrito**, divisão territorial e administrativa (não jurídica) do município. Como ressalta LOPES MEIRELLES, os **distritos industriais** são meros **núcleos industriais**, impropriamente chamados **distritos** <sup>(59)</sup>, que se destinam à instalação de fábricas e pressupõem um processo característico de urbanização. <sup>(60)</sup>

O **distrito**, porém, a que se dirige o art. 517 da CLT é o **distrito** unidade administrativa do município, criado em lei estadual, segundo requisitos nela expressos, como, *v. gr.*, aqueles a que se refere o art. 13 da Lei Complementar nº 3, do Estado de Minas Gerais. <sup>(61)</sup>

Vistos o **município** e o **distrito**, a abordagem da **região metropolitana**, em seu prisma sócio-econômico, ainda que sucinto, melhor contribuirá para entender-se a tessitura sindical — originária do município — coincidente com a sua circunscrição territorial. É o que se fará, abaixo.

(55) Observa CAMPOS DO AMARAL que... "Entre os dois limites (sindicato distrital e sindicato nacional) as peculiaridades de cada caso indicarão o caminho a seguir" — *ob. cit.*, pág. 12.

(56) Cf. MARTINS DA SILVA, *Direito Público Municipal*, cit., págs. 67/68; LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal*, cit., págs. 65, em que expende: "o distrito é uma simples área administrativa com alguns serviços públicos estaduais (Registro Civil, Registro de Imóveis, Delegacias de Polícia etc.) ou municipais (postos de arrecadação, serviços de limpeza pública etc.)".

(57) É textual RIVERO, Jean, *Droit Administratif*, 7ème. Ed. Paris, Dalloz, 1975: "le district est une association de communes, qualifiée d'établissement public, donc dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière", pág. 383.

(58) RIVERO, *ob. cit.*, pág. 323, n.º 341, e págs. 356 e segs.

(59) *Ob. cit.*, pág. 636, e nota 22.

(60) Cf. COSTA, José Marcelino Monteiro da, "Concentração Industrial Planejada", in *Revista Econômica do BASA*, Belém, v. 1, n.º 3, maio-junho/1971, pág. 30, n.º 3.3.2, 3.3.3.1.

(61) Cf. FRANCO SOBRINHO, *Manual...* cit., pág. 232.

## 5. A REGIÃO METROPOLITANA

O art. 517 da CLT, bastante amoldável em sua executoriedade, admite a criação de sindicatos "intermunicipais".

Desde logo, ao aludir à **intermunicipalização** e não à **regionalização**, deixa o dispositivo vislumbrar que o legislador quis preservar, conceitualmente, as bases **municipais** das associações, tendo, aqui, por referência, mais de um município.

A delimitação da base territorial de um sindicato não é uma questão de oportunidade governamental nem de técnica jurídica pura e simples. Afigura-se uma fundamental questão de política jurídica, ligada a antecedentes sócio-econômicos.

Seu equacionamento, partindo-se do princípio da "peculiaridade de cada caso", como adverte CAMPOS DO AMARAL (62), deve ater-se a que a natureza e o círculo dos interesses grupais a serem tutelados é que fornecerão os critérios demarcadores da circunscrição territorial do sindicato. Para assim proceder, não pode a autoridade competente deixar de atentar para a realidade sócio-econômica circundante que, em sua especificidade, domina as categorias da produção e que, em determinado espaço territorial, as reúne dentro de idênticas, similares ou conexas condições de trabalho.

O espírito, portanto, que governa o processo da sindicalização, revelado no art. 511 da CLT, não pode ser esquecido nem obliterado, mormente quando a "peculiarização" de cada caso advém de uma conjugação de fatores colhidos na realidade, social e ideologicamente projetados na consciência dos grupos participantes da atividade profissional e/ou econômica. Essa conjugação é que explica, como antecedente, o aparecimento e a evolução do espírito associativo institucionalizado nos sindicatos modernos.

Quando se está no plano do Direito Coletivo do Trabalho, toma-se como interesse dominante o da categoria, qual um todo e que ganha expressão autônoma em um determinado círculo de interação social e em um espaço geográfico naturalmente preenchido, espaço esse confundido com a **cidade**, como centro urbano do **município**. Não é por outras razões que o legislador faz remissão a "distrital", "municipal" e "intermunicipal".

Ao aludir a sindicatos "estaduais" e "nacionais" apenas, cria possibilidades jurídicas para a cobertura de uma realidade profissional que não goza de perfeita consistência própria. Quanto mais se desloca em seus pontos de contato, o grupo mais se esmaece, para não dizer mais se deforma a força atuante de defesa de seus interesses.

Se a organização coletiva do trabalho visa a melhor assegurar as garantias compreendidas pelo estatuto dos trabalhadores e dos empregados

(62) Vide nota 55 supra.

dores<sup>(63)</sup>, o fim do reconhecimento da mais ou menos extensa base territorial do sindicato há de coincidir com a mais fiel realização dos interesses da categoria dentro de suas peculiaridades profissionais e de sua situação local.

Tal ordem de preocupações, sociológicas e, conseqüentemente, jurídicas, abre perspectivas bastante nítidas no que diz respeito às **regiões metropolitanas**.

Antes, os mesmos nexos que atrás foram apontados entre **sindicato** — como interesse de categoria — e **cidade** podem desdobrar-se relativamente às **regiões metropolitanas**, que compreendem grupos de cidades implantadas em um espaço sócio-geográfico autônomo e de tal maneira ligadas umas às outras que apenas se diversificam pelas linhas da tradição, que se vai rompendo e pela disparidade de serviços públicos por elas fornecidos e que se vai gradualmente reduzindo no curso da formação de um grupo urbano homogêneo, que tem como centro a grande metrópole.

No curso de tais indagações — fundadas no nexo profissional —, é interessante lembrar que as escolas sociológicas e de urbanólogos americanos entendem que a **região metropolitana** se caracteriza como tal pelo engajamento da força-trabalho e pelo fluxo da mão-de-obra e de tal maneira que, pelo número de trabalhadores, se aviva um contínuo processo interativo entre os "counties" (comarcas) centrais e contíguos.<sup>(64)</sup> O sistema de relações humanas amplia-se em sua intensidade e se projeta sobre um espaço maior, ligando núcleos urbanos. É a interação, não o lugar, que constitui a essência da cidade e da vida urbana, o seu traço distintivo.<sup>(65)</sup>

A região metropolitana constitui-se de uma mesma comunidade sócio-econômica. Inspirou-se em uma realidade o constituinte — Constituição Federal, art. 164.<sup>(66)</sup> Acontece que essa realidade é móvel e evolutiva no jogo dos elementos que a compõem.

A apropriação jurídica dessa força ao mesmo tempo expansiva e concentradora, que se intensifica, não passa de técnica de formação de superestruturas normativas, quando se confere ao novo sistema urbano emergente e em plena amplificação um processo de institucionalização global, para que se tornem mais compatíveis as formas de vida que fluem de um para outro pólo componente da região metropolitana. A grande cidade e as cidades que gravitam em seu redor como que extrapolam os limites concretos de sua estrutura física e desenham a imagem de uma

(63) É esta a acepção de JORDANA DE POZAS, em primoroso quadro transcrito por EUGENIO PEREZ BOTIJA — cf. a obra pioneira deste *El Derecho del Trabajo*. Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado, 1947, págs. 20/21.

(64) Cf. GRAU, Eros Roberto. *Regiões Metropolitanas — Regime Jurídico*. São Paulo. José Bushatsky Ed., 1974, pág. 22.

(65) Cf. MORELL OCANA, art. e rev. cit., pág. 36.

(66) Cf. HORTA, Raul Machado. "Direito Constitucional Brasileiro e as Regiões Metropolitanas", in *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, n.º 46, abril/junho de 1975, pág. 32, e LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal*, cit., pág. 74. ALOMAR sintetiza-o como "uma estrutura vital interior" — *Sociologia Urbanística* cit., pág. 133.

problemática nova, própria, que se constitui de seus **peculiares interesses** que são os **regionais** e não mais os exclusivos de cada um dos municípios-componentes. <sup>(67)</sup>

Incumbe adiantar, mesmo no campo da sindicalização, que os interesses locais cedem aos regionais. <sup>(68)</sup> Sob esse aspecto, deu-se apenas nova dimensão ao que se intitula "interesse profissional local".

É da maior importância salientar, como o faz OCAÑA, que esse sistema urbano — a **região metropolitana** — no contexto do sistema econômico nacional, é uma unidade espacialmente diferenciada. <sup>(69)</sup>

Em seu enorme lençol econômico e social, a região metropolitana, como agregado de cidades e de espaços interurbanos que se encurtam pelos meios de comunicação, caracteriza-se pela "densidade demográfica", pela "continuidade de áreas edificadas", pela "locação pronunciada de mão-de-obra disponível" e, sobretudo, por "fluxos de pessoas que se deslocam dentro do complexo urbano, em direção aos **locais de trabalho**, de estudo, de compras, de lazer etc., formando os "movimentos pendulares" que têm como ponto de partida ora o núcleo central (a grande metrópole) ora os núcleos periféricos (as cidades vizinhas). <sup>(70)</sup>

Dos fluxos advém o permanente intercâmbio, a co-participação no jogo da subsistência e do bem-estar, a interação, que mais incisivamente converte os interesses locais em interesses regionais, geograficamente delimitáveis como emanção ideológica transfundido de um núcleo para outro e centrado na região. <sup>(71)</sup>

Observa GRAU, com toda a propriedade, que a livre mobilidade de trabalhadores empenhados no processo produtivo é fator de composição de um pólo de atividade econômica, em uma área internamente urbanizada, com grande densidade demográfica. <sup>(72)</sup> O **pólo de atividade econômica**, que é o **húmus sócio-profissional** gerador do espírito associativo das classes que participam da produção, configura-se pela confluência de dois fatores estruturais: a industrialização e a urbanização. <sup>(73)</sup> E há correntes de urbanólogos que elegem a "função mercado de trabalho como elemento determinante das regiões metropolitanas". <sup>(74)</sup>

Enquanto essas correntes incluem o **fator profissional** como um dos suportes que, na cumulação da atividade econômica, conduzem à configuração da **região metropolitana**, é significativo verificar que autores do porte de OCAÑA partem da focagem oposta e afirmam que a metropolização regional aumenta a intensidade de outras vinculações sociais, como a profissional, asseverando, textualmente, que "as vinculações pro-

(67) Cf. MACHADO HORTA, art. cit., pág. 18; MORELL OCAÑA, art. cit., pág. 38.

(68) Cf. LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal...*, pág. 745.

(69) Cf. art. cit., pág. 45, n.º 4.

(70) Cf. GRAU, ob. cit., pág. 19.

(71) Cf. no plano administrativo, GRAU, ob. cit., págs. 62 a 64.

(72) Ob. cit., págs. 14 e 15.

(73) Cf. nesse sentido, GRAU, ob. cit., pág. 13. A págs. 11/12, vide seu conceito de **pólo de atividade econômica**.

(74) Cf. GRAU, pág. 10, n.º 2.2.

fissionais — nas quais tantas vezes se encarna a defesa ou reivindicação dos interesses de classe e, portanto, de concepção global na sociedade — acarretaram um importante impacto nas relações comunitárias puramente locais". (75)

Tais dados elucidam, com clareza, a comunicação de interesses que se dá nas regiões metropolitanas, em que o acesso e a captação da mão-de-obra não discriminam locais de origem, de residência e em que o sistema de tráfego (transportes coletivos e individuais) impõe uma forma comportamental indiscriminada entre os trabalhadores e os empresários.

A solidariedade profissional que antes se continha no círculo autónomo da cidade, de um dos núcleos urbanos isolados, tentaculariza-se e se torna expressão de convivência global, da região metropolitana.

É a consciência de pertencerem a uma comunidade maior que aflora ("leur appartenance") e de disporem as pessoas que a habitam de uma faculdade homogênea de assimilação dos elementos exteriores, como sintetiza DANIEL BECOURT. (76)

Além de suporte demográfico, envolvente de tamanhos mínimos, para assegurar uma ampla variedade de economias de escala, como a qualifica com rara beleza ALBERTO SERRATOSA (77), a **região metropolitana** configura uma aglomeração integrada por um espaço mais ou menos vasto e heterogêneo circundante, ligado por uma continuidade urbanizada e por relações de interdependência entre a cidade-centro e as cidades-satélites ou circunvizinhas. (78)

Sob o prisma legal, as regiões metropolitanas, no Brasil, encontram-se previstas e disciplinadas pelo citado art. 164 da Constituição Federal, pela Lei Complementar nº 14, de 8-6-1973, alterada pela Lei Complementar nº 27, de 3-11-1975, que fixa seu número em oito, acrescido de mais uma, a Região Metropolitana do Rio de Janeiro, pela Lei Complementar nº 20, de 1-7-1974 (art. 19). (79)

Delineado o quadro sócio-econômico que alimenta a imagem global da região metropolitana e extraídas as fontes profissionais que contribuem para a sua configuração, resta, tão-só, expor a **vis atractiva** dos círculos profissionais homogêneos para a elaboração de regras jurídicas específicas, no âmbito das categorias profissional e econômica. A função dessas regras, como cobertura de interesses uniformes e territorialmen-

(75) Cf. art. cit., págs. 69/70.

(76) Cf. seu artigo "La Régulation Juridique des Agglomérations Urbaines et l'Intégration Sociale", in *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, cit., págs. 103/104, A, n.º 38.

(77) Cf. seu artigo "La Ordenación de las Áreas Metropolitanas", in *Revista del Instituto...*, cit., pág. 316.

(78) O conceito é de ANGEL GONZALES RIVERO, em seu artigo "El Fenómeno Industrial en las Áreas Metropolitanas: Factores de Atracción y de Rechazo", in *Revista...*, cit., pág. 298. Cf. o conceito de GRAU, ob. cit., págs. 25/26.

(79) Etimologicamente lembra bem PONTES DE MIRANDA: "Pólis é cidade, metro é mãe. Metrôpole, metropolita, metropolitano entraram muito cedo na língua portuguesa, com sentidos precisos" — cf. *Comentários...*, cit., T. VI, pág. 90, n.º 26.

te delimitados, completará a tarefa elucidativa a que se propõe esse trabalho, tendo por quadro sócio-geográfico de fundo a região metropolitana.

## 6. A NORMA COLETIVA

Diz-se **norma coletiva**, porque se alude a uma específica fonte de criação de regra de direito e a um delimitado campo de eficácia jurídica. O que mais precisamente a explica, em sua enunciação, é o plano do Direito, em que ela gravita: o Direito Coletivo do Trabalho.

Por Direito Coletivo do Trabalho entende-se aquela área do Direito do Trabalho — destacada do Direito Individual do Trabalho —, em que se aglutinam os interesses das categorias profissionais e econômicas; em que se organizam as entidades que as representam (associações profissionais e/ou sindicatos); em que se armam e se regulam os seus conflitos (greve) e em que são eles equacionados (**convenção coletiva** e/ou **sentença normativa**). <sup>(80)</sup>

Pode dizer-se, em acepção simplificada, que as **normas coletivas** são resultantes de formas estatais (**sentença normativa**) ou negociais (**convenção coletiva**) de se prevenirem ou de se resolverem **conflitos coletivos do trabalho**.

Entre si, distinguem-se a **convenção coletiva** e a **sentença normativa**, em que a primeira se consuma no tráfico negocial e se arma pela atuação das entidades competentes para subscreverem-na: os sindicatos e/ou, parcialmente, as empresas (arts. 618 e 921 da CLT, que falam, o primeiro, em **acordo coletivo** e, o segundo, em **contrato coletivo**) e/ou os próprios empregados, na hipótese do art. 617 (veja-se a parte final de seu § 1º). <sup>(81)</sup> Já a segunda cai na esfera estatal, o Tribunal do Trabalho, que edita a regra, mediante provocação das partes interessadas, os sindicatos (CLT, arts. 856 e 857, com as exceções de iniciativa naquele previstas).

Quanto a seu conteúdo, à sua eficácia, à sua vinculação, praticamente ambas — **sentença normativa** e **convenção coletiva** — entre si não se diferenciam (C.F., art. 142, § 1º, CLT, arts. 611, 613, n.º I a VIII, 623, 624, 867 e parágrafo único, 869, **caput**; Leis nº 4.725, de 13-7-1965, número 4.903, de 16-12-1965, o Decreto-Lei nº 15, de 29-7-1966, e Prejulgado nº 56, do TST).

Sob o ângulo da pirâmide do ordenamento jurídico (KELSEN, SANTI ROMANO), as **normas coletivas** comprimem-se em uma esfera da hierarquia das regras de direito. Estão abaixo da lei ordinária e acima do contrato (C.F., art. 142, § 1º, cit.; CLT, arts. 444, 619, 622, e legislação complementar citada).

(80) Conquanto omitam o instituto de co-gestão ou co-determinação (Mitbestimmung), incluído no Direito Coletivo do Trabalho, a este definem HUECK-NIPPERDEY: como "a parte do Direito do Trabalho que regula o direito das associações na profissão e na empresa, seus pactos e seus conflitos" (Kollektives Arbeitsrecht ist der Teil des Arbeitsrechts, der das Recht der Arbeitsverbände in Beruf und Betrieb, ihrer Verträge und ihrer Kämpfe regelt) — HUECK, Alfred und NIPPERDEY, Hans Carl, **Lehrbuch des Arbeitsrechts**, 7. Aufl. Berlin und Frankfurt. Franz Vahlen GmbH, 1967, 2. Band, S. 5, N. 3.

(81) Cf. a sua função, no campo da autonomia, em MAYER-MALY, Theo. **Osterreichisches Arbeitsrecht**, Wien — New York, 1970, S. 23-25.

O grau de hierarquia que, em princípio, joga com a eficácia espacial e pessoal (representatividade da categoria) <sup>(82)</sup>, demonstra a natureza do interesse objeto de regulação, que é o interesse parcial, o "de classe", a que alude o art. 8º da CLT, e não o geral, de toda a sociedade, inferido nas formas correntes de edição normativa do Estado (as leis). <sup>(83)</sup>

A força vinculante, com a cláusula de inserção automática nos contratos de trabalho, foi em ambas igualmente instilada. Essas normas têm natureza imperativa e são inderrogáveis pela vontade do empregado e empregador, cujos contratos nelas se subsumem imediatamente, guardado seu período de vigência. <sup>(84)</sup>

Se são regras abstratas — que não visam a determinado ou determinados indivíduos, mas a todos aqueles que estejam ou venham a estar submetidos a certas condições contratuais —, a **generalidade**, característica das leis, aqui se excepciona, não qualitativa, mas quantitativa e territorialmente, quando se confunde com a eficácia limitada ou pela representação dos sindicatos, federações, confederações convenientes, se convenção coletiva, ou suscitantes ou suscitados, ou pela esfera de competência do Tribunal que a edita, se se trata de sentença normativa. <sup>(85)</sup>

O princípio que governa e explica a elaboração e a eficácia das **normas coletivas** enuncia-se com toda a precisão nesse axioma de MAZZARELLI: "... As relações entre aqueles que fazem parte de uma formação social vêm disciplinadas por normas, as quais são formadas por aqueles que, inversamente, fazem parte da comunidade contratual. São estas as **normas coletivas**. <sup>(86)</sup>

Nas **sentenças normativas**, embora a fonte da norma seja estatal, os limites subjetivos e objetivos de sua eficácia são preestabelecidos pela parte que provocou ou contra quem se provocou a lide (sindicato, federação ou confederação, ou empresas individuais).

Tomando-se o sindicato como agente criador da norma coletiva — direto nas **convenções coletivas** e indireto nas **sentenças normativas** — a verdade é que o interesse objeto de conflito e de solução é um interesse coletivo, circunscrito na área de representação da entidade conflitante. As condições de trabalho por se criarem ou por se modificarem ficarão estritamente contidas no âmbito dessa representação.

(82) Cf. CATHARINO, José Martins. *Tratado Elementar de Direito Sindical*. S. Paulo. Ed. LTr, págs. 154/155.

(83) Cf., quanto à impositação da hierarquia, KROTOSCHIN, Ernesto. *Tendencias Actuales en el Derecho del Trabajo*. Buenos Aires. E.J.E.A., 1959, págs. 160 e 175; PERES LEÑERO, José. *Convenios Colectivos Sindicales*. Madrid. Aguilar, 1959, pág. 76, n.º 34, a, quando fala em "colaboração de normas e, deduzidamente, MAZZARELLI, Bruno. *La Norma Colettiva nella Teoria Generale del Diritto*. Milano. Giuffrè, 1957, págs. 35 a 44, n.º 13.

(84) Cf. KROTOSCHIN, ob. cit., pág. 161, que chama às convenções coletivas "leis de ordem pública", como se fossem leis para a profissão, à pág. 179; PERES LEÑERO, ob. cit., págs. 89, n.º 41, e 127, n.º 5. Cf., ainda, RODRIGUEZ-PINERO, Miguel. *Eficacia General del Convenio Colectivo*. Sevilla. Instituto Garcia Oviado, 1960, pág. 33.

(85) Cf. a extraordinária exposição de d'AGOSTINO, Franco. *Il Contratto Colettivo di Lavoro*. Padova. CEDAM, 1932, págs. 142 e segs.

(86) I rapporti, tra coloro che fanno parte di una formazione sociale vengono disciplinati da norme le quali sono formate da coloro che, invece, fanno parte della comunità contrattuale. Sono queste le **norme colettive**, ob. cit., pág. 48. Os grifos são do autor.

Diz-se, em tal hipótese, que a "generalidade" da **norma coletiva** é uma **generalidade territorialmente demarcada** e embora sejam vizinhos os municípios, que instauraram dissídios coletivos, **v. gr.**, através de sindicatos da mesma categoria (metalúrgicos, p. ex.), nada obsta sejam fixadas condições de trabalho diferentes para cada uma das categorias por eles representadas (percentuais de aumento salarial, adicionais específicos etc.).

Assim se dá porque as categorias, na defesa de seus interesses, gozam de plena autonomia, através da qual esgotam o princípio de sua representatividade (a lei diz "prerrogativa sindical").

Proceder de maneira diversa, isto é, comunicar, em um dissídio coletivo, p. ex., cláusulas insertas em outro ou equiparar normas coletivas fora dos padrões do pedido e da contestação e das escalas temporais de vigência, será não só extravasar os limites do conhecimento da lide, como invadir o inviolável terreno da autonomia sindical, no exercício de seu poder de representação (o direito de pedir e o que pedir).

Se as normas coletivas emanadas de convênios coletivos ou de sentenças normativas se identificam por suas finalidades e por seu objeto — a disciplina coletiva das relações de trabalho —, o que constitui, entre cada norma, o **genus proximum**, elas se separam à força da autonomia representativa de cada sindicato e do poder que lhe confere a ordem jurídica de editar ou provocar regra específica no âmbito da respectiva categoria — é a **differentia specifica**.

Essa **differentia**, entretanto, tem por limites os próprios fundamentos, em que se assenta todo o edifício do Direito Coletivo do Trabalho, como, sucintamente, se demonstrará em relação às **regiões metropolitanas**.

## 7. NORMA COLETIVA E REGIÃO METROPOLITANA

Viu-se que a **norma coletiva** não dá origem a relações contratuais concretas, nem as veicula, mas cria padrões, suportes normativos para preencher relações de trabalho. <sup>(87)</sup>

O princípio que rege a criação dessas normas é o princípio da igualdade na **especificidade** e o seu fim é a **uniformização das condições de trabalho** de determinada categoria profissional e econômica em um definido domínio territorial: a base de sua representação.

A norma coletiva é um instrumento de realização e de execução de política econômica e social e sua função é eminentemente uniformizadora de situações. Por isso, contém alto teor de planificação econômica e, como tal, tende à igualização <sup>(88)</sup> em determinado raio geográfico de vida profissional, onde idênticas são as condições sociais e econômicas de existência. Iguala, peculiarizando. Nisso, resguarda o princípio, já

(87) d'AGOSTINO fala em "tipos de ações" (condutas) e não "ações concretas" — ob. cit., pág. 145 e NIKISCH, Arthur. Arbeitsrecht. 2. Auf. Tübingen. J.C.B. Mohr, 1959, 2. Band., que fala em "formação de condições de trabalho", à pág. 247, n.º 3.

(88) Cf. LERERO, ob. cit., págs. 37/38.

aristotélico, de tratar desigualmente aos desiguais, mas igualmente os iguais (C.F., art. 153, § 1º).

Na composição dos direitos constitucionalmente assegurados apreende-se, aqui, direção confluyente com aquela exposta, com clareza e profundidade, por RAUL MACHADO HORTA<sup>(89)</sup>: o concurso dos direitos individuais na subsunção dos direitos sociais e isso porque a Constituição, como norma fundamental e contexto incindível da orientação político-jurídica de um povo (seu estatuto básico), não pode sofrer impactos internos ou contradições nas suas linhas mestras de direitos e garantias (os de ordem individual e os de ordem social) que se não contradizem mas se entrelaçam e se evoluem na técnica interpretadora construtiva.

Ora, se a própria lei, ou a norma delegada e que dela parte, como são os decretos que cuidam da fixação dos níveis de salários mínimos, observa o princípio da remuneração da mão-de-obra diversificado em razão das específicas condições de vida econômica de cada região ou sub-região (poder aquisitivo, salário real, por ex.); se a própria lei, que por sua índole é norma geral, assim se comporta, o que não dizer então da norma coletiva, cuja missão é exatamente atender ao princípio da realidade diversificada e da localização na disciplina das relações de trabalho?

Exemplifica-se que o custo de vida varia de cidade para cidade e não de Estado para Estado — diversamente oscilam as resultantes da troca econômica. E a região metropolitana, sob esse aspecto, não passa de uma grande cidade, em sua conjuntura interativa.

Nas **regiões metropolitanas** dá-se um constante fenômeno de absorção e de reabsorção sócio-econômica, provocado pela ininterrupta mobilidade da força-trabalho, nas áreas secundária e terciária da atividade produtiva.

Esse fenômeno de **absorção** e de **reabsorção** consiste em uma contínua e reversa troca de posições potenciais de poder aquisitivo, mas que encontra, de um município satélite para outro e/ou de um destes para a grande-metrópole-núcleo, fontes de remuneração do trabalho em níveis diversificados. Essa diversificação é uma conseqüência da posição estanque que um sindicato municipal mantém em relação a outro sindicato municipal, seja dos municípios satélites, seja do município núcleo (a grande metrópole central).

A injustiça social-econômica, que acarreta essa disparidade de tratamento para pessoas que habitam em uma mesma região geoeconômica, cria fricções e faixas de atrito social. A norma coletiva, ao invés de resolvê-las, agrava-as e se volta contra sua própria finalidade, que é a paz entre as categorias da produção.

Não se está estimulando, indiscriminadamente, a natural tendência expansionista e monopolizadora de toda organização sindical<sup>(90)</sup>, mas

(89) HORTA, Raul Machado. "Os Direitos Individuais na Constituição". In *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, n.º 55, julho/setembro, 1977, pág. 21.

(90) Cf. PINEROS, ob. cit., pág. 32.

a reformulação das fontes de ajustamento das formas retributivas e das condições de trabalho, tomando-se em consideração esse inelutável fenômeno urbanístico dos tempos modernos, que é a **região metropolitana**, como uma unidade sócio-econômica geradora de **standards** de vida que clamam por soluções uniformes e gerais no perímetro de sua força geográfica.

A solução será a revisão das bases dos órgãos de que partem as **normas coletivas**, os sindicatos, reconhecendo-se-lhes a carta "intermunicipal" da representação, através de sucessivos processos de unificação sindical e de técnicas compatíveis com a autonomia dos grupos já constituídos, cuja remodelação não se dará por outros meios de manifestação democrática de vontade, senão por aqueles que convivem com o regular exercício da atividade agremiativa quando conduz seus próprios fins e suas próprias formas de ação.

Guardadas as peculiaridades da necessidade de maior abrangência das **sentenças normativas** nas **regiões metropolitanas** — e o Tribunal Superior do Trabalho, em inúmeras decisões, vem embasando essa orientação no suporte fático da existência de "região geoeconômica", para aplicar os mesmos coeficientes salariais —, é muito elucidativa essa passagem de PUECH: "São razões sócio-econômicas que ponderam para a extensão formal das sentenças normativas: seja porque o problema social pode manter-se latente para os demais empregados e empregadores não atingidos pela sentença proferida, seja porque ofende a equidade, em muitos casos, a concessão das vantagens a apenas alguns dos empregados enquanto outros, por força da dimensão da representação da entidade sindical autora ou ré, ficariam excluídos. Acresce ainda que, sem a extensão, poderia estabelecer-se, através da sentença coletiva, concorrência desleal entre empregadores do mesmo setor de produção, desvirtuando-se o sentido econômico-social ou mesmo ético a que a atuação da Justiça do Trabalho deve subordinar-se". (91) Ao estudioso basta substituir o instituto da **extensão das sentenças coletivas** pelo do **desdobramento das bases sindicais**, nas regiões metropolitanas, e ter-se-á alcançado a justiça sócio-econômica a que visa a **norma coletiva**, presa, em sua edição, no fio da representatividade.

• • •

Ao encerrar-se esse trabalho, tem-se em mente que toda a exposição cultural e científica, por mais completa que se pretenda, é sempre fragmentária. A realidade que se procura enunciar ou acompanhar é surpreendentemente vária, complexa, espacial e temporalmente sucessiva.

O fenômeno da **metropolização**, o gigantismo insulante das grandes cidades e de suas satélites, como um fenômeno agremiativo, repete, historicamente, e **mutatis mutandis**, o fenômeno de fusão entre os burgos medievais, porém, em dimensões avassaladoras para o homem, que se isola e que procura, não mais na cidade, mas no universo circundante, um vago ponto de luz, que abrigue sua alma solitária.

(91) Cf. PUECH, Luiz Roberto de Rezende. *Na Vivência do Direito Social*. S. Paulo. Ed. Resenha Universitária Ltda., 1975, pág. 110.

# SINPAS: a nova estrutura da previdência social brasileira

CELSO BARROSO LEITE

Secretário de Previdência Social do  
Ministério da Previdência e Assistência  
Social

## S U M A R I O

### INTRODUÇÃO

*Nova e importante etapa*  
*Alteração apenas estrutural*  
*Terminologia*

### EVOLUÇÃO HISTÓRICA

*Caixas por empresa*  
*Institutos por categoria profissional*  
*Uniformização dos regimes*  
*Unificação institucional*  
*Previdência social rural*  
*MPAS: maioria*  
*Nova estrutura: maturidade*

## SINPAS

*Razão de ser e características básicas*  
*Racionalização e simplificação*  
*Criação, extinção e transformação de entidades*

### ESTRUTURA DO SINPAS

*INPS: prestações em dinheiro*  
*INAMPS: assistência médica*  
*LBA: assistência social*  
*FUNABEM: política do menor*  
*CEME: medicamentos*  
*IAPAS: administração financeira e patrimonial*  
*DATAPREV: processamento eletrônico de dados*

### IMPLANTAÇÃO DO SINPAS

*Trabalhos preliminares*  
*Implantação sem interrupção do funcionamento*  
*Administrações unificadas*  
*Prosseguimento da implantação*  
*Cronograma da implantação*

### CONCLUSÃO

*Terceira reorientação estrutural*  
*Importância da organização administrativa*  
*Perspectivas de aperfeiçoamento programático*  
*Universalização da proteção social*

### INTRODUÇÃO

#### *Nova e importante etapa*

A Lei nº 6.439, de 19-9-1977, que instituiu o SINPAS, isto é, o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, assinala nova e importante etapa na evolução da previdência social brasileira, bem como da assistência social, que hoje figura ao seu lado no conjunto das atividades do Estado nesse amplo terreno, em posição de igualdade uma com a outra.

## *Alteração apenas estrutural*

Como se verá melhor ao longo desta exposição, o SINPAS consistiu apenas na reformulação administrativa das entidades de atribuições ligadas à previdência e assistência sociais, que passam agora a funcionar em forma de sistema, segundo modernas técnicas organizacionais.

Este ponto deve ficar bem claro: o SINPAS introduziu somente medidas de reorganização administrativa, sem alteração de direitos e deveres, natureza e conteúdo dos diferentes programas, condições das prestações — como foi ressaltado nesta passagem da exposição de motivos com que o Ministro L. G. do Nascimento e Silva, da Previdência e Assistência Social, encaminhou ao Presidente Ernesto Geisel o projeto transformado pelo Congresso Nacional na Lei nº 6.439:

“Essa grande reforma administrativa objetiva, portanto, em última análise, apenas e tão-somente arrumar a casa, dando às entidades vinculadas a este Ministério novas atribuições, com vistas à especialização de cada uma segundo as atividades que irão desenvolver, mas sem qualquer alteração nos direitos e obrigações dos beneficiários e contribuintes da previdência e assistência social ou nos encargos administrativos e financeiros da União e das referidas entidades.”

## *Terminologia*

Cabe nesta introdução uma palavra sobre as palavras, ou seja, a definição, ainda que aproximada, dos termos que, utilizados hoje na legislação brasileira pertinente, têm de ser também empregados aqui.

Começo pela expressão “previdência social”, usada no título deste artigo no seu sentido lato, que pelo menos no Brasil costumava englobar o pouco de que dispúnhamos em matéria de assistência social, pelo menos no significado formal desta expressão. Nesse sentido, “previdência social” era quase sinônimo de proteção social.

Atualmente, isto é, desde 1974, quando foi criado um Ministério específico para essa área, a terminologia se tornou mais definida, uma vez que ele se denomina Ministério da Previdência e Assistência Social, assim distinguindo oficialmente previdência de assistência.

Com base nessa dicotomia, parece lícito entender que “previdência social” significa quase o mesmo que seguro social, pois se refere, no caso, a programas custeados por prestações individuais diretas, complementadas por contribuições paralelas das empresas e uma parcela a cargo do Estado. “Assistência social”, por seu turno, fica reservada para programas que, embora custeados pelo Estado, normalmente independem de contribuições dos beneficiados.

Dentro dessa terminologia hoje oficial no Brasil, convém atentar para o fato de que a assistência médica constitui uma prestação previ-

denciária, embora com algumas características assistenciais, porque os segurados têm direito aos mesmos serviços médicos, independentemente do maior ou menor valor das suas contribuições.

### EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O marco inicial da previdência social brasileira (e aqui mais uma vez uso a expressão no seu sentido corrente, mais amplo que o resultante da distinção hoje oficial) foi a Lei nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, mais conhecida como Lei Elói Chaves, em homenagem ao autor do projeto que lhe deu origem.

Alguns estudiosos contestam esse marco, que preferem situar em atos legislativos anteriores. Mas a controvérsia ficou sanada, também em termos oficiais, quando foi estabelecido que o “Dia da Previdência Social” se comemora a 24 de janeiro, que foi a data da Lei Elói Chaves, em 1923, como acabamos de ver.

A seguir, procuraremos enumerar as principais etapas da evolução que, partindo daí, conduziu ao SINPAS.

#### *Caixas por empresa*

A Lei Elói Chaves determinou a criação, em cada empresa de estrada de ferro do País, de uma Caixa de Aposentadoria e Pensões para os respectivos empregados e seus dependentes, convindo observar, a propósito, que o termo “aposentadoria” (benefício devido ao segurado que se afasta em definitivo do trabalho por motivo de invalidez, velhice ou tempo de serviço) parece constituir uma peculiaridade brasileira. Até mesmo em Portugal usa-se também “pensão” com o sentido de aposentadoria, mais de acordo, portanto com a terminologia previdenciária internacional. No Brasil, como se sabe, o termo “pensão” se refere apenas à prestação mensal devida aos dependentes por morte do segurado, embora comecem a surgir casos do seu emprego também no sentido de aposentadoria. Além das aposentadorias e pensões, ou pensões apenas, se preferirmos a terminologia internacional, essas Caixas concediam aos segurados e dependentes assistência médica, ou seja, um conjunto de prestações muito próximo do da previdência social de hoje.

Em seguida aos ferroviários, leis sucessivas estenderam o regime das Caixas a outras categorias de trabalhadores, primeiro nos serviços públicos e depois em outros setores, e o número delas chegou a ser bastante elevado. Mas a experiência não tardou a mostrar que, como poucas Caixas reuniam segurados em quantidade suficiente para o seu funcionamento em bases técnicas satisfatórias, a maioria delas não teria condições de sobreviver. Teve início, então, um movimento de fusão das Caixas, que acabaram reduzidas a uma única.

## *Institutos por categoria profissional*

Paralelamente à fusão das Caixas, que, além da dificuldade apontada, a bem dizer se restringiam à cobertura dos empregados das empresas concessionárias de serviços públicos, deixando à margem portanto o grosso dos trabalhadores, começaram a ser criados, para extensão da previdência social aos demais setores, Institutos de Aposentadoria e Pensões destinados aos trabalhadores da mesma categoria profissional: comerciários, bancários, industriários etc.

Assim se resolvia o problema do número insuficiente de segurados; porém, embora as condições das prestações, a forma de custeio e a estrutura administrativa dos Institutos fossem muito semelhantes, sempre existiam entre eles pequenas distinções que criavam óbices no tocante à passagem do trabalhador de uma atividade para outra, com a conseqüente alteração da sua filiação previdenciária.

## *Uniformização dos regimes*

A Lei nº 3.807, de 26-8-1960, ainda hoje a Lei Orgânica da Previdência Social, estabeleceu para todos os Institutos o mesmo plano de prestações, a mesma forma de custeio, a mesma estrutura administrativa. Além disso, transformou em Instituto a Caixa única resultante da fusão das demais. Por outras palavras: uniformizou os diferentes regimes de previdência social existentes no Brasil para os trabalhadores e seus dependentes, salvo grupos especiais como os funcionários públicos e os militares.

## *Unificação institucional*

A uniformização dos regimes abriu caminho para outra importante etapa evolutiva: a unificação institucional, resultante do Decreto-Lei nº 72, de 21-11-1966, que reuniu os seis Institutos de Aposentadoria e Pensões então existentes no Instituto Nacional de Previdência Social — INPS, instalado a 2 de janeiro de 1967.

Saliente-se aqui, a par do alcance da medida, do ponto de vista de racionalização administrativa, uma importante alteração terminológica: deixando de lado a introdução do adjetivo “nacional”, a indicar uma característica meio óbvia, a expressão “Aposentadoria e Pensões” foi substituída por “Previdência Social”, na qual se contém, além daquelas prestações pecuniárias básicas, a assistência médica.

Convém lembrar que essa assistência, hoje tão importante que chega a afetar os programas básicos das prestações pecuniárias, tendo sido esta por sinal uma das causas da instituição do SINPAS, era devida desde a criação das primeiras Caixas, por força da Lei Elói Chaves, figurando mesmo, no seu elenco de prestações, antes dos benefícios em dinheiro.

## *Previdência social rural*

Outro importante marco, na evolução que está sendo resumida aqui, foi a instituição do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural — PRORURAL, pela Lei Complementar nº 11, de 25-5-1971. Em 1975 o seguro contra acidentes do trabalho foi estendido ao trabalhador rural; e no mesmo ano a previdência social foi estendida ao empregador rural e seus dependentes, em condições distintas das do PRORURAL.

Esses programas eram executados, antes do SINPAS, pelo Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural — FUNRURAL, criado em 1963 e reformulado em 1967.

### *MPAS: maioria*

O setor de que nos estamos ocupando atingiu a maioria, por assim dizer, quando, em 1974, foi criado para encarregar-se dele o Ministério da Previdência e Assistência Social, cujo primeiro titular é o Ministro L. G. do Nascimento e Silva, que, então Ministro do Trabalho e Previdência Social, promoveu em 1966 a criação do INPS. O SINPAS, também de sua iniciativa, constituiu assim corolário da sua própria obra.

Instituído pela Lei nº 6.036, de 19-5-1974, o MPAS representou outro significativo avanço, pois na verdade a previdência social já atingira porte e relevância dificilmente compatíveis com a sua permanência na área de competência de um Ministério que também tinha a seu cargo o trabalho e, portanto, questões de amplitude e complexidade não menores. O fenômeno, de resto, não se restringe ao Brasil, pois em vários outros países a previdência social, com esta denominação ou outra equivalente, se encontra hoje sob a responsabilidade de um Ministério específico.

### *Nova estrutura: maturidade*

Tendo atingido a maioria, como acabamos de ver, com a criação do MPAS, a previdência social brasileira e programas correlatos, com a assistência social à frente, atingem agora a maturidade, graças à estrutura sistêmica resultante do SINPAS, cujas características e aspectos básicos vêm focalizados a seguir.

## *SINPAS*

A instituição do SINPAS representa assim, no tocante à estrutura administrativa da previdência social e programas correlatos, como que o coroamento de uma longa evolução.

## *Razão de ser e características básicas*

O acentuado desenvolvimento da previdência social nos últimos anos, por força não só do crescimento da população urbana segurada, que duplicou entre 1967 e 1977, mas sobretudo da espantosa expansão da demanda por assistência médica; o estabelecimento do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural — PRORURAL e sua rápida ampliação; a institucionalização da assistência social — são alguns dos fatores da rápida cristalização da idéia do SINPAS. Como cabia ao INPS o grosso da responsabilidade pela previdência social e alguns programas correlatos, isso fez dele uma entidade de porte incontrolável, a braços com uma multiplicidade de tarefas, cada qual mais complexa e absorvente, que complicavam ainda mais o problema gerado pelas dimensões que foi tendo de atingir.

A razão de ser do SINPAS está, portanto, basicamente, no imperativo de buscar uma estrutura administrativa compatível com as novas realidades geradas pelos fatores acima enumerados e outros de menor porte. Para esse fim cuidou-se, em essência, de substituir entidades que prestavam diferentes serviços aos mesmos grupos de beneficiários por entidades que prestam os mesmos serviços a diferentes grupos de beneficiários. Por outras palavras: concentração de uma mesma função numa única entidade, independentemente da categoria profissional ou sócio-econômica a atender.

Mesmo sem levar em conta a assistência social e a previdência social dos servidores públicos civis em regime estatutário, cujo número se torna cada vez menor, com a progressiva extensão do regime da legislação trabalhista à grande maioria das categorias de servidores públicos, tínhamos nas cidades o gigantesco INPS, cobrindo cerca de 45 milhões de pessoas (15 milhões de segurados e 30 milhões de dependentes) no tocante a benefícios em dinheiro e assistência médica; e no campo o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural — FUNRURAL, executando o PRORURAL, que também prevê benefícios em dinheiro e assistência médica para outros 40 milhões de pessoas (13 milhões de trabalhadores rurais, cerca de 26 milhões de dependentes deles e mais de um milhão de empregadores rurais e seus dependentes). Na previdência social urbana existe um único programa para empregados e empregadores, e seus dependentes; mas na previdência social rural ainda existem dois programas separados e distintos, como foi mencionado.

Assim, essas duas grandes entidades concediam benefícios e prestavam assistência médica e outros serviços às respectivas clientelas: no INPS, os trabalhadores urbanos e seus dependentes; no FUNRURAL, os trabalhadores e empregadores rurais e seus dependentes. O Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado — IPASE, também prestava assistência médica aos funcionários públicos federais e seus dependentes, e pagava a estes benefícios em dinheiro, mas já vimos que neste caso o pequeno porte da entidade não chegava a constituir

problema, embora fosse também desaconselhável do ponto de vista da racionalidade administrativa.

A busca dessa racionalidade foi, em última análise, a principal razão de ser da modificação havida. Lê-se numa publicação do MPAS:

“Tudo isto levou à conclusão de que era chegado o momento de se modificar o campo de atuação dessas entidades, reorganizando-as não mais com referência à clientela a ser atendida, mas à natureza das atividades a desenvolver, e racionalizando-se, integrando-se e uniformizando-se a execução dos serviços, de modo que cada entidade passasse a operar através de programas específicos, geridos, controlados e executados segundo seus objetivos.”

Além disso, o INPS, o FUNRURAL e o IPASE, como as demais entidades, tinham de executar, ao lado das tarefas específicas, complexas e vultosas tarefas não finalísticas, a começar pela realização da receita, gerência do patrimônio e demais aspectos da administração financeira. Entre outros inconvenientes, essa duplicação de funções tornava inviável a unificação da receita, a racional distribuição dos recursos e a eficaz utilização do patrimônio.

O SINPAS, então, sem alterar direitos nem deveres, como ficou dito, mas limitando-se a corrigir a estrutura administrativa, inverteu a situação: hoje cada entidade se encarrega de uma única prestação para todas as clientelas, isto é, todas as pessoas que façam jus a ela; e ao mesmo tempo reuniu a receita das várias entidades no Fundo de Previdência e Assistência Social — FPAS, de natureza contábil e financeira, dirigido por um colegiado composto dos presidentes das entidades, sob a presidência do Ministro da Previdência e Assistência Social.

Temos aí, portanto, primeiro a razão de ser do SINPAS: o estabelecimento de uma estrutura administrativa racional, em bases sistêmicas. Depois, as suas principais características: organização à base das funções a desempenhar, e não da clientela a atender, alterações administrativas apenas, sem afetar os direitos dos interessados, as condições das prestações, a forma de custeio e assim por diante; e coordenação da receita, com distribuição racional dos recursos disponíveis.

### *Racionalização e simplificação*

A tônica da reforma consistiu *portanto*, repita-se, no empenho de racionalizar e simplificar, bastando mencionar, a este respeito, que as entidades hoje compreendidas no Sistema executavam perto de 40 funções, porque várias delas repetiam diversas funções, e atualmente esse número se reduziu para sete apenas, porque a execução das mesmas funções foi concentrada em entidades ou órgãos específicos.

Apresentado pelo Poder Executivo, por iniciativa do MPAS, o projeto transformado na Lei nº 6.439 recebeu no Congresso Nacional numerosas emendas, várias das quais o aperfeiçoaram em mais de um ponto. E a mencionada tônica de reforma racionalizadora apenas, sem alteração de qualquer direito, foi assim ressaltada pelo Senador Henrique de La Rocque Almeida, Relator da Comissão Mista que apreciou o projeto:

“Deve-se salientar que a proposição examinada não retira direitos. Quem os tinha os retém como inerentes à sua situação funcional. Não seria crível que um avanço tão agigantado na previdência social, em sua racionalização e conseqüente aplicação, deixasse no caminho do seu aprimoramento seqüelas humanas, de vez que o homem em sua plenitude é o objetivo específico de toda a sua criatividade.”

### *Criação, extinção e transformação de entidades*

Antes do SINPAS eram as seguintes as entidades filiadas ao MPAS:

INPS (Instituto Nacional de Previdência Social), que concedia benefícios em dinheiro e prestava assistência médica e outros serviços aos trabalhadores urbanos e seus dependentes, encarregando-se também de arrecadar as contribuições devidas por estes e pelas empresas;

FUNRURAL (Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural), que concedia benefícios e prestava assistência médica e outros serviços aos trabalhadores e empregadores rurais, e seus dependentes;

IPASE (Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado), encarregado da assistência médica aos funcionários públicos federais e da pensão e outros benefícios pecuniários para os seus dependentes (a aposentadoria desses funcionários era e continua sendo paga diretamente pelos cofres públicos, independentemente de contribuição);

LBA (Fundação Legião Brasileira de Assistência), encarregada da prestação de assistência à maternidade, à infância e à adolescência, bem como de assistência social em geral aos grupos carentes da população;

FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor), encarregada, sobretudo em nível normativo, das funções que a sua denominação indica;

CEME (Central de Medicamentos), encarregada do fornecimento de medicamentos, gratuitamente ou a preços reduzidos, principalmente aos beneficiários da previdência social;

DATAPREV (Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social), também encarregada das tarefas que a sua denominação indica.

Basicamente, a Lei nº 6.439, que instituiu o SINPAS:

- a) criou duas novas entidades: o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social — INAMPS, e o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social — IAPAS;
- b) extinguiu duas das existentes: o FUNRURAL e o IPASE;
- c) alterou substancialmente o INPS, sobretudo retirando-lhe os encargos de assistência médica e arrecadação de contribuições, e transferindo para ele os pagamentos em dinheiro antes a cargo do FUNRURAL e do IPASE;
- d) modificou menos substancialmente as atribuições da LBA;
- e) manteve sem alterações de monta as demais entidades;
- f) instituiu o Fundo de Previdência e Assistência Social — FPAS, administrado pelos presidentes das entidades, sob a presidência do Ministro da Previdência e Assistência Social.

Em razão dessas criações, extinções, transformações e outras modificações, o SINPAS, orientado, coordenado e controlado pelo MPAS, tem por finalidade integrar as funções das entidades que passaram a constituí-lo, e que são as seguintes: INPS, INAMPS, LBA, FUNABEM, IAPAS e DATAPREV. A CEME, que também integra o SINPAS, não tem personalidade jurídica própria; trata-se de um órgão autônomo integrante da estrutura do próprio MPAS, isto é, da administração direta.

### *ESTRUTURA DO SINPAS*

A seguir são focalizadas uma a uma as entidades integrantes do SINPAS, criadas, transformadas ou mantidas pela lei que o instituiu. O INPS, o INAMPS e o IAPAS são autarquias; a LBA e a FUNABEM, fundações; a DATAPREV, empresa pública; e a CEME, órgão autônomo do MPAS.

#### *INPS: prestações em dinheiro*

O atual Instituto Nacional de Previdência Social tem a seu cargo a concessão e manutenção dos benefícios (prestações em dinheiro), bem como a prestação de certos serviços complementares, inclusive nos casos de acidente do trabalho, na forma das respectivas legislações, aqueles e estes compreendidos nos seguintes programas:

- a) previdência social urbana: concessão e manutenção dos benefícios em dinheiro, e assistência complementar, reeducativa e de

readaptação profissional, aos trabalhadores urbanos e seus dependentes;

- b) previdência social rural: concessão e manutenção dos benefícios em dinheiro aos trabalhadores e empregadores rurais e seus dependentes, bem como a assistência complementar, reeducativa e de readaptação profissional;
- c) previdência social dos funcionários federais: concessão e manutenção dos benefícios em dinheiro devidos aos seus dependentes;
- d) maiores de 70 anos e inválidos: concessão e manutenção da renda mensal vitalícia a antigos trabalhadores urbanos e rurais.

#### *INAMPS: assistência médica*

O Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social tem a seu cargo a prestação de assistência médica aos trabalhadores urbanos, aos trabalhadores e empregadores rurais e aos funcionários públicos federais estatutários, bem como aos seus dependentes, com a amplitude que as condições locais e os recursos próprios permitirem e na forma das respectivas legislações, sendo:

- a) prestação de assistência médica aos trabalhadores urbanos, funcionários públicos estatutários, empregadores rurais e seus dependentes;
- b) subsídio a programas de atendimento aos trabalhadores rurais e seus dependentes, abrangendo serviços de saúde em geral;
- c) prestação de assistência médica a maiores de 70 anos ou inválidos titulares da renda mensal vitalícia;
- d) execução dos programas especiais de assistência médica antes mantidos pela LBA e destinados às populações carentes, beneficiárias ou não da previdência social, em determinadas regiões, mediante convênios com entidades públicas que assegurem ao INAMPS os recursos necessários.

#### *LBA: assistência social*

A Fundação Legião Brasileira de Assistência foi reformulada, com ampliação das suas atribuições, que consistem hoje na prestação intensificada de assistência social à população carente, mediante programas de desenvolvimento social e de atendimento às pessoas, independentemente da vinculação destas a outra entidade do SINPAS, além da prestação de serviços de assistência complementar não prestados pelo INPS ou pelo INAMPS aos seus beneficiários.

### *FUNABEM: política do menor*

A Fundação Nacional para o Bem-Estar do Menor, que não foi alterada pelo SINPAS, continua responsável pela promoção da política nacional do menor, podendo subvencionar, em caráter complementar, programas a cargo das entidades estaduais ou assistenciais de assistência ao menor.

Além disso, mantém diretamente um centro-piloto, que, constituído de estabelecimentos de ensino, alojamentos, casas de triagem, recolhimento provisório e unidade de treinamento especializado, funciona na cidade do Rio de Janeiro, com escolas em três cidades de Minas Gerais.

### *CEME: medicamentos*

A Central de Medicamentos, tampouco alterada pelo SINPAS, continua tendo a seu cargo as tarefas de distribuição de medicamentos, gratuitamente ou a baixo custo, principalmente a beneficiários da previdência social, em estreito entrosamento com o INAMPS. Desenvolve também atividades de estímulo à pesquisa científica, sobretudo mediante subsídio a entidades que executam essa pesquisa na área dos produtos farmacêuticos.

Vimos acima que a CEME não constitui propriamente uma entidade do SINPAS, mas um órgão autônomo do MPAS com funções finalísticas, e daí a sua inclusão neste.

### *IAPAS: administração financeira e patrimonial*

O Instituto de Administração Financeira de Previdência e Assistência Social, para o qual foram transferidos os atuais poderes do INPS, FUNRURAL, IPASE e demais entidades que hoje integram o SINPAS, tem a seu cargo:

- a) arrecadar, cobrar e fiscalizar as contribuições devidas a essas entidades, bem como os recursos orçamentários e outros que lhes forem destinados, e suas demais receitas, reunindo-os no Fundo de Previdência e Assistência Social — FPAS;
- b) distribuir recursos às entidades do SINPAS de acordo com o Plano Plurianual de Custeio;
- c) aplicar sanções pela inobservância da legislação e normas sobre essa matéria;
- d) realizar as aplicações patrimoniais e financeiras aprovadas pelo colegiado que administra o mencionado Fundo, constituído dos presidentes das entidades do SINPAS, sob a presidência do Ministro da Previdência e Assistência Social.

## *DATAPREV: processamento eletrônico de dados*

Outra entidade não alterada pela lei que criou o SINPAS, a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social continua executando as tarefas que a sua denominação indica: análise de sistemas, programação e execução de serviços de tratamento de informações, processamento de dados através de computação eletrônica, emissão de carnês para pagamento dos benefícios e desempenho de outras atividades correlatas de interesse do MPAS.

### *IMPLANTAÇÃO DO SINPAS*

#### *Trabalhos preliminares*

Antes mesmo da Lei nº 6.439, o MPAS cuidava de reorganizar as atividades de previdência e assistência social, inclusive porque várias das medidas de que se cogitava independiam de ato legislativo.

Pela Portaria nº 754, de 2-6-1977, o Ministro determinou a realização de estudos para essa reorganização, atribuindo-os a:

- a) um grupo de supervisão geral, dirigido por ele próprio;
- b) um grupo de orientação e controle, diretamente subordinado ao Ministro e presidido pelo Consultor Jurídico do Ministério;
- c) 11 grupos de trabalho, incumbidos de analisar as funções executadas pelas diferentes entidades, propondo soluções para o seu reagrupamento.

Para efeito do trabalho dos grupos, essas funções ficaram assim distribuídas: Benefícios, Assistência Médica, Assistência Social, Finanças, Pessoal, Programação e Orçamento, Custeio, Sistema, Serviços Gerais, Assuntos Jurídicos e Comunicação Social.

#### *Implantação sem interrupção do funcionamento*

Nos expressos termos do artigo 33 da Lei nº 6.439, que o instituiu, o SINPAS deve estar efetivamente implantado até 1º de julho de 1978. Para que isso se torne possível, o Decreto nº 80.303, de 8-9-1977, atribuiu competência ao Ministro da Previdência e Assistência Social para:

- a) unificar o comando dos órgãos das entidades segundo atividades correlatas ou afins, alterando-lhes, se necessário, as atribuições e linhas de subordinação;
- b) designar os responsáveis pela organização das novas entidades, reformulação das remanescentes e liquidação das extintas, podendo eles praticar todos os atos relativos às atividades em implantação;

- c) remover ou relotar servidores independentemente dos seus quadros e tabelas;
- d) adotar as demais providências necessárias para manter sem interrupção o funcionamento normal das entidades vinculadas ao MPAS.

### *Administrações unificadas*

A seguir, pela Portaria nº 838, de 19-9-1977, o Ministro:

- a) estabeleceu que a implantação do SINPAS se faria em duas etapas, a primeira de unificação do comando das atividades correlatas antes exercidas por entidades distintas e a segunda de implantação definitiva;
- b) estabeleceu, como linhas de comando para execução da primeira etapa da implantação, as "Administrações Unificadas", de benefícios (prestações pecuniárias), assistência médica, assistência social, e finanças e patrimônio, a cargo de entidades provisórias, sob a denominação de PRÉ-INPS, PRÉ-INAMPS, PRÉ-LBA e PRÉ-IAPAS, respectivamente;
- c) atribuiu o comando de cada uma dessas administrações unificadas a um gerente geral, com amplos poderes;
- d) redistribuiu os órgãos das entidades alteradas pelas administrações unificadas;
- e) adotou outras medidas ligadas à implantação do SINPAS.

### *Prosseguimento da implantação*

Por último, pela Portaria nº 934, de 19-2-1978, o Ministro estabeleceu normas e diretrizes para o prosseguimento da implantação do SINPAS. Esse ato, entre outras providências:

- a) considerou constituídos, a partir de 1º de abril de 1978, o INAMPS e o IAPAS, extintos o IPASE e o FUNRURAL, e reformulados o INPS e a LBA, permanecendo sem alterações substanciais as demais entidades;
- b) estabeleceu que as atividades finalísticas do SINPAS serão organizadas sob a forma de programas supervisionados pelas Secretarias correspondentes do MPAS e pelo Colegiado do Fundo de Previdência e Assistência Social, e que as suas atividades de apoio serão organizadas sob a forma de sistemas, tendo como órgãos setoriais os órgãos correspondentes do MPAS;
- c) adotou estrutura provisória para o INAMPS, para o IAPAS, para o novo INPS e para a nova LBA.

## *Cronograma da implantação*

Também em 19-2-1978, data da sua última portaria sobre o assunto, o Ministro aprovou o "Cronograma para a Implantação do SINPAS", preparado pelo Grupo de Orientação e Controle. E no momento em que este trabalho está sendo escrito (fevereiro de 1978), tudo indica que a implantação do SINPAS deverá ser satisfatoriamente levada a efeito dentro do prazo legal; ou seja, deverá completar-se até 30 de junho, para que ele esteja em efetivo funcionamento a 19 de julho.

## **CONCLUSÃO**

Vimos que a instituição do SINPAS, pela Lei nº 6.439, de 19-9-1977, pode ser considerada como outra importante etapa na evolução da previdência social brasileira, tomada esta expressão em seu sentido lato, que abrange, além dos seguros sociais e da assistência médica, programas correlatos, hoje paralelos, como a assistência social.

### *Terceira reorientação estrutural*

O SINPAS pode ser considerado como a terceira reorientação estrutural de vulto introduzida no quadro da previdência brasileira ao longo do seu processo evolutivo. A primeira foi a substituição das Caixas pelos Institutos da Aposentadoria e Pensões, de âmbito nacional e à base de categorias profissionais; e a segunda foi a fusão dos Institutos, em 1966, no conhecido INPS, que agora passa a concentrar-se na concessão e manutenção dos benefícios.

Outros vêm no SINPAS um corolário lógico da criação do MPAS, que ao separar-se do atual Ministério do Trabalho, deixando assim de existir o antigo Ministério do Trabalho e Previdência Social, muito pouco alterou a estrutura, atribuições e moldes de funcionamento das entidades que passaram a constituir-lo. Seria de esperar, portanto, a readaptação estrutural agora sobrevinda.

### *Importância da organização administrativa*

A razão de ser e a oportunidade do SINPAS podem ser demonstradas de vários ângulos, inclusive sob o aspecto genérico das vantagens de uma estrutura administrativa racional. Vejamos, a propósito, esta passagem de uma publicação do Ministério da Previdência e Assistência Social:

"Nunca será demais enfatizar a importância da organização administrativa da previdência social. Por mais avançada e justa que se apresente a legislação substantiva de um país em matéria de proteção social, os seus efeitos práticos deixarão muitíssimo a desejar se o sistema não contar com uma máquina administrativa ágil, eficiente e racional que permita traduzir os dispositivos legais em benefícios e serviços concretos,

palpáveis, já que a pedra de toque da previdência social será sempre a qualidade, em termos de presteza e oportunidade, do produto final procurado, a cada dia, pela massa de segurados e respectivos dependentes. E, se analisarmos o processo evolutivo do sistema de previdência social de cada país, verificaremos que as melhorias nele introduzidas se relacionam, via de regra, com a maneira de tornar mais efetiva a consecução de sua finalidade, no sentido de transformar a letra da lei em realidade concreta, mediante utilização dos recursos administrativos mais adequados ao pleno e satisfatório atendimento dos beneficiários.”

### *Perspectivas de aperfeiçoamento programático*

As alterações introduzidas pelo SINPAS foram apenas de natureza estrutural, tendo afetado somente a organização administrativa, sem atingir os direitos e deveres dos interessados, as condições das prestações, as modalidades de custeio e qualquer outro aspecto. Tudo isso foi dito e repetido acima e espera-se que tenha ficado bem claro.

Todavia, assim como a criação do MPAS já deixou entrever a probabilidade de alterações complementares, agora introduzidas, não falta quem admita que a instituição do SINPAS possa criar condições propícias a aperfeiçoamentos programáticos. Por outras palavras, parece correto admitir que uma estrutura administrativa mais racional e mais eficiente permitirá que as atenções se voltem, em seguida, para o aprimoramento dos programas executados pelas diferentes entidades.

Ninguém terá expressado melhor essa promissora perspectiva do que o Secretário-Geral do MPAS, Luiz Assumpção Paranhos Velloso, em recente conferência:

“Embora a reformulação administrativa não acarrete qualquer alteração das condições dos benefícios e serviços, ou seja, dos direitos e deveres dos beneficiários em geral, das empresas contribuintes ou de quem quer que seja, a lógica e a experiência nos dizem que, uma vez racionalizada a estrutura administrativa, torna-se lícito esperar que surjam condições mais propícias ao equacionamento e eventual solução de problemas ainda existentes. A reformulação da estrutura administrativa valerá assim como possível fator de aperfeiçoamento programático.”

### *Universalização da proteção social*

Por último, devemos admitir que o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social — SINPAS, que já deverá estar em efetivo funcionamento quando for publicada a revista a que se destina este modesto artigo, virá concorrer para a progressiva universalização da proteção social no Brasil.

# Assembléias gerais das sociedades anônimas

Prof. OTTO GR

## SUMÁRIO

- Assembléias gerais
- Competência para a convocação
- Modo de convocação e local
- Prazo de convocação
- **Quorum** de instalação
- Legitimação e representação
- Da representação
- Livro de Presença
- Mesa
- **Quorum** das deliberações
- Atas das assembléias gerais
- Espécies de assembléia
- Assembléia geral ordinária
- Documentos da administração
- Da realização da assembléia geral ordinária
- Assembléia geral extraordinária
- A reforma dos estatutos sociais
- **Quorum** qualificado
- Direito de retirada do acionista dissidente
- Assembléias gerais especiais
- Assembléia geral dos subscritores
- Assembléia de constituição da empresa

- Instalação de assembléia de constituição da companhia
- Assembléia geral para o caso de dissolução e liquidação da companhia
- Prestação de contas do liquidante à assembléia geral
- A transformação
- A incorporação, a fusão ou a cisão
- A fusão
- A cisão
- Ação para anular as deliberações das assembléias gerais
- A assembléia geral e a responsabilidade civil dos administradores

### Assembléias gerais

A assembléia geral é uma das formas de relacionamento dos acionistas com a empresa. Das mais importantes. E, por isso, o legislador cuidou de regular-lhe não só a competência, como o **quorum** da respectiva **instalação** e o das **deliberações**.

A matéria está disciplinada nos artigos 121 a 137 da Lei nº 6.404, de 1976, e a **simile** da disciplina estabelecida no Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, está, também, dividida em 3 seções: a **Seção I** estabelece as **Disposições Gerais**; a **Seção II** define e regula a **Assembléia Geral Ordinária** e a **Seção III** disciplina a **Assembléia Geral Extraordinária**, à qual competirá a reforma dos estatutos e as demais matérias não previstas, expressamente, no artigo 132 da lei.

Fazemos notar, antes da exegese dos artigos da lei, sobre assembléias gerais, que a **Seção I**, ao dispor sobre as normas gerais das assembléias das sociedades por ações, divide a matéria, agrupando os assuntos, como segue: competência privativa; competência para convocação; modo de convocação e local; **quorum** de instalação; legitimação e representação; direção dos trabalhos (mesa); **quorum** das deliberações; ata da assembléia; e finaliza estatuinto duas espécies de assembléia que a lei reconhece. Tal como no antigo Decreto-Lei nº 2.627, de 1940.

“**Art. 121** — A assembléia geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes a sua defesa e desenvolvimento.”

**Obs.:** O cotejo deste dispositivo com os da legislação anterior (artigos 86 e 87 do Decreto-Lei nº 2.627/40) mostra que a lei vigente fez, apenas, a fusão desses dois artigos de lei num só dispositivo e, onde a lei antiga

se referia à **sociedade**, o legislador preferiu usar do vocábulo **companhia** que ele considera sinônimo (art. 1º) embora prefira usar a denominação de “companhia” para esse tipo de sociedade mercantil (arts. 2º, 4º e segs.).

Importante é assinalar que se conserva a tradição: a assembléia geral tem poderes para resolver **todos os negócios** relativos ao objeto da companhia, embora necessário reconhecer que, já agora, com a sanção da recente Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, esse poder quanto aos negócios da empresa já não é tão absoluto, eis que a Comissão de Valores Mobiliários tem competência para disciplinar e fiscalizar: I — a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado; .....

V — a auditoria das companhias abertas (vide art. 1º, incisos I e V, da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, combinado com o art. 4º, incisos I, IV e VI, e art. 8º, incisos I e V, da mesma lei).

**“Art. 122 —** Compete privativamente à assembléia geral:

I — reformar o estatuto social;

II — eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no número II do art. 142;

III — tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas;

IV — autorizar a emissão de debêntures;

V — suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120);

VI — deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social;

VII — autorizar a emissão de partes beneficiárias;

VIII — deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas;

IX — autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata.

**Parágrafo único —** Em caso de urgência, a confissão de falência ou o pedido de concordata poderá ser formulado pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente a assembléia geral para manifestar-se sobre a matéria.

**Obs.:** O art. 122 da nova lei reproduz, nos seus nove incisos, a mesma matéria que já era objeto de preceituação pelo Decreto-Lei nº 2.627/40.

Nota-se, apenas, que foi dada maior ênfase à competência da assembléia geral para reformar o estatuto, matéria que passou a constituir a primeira das atribuições da assembléia geral, que, para esse fim, será convocada extraordinariamente (vide art. 135).

Ainda, quanto à enumeração do que se inclui na competência da assembléia geral, o art. 122 da nova lei alude, no seu inciso IV, a autorização para emitir debêntures. Mas, novo no dispositivo é apenas o vocábulo "debêntures", eis que o parágrafo único do art. 87 do Decreto-Lei número 2.627/40 fazia referência "à criação e emissão de obrigações ao portador", que outras não eram, senão, as **debêntures** disciplinadas pelo antigo Decreto federal nº 177-A, de 15 de setembro de 1893.

Note-se, no particular, que a Lei nº 6.404/76 fez incluir, no seu texto, toda a disciplina das **debêntures**: artigos 52 a 74, qualificando esses títulos como direito de crédito contra a empresa (art. 52) e usando o título como substantivo feminino "as debêntures" (art. 52).

Novidade de grande alcance prático é a faculdade concedida aos administradores de, em caso de urgência, confessar a falência da empresa ou apresentar, em juízo, pedido de concordata, desde que o façam com a concordância do **acionista controlador**, se houver.

Como **acionista controlador** se entende, segundo a própria lei (artigos 116 e 117),

"a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa, efetivamente, seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia."

Em qualquer caso, os administradores deverão convocar imediatamente a assembléia geral para manifestar-se sobre a confissão de falência ou sobre a impetração da concordata.

A permissão que ora se concede aos administradores é indispensável, se e quando, para evitar a decretação da falência, é necessário impetrar, urgentemente, concordata preventiva. No regime da lei anterior competia à assembléia geral extraordinária **deliberar** sobre a proposta de concordata preventiva ou suspensiva da falência (art. 105, letra f, do Decreto-Lei nº 2.626/40). Sucedia que, devendo mediar oito dias entre a convocação e a realização da assembléia geral, quando esta se realizava para autorizar a proposta de concordata preventiva, já era tarde demais: o protesto de algum título impedia o uso dessa faculdade concedida, por lei, ao devedor comerciante sem título protestado.

É verdade que, na prática, muitas empresas requeriam a concordata preventiva e submetiam à aprovação da assembléia geral, **a posteriori**, o ato praticado no interesse da empresa e dos credores.

Questão relevante que suscita a redação do artigo 122 é a de saber se a enumeração dos atos de competência privativa da assembléia geral, nele mencionada, é, ou não, taxativa.

Entendemos que, se a lei confere à assembléia geral dos acionistas poderes para resolver **todos os negócios relativos ao objeto da companhia** (artigo 121), outros negócios poderão surgir, na vida da empresa, carentes de apreciação pela assembléia geral dos acionistas. A enumeração do artigo 122 não é, pois, exaustiva, nem taxativa. A dificuldade residirá, apenas, em saber se a solução do “negócio” não enumerado no artigo 122 será de competência “privativa” da assembléia geral, ou não.

Finalmente, quanto a esse artigo 122 cabe, ainda, uma observação: é a de que o nº VIII inclui na competência da assembléia geral, ao lado da fusão, transformação ou incorporação, a **cisão**, força da qual se separa da empresa uma parte de seu objeto social e, via de conseqüência, uma parte do patrimônio que está afeto ou pode estar afeto a essa atividade que se desliga das demais atividades, que continuam a existir.

Do ponto de vista **empresarial**, a **cisão** é, necessariamente, uma forma de desconcentração da empresa primitiva, mediante a formação de uma nova sociedade que passa a existir a par da sociedade primitiva (vide a monografia do Prof. RAUL VENTURA, da Faculdade de Direito de Lisboa: “Cisão de Sociedades”, Lisboa, 1974, págs. 6 e 7, e LATSCHA — “La pratique de fusions, scissions et apports partiels” — Paris, 1965, e SIMEON — “Les fusions et scissions de sociétés” — Paris, 1971).

Note-se que a Lei nº 6.404, de 1976, conceitua a cisão como:

“a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão. A sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão” (artigo 229 e seu § 1º, primeira parte).

### Competência para a convocação

“**Art. 123** — Compete ao conselho de administração, se houver, ou aos diretores, observado o disposto no estatuto, convocar a assembléia geral.”

**Obs.:** O dispositivo, com o acréscimo que faz “ao conselho de administração, se houver”, repete o art. 89 do Decreto-Lei nº 2.627/40 e concede, prioritariamente, aos órgãos de direção da empresa, a convocação da assembléia geral, devendo ser sempre observado o que, a tal respeito, dispuserem os estatutos. Estes poderão, é claro, disciplinar, detalhadamente, essa competência dos administradores, que **não é privativa** (vide o disposto nas alíneas **a**, **b** e **c** desse artigo 123), contanto que não o façam com alteração ou abandono das normas legais relativas ao **modo** e **local** da convocação, os quais, a nosso ver, são inderrogáveis por simples normas estatutárias.

Tal-qualmente já dispunha o Decreto-Lei nº 2.627/40, também o novo diploma das sociedades por ações não deu à diretoria da empresa **compe-**

**tência privativa** para convocar as assembléias gerais, eis que permitiu que essa convocação também pudesse ser feita:

a) pelo conselho fiscal, se e quando os órgãos da administração retardarem por mais de um mês a convocação da assembléia geral ordinária;

a. a) ainda, pelo conselho fiscal, se e quando ocorrerem motivos graves ou urgentes a serem deliberados em assembléia geral extraordinária, caso em que o conselho fiscal fará incluir na agenda dos trabalhos da assembléia extraordinária as matérias que o mesmo conselho considerar necessárias (vide artigo 123, parágrafo único, letra a, combinado com o disposto no art. 163, V);

b) por qualquer acionista, quando os administradores retardarem, por mais de sessenta dias, a convocação nos casos previstos em lei ou no estatuto (art. 123, parágrafo único, letra b);

Entendo que esse direito de convocar a assembléia geral compete, também, ao titular de ação preferencial, eis que a estas ações a lei assegura direitos que, se ignorados ou não atendidos pela administração, justificam a convocação de uma assembléia geral que examine e delibere sobre a reivindicação dos acionistas preferenciais (artigo 17, § 4º). Além desse caso, há que considerar que, segundo o **artigo 18**, o estatuto pode assegurar a uma ou mais classes de ações preferenciais o direito de eleger um ou mais membros dos órgãos da administração. Isto, sem falar no direito a eventual convocação da assembléia geral especial a que faz expressa referência o parágrafo único do artigo 18 da lei.

c) por **acionistas**, que representam cinco por cento, no mínimo, do capital votante, quando os administradores não atenderem, no prazo de oito dias, o pedido de convocação que apresentarem, devidamente fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas (artigo 123, parágrafo único, letra c).

O artigo 89 do Decreto-Lei nº 2.627/40, na sua letra **b**, conferia o direito de convocação da assembléia geral a acionistas cujas ações totalizassem mais de um quinto do capital social. Não distinguia entre titulares de ações ordinárias ou de ações preferenciais, mas um percentual de capital que representasse mais de um quinto desse mesmo capital.

A **nova lei** restringe esse direito de convocação às ações com direito de voto (o legislador usa a expressão **capital votante**), mas não é tão exigente quanto ao capital representativo dessas ações, pois se contenta em que esse capital possa ser, apenas, de 5% (cinco por cento) do capital votante, o que é quantia menor do que o da antiga lei.

### **Modo de convocação e local**

Do modo de convocação e do local de reunião dos acionistas da empresa, quando chamados a se reunirem em assembléia geral, cuida o art. 124 da Lei nº 6.404, de 1976. Mas este dispositivo é complementado pelo art.

289, inscrito nas Disposições Gerais e que declara onde deverão ser feitas as publicações.

Ainda, com relação à convocação das assembléias gerais, a Lei nº 6.404, de 1976, não traz muitas novidades, a não ser a regra consignada no § 4º que transformou em preceito legal certa jurisprudência firmada pelas Juntas Comerciais, notadamente a do Estado do Rio de Janeiro.

**Art. 124** — A convocação far-se-á mediante anúncio publicado, por três vezes, no mínimo, contendo, além do local, data e hora da assembléia, a ordem do dia e, no caso de reforma do estatuto, a indicação da matéria.”

**Obs.:** Esse dispositivo reproduz, incompletamente, o artigo 88 do Decreto-Lei nº 2.627/40. E, por essa razão, para bem atender o dispositivo, vale dizer, para saber onde publicar os anúncios-convite, é necessário conjugá-lo com o **artigo 289, in verbis:**

**Art. 289** — As publicações ordenadas pela presente Lei serão feitas no órgão oficial da União ou do Estado, conforme o lugar em que esteja situada a sede da companhia e em outro jornal de grande circulação editado na localidade em que está a sede da companhia.

.....  
§ 2º — Se no lugar em que estiver situada a sede da companhia não for editado jornal, a publicação se fará em órgão de grande circulação no local.”

Dáí se segue que a publicação de editais deverá ser feita, normalmente, no **Diário Oficial** do Estado em que estiver sediada a empresa e em outro jornal de grande circulação, editado na localidade em que está situada a sede da companhia. Se, porém, no local não for editado jornal, a publicação se fará em jornal de grande circulação no local.

Importante assinalar que é indispensável que do anúncio-convite conste, expressamente, toda a matéria a ser tratada na assembléia geral, sendo que, no caso de reforma do estatuto social, a lei não admite nenhuma referência vaga nem imprecisa à reforma estatutária. Antes, quer a lei que o acionista seja **avisado**, com a antecedência legal que estabelece, qual a matéria ou matérias que farão objeto da proposta da diretoria de reforma dos estatutos sociais.

### **Prazo de convocação**

O § 1º do **artigo 124** fixa o prazo de convocação dos acionistas, para a primeira convocação da assembléia e para a segunda convocação, declarando:

“A primeira convocação da assembléia geral far-se-á com oito dias de antecedência, no mínimo, contado o prazo da publicação do primeiro anúncio; não se realizando a assembléia, será publicado **novo anúncio**, de segunda convocação, com antecedência mínima de cinco dias.”

Confrontando-se este texto com o que vigorou na vigência do Decreto-Lei nº 2.627/40, logo se verifica uma alteração substancial: a nova lei estabelece, como regra geral, **duas convocações sucessivas** da mesma assembléia geral, de modo que, se, por qualquer das circunstâncias que a lei enuncia, a assembléia não puder realizar-se em primeira convocação, os acionistas serão novamente chamados a reunir-se numa segunda e última assembléia, que instalar-se-á com qualquer número: **art. 125.**

Mas a lei estabelece um caso em que haverá uma terceira convocação dos acionistas: é o de que trata o § 2º do artigo 136, ou seja, o em que a Comissão de Valores Mobiliários — no caso das companhias abertas — autorizar a redução do **quorum** qualificado para as deliberações da assembléia geral extraordinária de que trata esse artigo 136. A autorização da Comissão de Valores Mobiliários será mencionada nos avisos de convocação, mas a deliberação com **quorum** reduzido somente poderá ser adotada em **terceira convocação.**

Outro aspecto a ser considerado na nova lei é o de que a redação dada ao § 1º do artigo 124 porá cobro às controvérsias a que o correspondente preceito do Decreto-Lei nº 2.627/40 dava lugar, quando dizia, no § 1º do seu artigo 88, que “entre o dia da primeira publicação do anúncio de convocação e o da realização da assembléia geral devia **mediar o prazo mínimo de oito dias**”, o que elevava a dez dias, pelo menos, o tempo necessário para se poder convocar e realizar uma assembléia geral, em primeira convocação. A lei atual declara que a convocação deverá ser feita com oito dias de antecedência, contado o prazo da publicação do primeiro anúncio.

A não ser nas companhias de capital aberto, nas demais o acionista que representar cinco por cento (5%), ou mais, do capital social, será convocado por telegrama ou carta registrada expedida com a mesma antecedência que a lei estabelece para a publicação dos anúncios-convite, desde que tal acionista o tenha solicitado, por escrito, à empresa, com indicação do respectivo endereço (completo) e do prazo em que tal expediente deverá vigorar, prazo que a lei declara não poder exceder de dois exercícios sociais, mas que é renovável.

Importante inovação da lei é a que está consubstanciada no § 4º desse artigo (124), que declara que serão dispensáveis as formalidades do anúncio-convite nos casos em que a administração da empresa saiba que à assembléia geral comparecerá a totalidade dos acionistas. Já assim tinham entendido, no regime do Decreto-Lei nº 2.627/40, algumas Juntas Comerciais, inclusive a do Estado do Rio de Janeiro, considerando regulares e, portanto, mandando **arquivar** atas de sociedades anônimas cujas assembléias se haviam realizado com o comparecimento da totalidade dos acionistas, independentemente da convocação edital, pela imprensa.

Essa liberalidade das Juntas Comerciais, que já agora está adotada pela nova lei, sempre nos pareceu muito contrária aos interesses econômicos que gravitam em torno da empresa, os quais não são, apenas, os dos seus acionistas, mas, também, e principalmente, o dos credores. Estes, se e quando alertados pelo edital de convocação, publicado pela imprensa, verificando que os acionistas estão convocados para deliberar sobre assuntos

que podem prejudicar os credores (v.g., venda ou outorga de garantias reais sobre bens imóveis da empresa), poderão se opor, pelos meios legais, a que isso ocorra. Enquanto que, no caso do comparecimento da totalidade dos acionistas e dispensa do edital, os credores só irão tomar conhecimento de fatos consumados, vale dizer, tardiamente.

Com o objetivo notório de facilitar a vivência das pequenas empresas denominadas "fechadas", a Lei nº 6.404/76 estabeleceu exceções ao dever da administração de publicar anúncios de convocação das assembléias gerais e o fez declarando que "as companhias fechadas que tiverem menos de vinte acionistas, cujo estatuto determinar que todas as ações serão nominativas, não conversíveis em outras formas, e cujo patrimônio líquido for inferior ao valor nominal de vinte mil obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional, poderão convocar a assembléia geral por **anúncio entregue a todos os acionistas**, contra recibo, com a antecedência de oito dias, no mínimo, para primeira convocação e de cinco dias, em segunda convocação, contado o prazo do recebimento do anúncio".

Poderão, ainda, essas companhias fechadas "deixar de publicar pela imprensa o relatório e contas da administração, a cópia das demonstrações financeiras e o parecer dos auditores independentes, se houver", desde que sejam por cópias autenticadas, arquivadas no Registro do Comércio, juntamente com a ata da assembléia geral que sobre eles deliberar (art. 294).

#### **"Quorum" de instalação**

A respeito do **quorum** de instalação da assembléia geral, o artigo 125 da lei reproduz o texto do artigo 90 do Decreto-Lei nº 2.627/40, consagrando o princípio de que a assembléia geral instala-se, em primeira convocação, com a presença de acionistas que representem, no mínimo, um quarto do capital social com direito de voto.

A exceção prevista expressamente na lei se refere ao **quorum** especial para a assembléia geral que tiver por objeto a **reforma do estatuto**, a qual, em primeira convocação, terá que reunir acionistas cujas ações, com direito de voto, representem 2/3 (dois terços), no mínimo, do capital social: **artigo 135**.

Em segunda convocação, a assembléia geral, mesmo para a reforma dos estatutos, reunir-se-á com qualquer número: **artigo 125**, parte final, e **artigo 135**.

Os acionistas, mesmo sem direito de voto, poderão comparecer à assembléia geral e **discutir** a matéria submetida à deliberação: parágrafo único do artigo 125. Considera-se essa participação do acionista na assembléia geral, como direito inarredável seu de fiscalizar a gestão dos negócios sociais: artigo 109, III, e artigo 109, § 2º

#### **Legitimação e representação**

O **artigo 126** da lei disciplina, com minúcia, a legitimação do acionista e sua representação perante a empresa, declarando, de início, no **caput**, que as pessoas presentes à assembléia geral deverão provar a sua qualidade

de acionistas: se titular de **ações nominativas**, mediante prova hábil de sua identidade; se titular de **ações endossáveis**, exibindo, além de documento que comprove a identidade, o certificado das ações ou documento que prove o seu respectivo depósito na sede social da empresa ou em instituição financeira (artigo 126, nº II).

Os titulares de **ações ao portador** exibirão os respectivos certificados ou documento de depósito (artigo 126, III).

Finalmente, os titulares de **ações escriturais** ou em **custódia**, além do documento de identidade, exibirão ou depositarão na empresa, se o estatuto o exigir, comprovante expedido pela instituição financeira depositária (artigo 126, IV). (\*)

## Da representação

A representação do acionista — nas assembléias gerais — será feita, pela nova lei, com mais liberalidade do que no antigo Decreto-Lei nº 2.627/40, eis que, por força do disposto no § 1º do artigo 126, o acionista poderá ser representado nas assembléias gerais por qualquer dos administradores da companhia, o que era formalmente vedado pelo §1º do artigo 91 do Decreto-Lei nº 2.627/40.

Além do administrador, poderão representar o acionista: outro **acionista** ou **advogado**. Se se tratar de sociedade anônima de **capital aberto**, o procurador poderá ser instituição financeira. Em se tratando de ações pertencentes a "Fundos de Investimento", caberá ao administrador do Fundo representar os condôminos.

Assegura a lei qualidade para comparecer a assembléias gerais aos representantes legais dos acionistas. Assim: o pai representará o filho menor; o marido, a respectiva consorte; o tutor, o seu tutelado.

A lei disciplina, com minúcia, no § 2º do artigo 126, os pedidos de procuração e faculta, no subsequente § 3º, desse mesmo artigo, a qualquer acionista, detentor de ações, com ou sem voto, que represente meio por cento, ou mais, do capital social, solicitar relação de endereços dos acionistas aos quais a companhia tenha enviado pedidos de procuração, para o fim de remeter o seu próprio pedido, observadas as condições que a lei estabelece no § 2º desse artigo 126.

## Livro de Presença

O **Livro de Presença** é um dos **livros obrigatórios** que a empresa deve ter (art. 100, VI) e nele, antes de ser declarada aberta a assembléia geral, os acionistas lançarão, de próprio punho, as respectivas assinaturas, mencionando, além do nome, a nacionalidade e a residência, bem como a quantidade, espécie e classe das ações de que forem titulares.

(\*) Das ações escriturais cogitam os artigos 34 e 35 da lei. Como ações escriturais entendem-se as ações, de uma ou mais classes, mantidas em conta de depósito, em nome de seus titulares, na instituição que designar, sem emissão de certificados.

Uma cópia autenticada dos lançamentos desse livro, no referente aos acionistas que tiverem comparecido à assembléia geral cuja ata for submetida a registro, na Junta Comercial, deverá acompanhar a ata.

## **Mesa**

Segundo o **artigo 128** da nova lei, os trabalhos da assembléia geral serão dirigidos por mesa composta de presidente e secretário, escolhidos pelos acionistas presentes. Admite a lei, todavia, que os estatutos possam dispor acerca da composição da mesa, tal-qualmente no regime do Decreto-Lei nº 2.627/40, que delegava aos estatutos a atribuição da formação da mesa.

## **"Quorum" das deliberações**

As deliberações da assembléia geral são tomadas, em princípio, por **maioria absoluta** de votos, não se computando os votos em branco (artigo 129), salvo as exceções previstas em lei.

Assim também era no regime do Decreto-Lei nº 2.627/40, que exigia **quorum** especial nos seguintes casos:

- a) mudança de nacionalidade, em que se exigia a unanimidade dos acionistas (art. 72);
- b) impedimento dos membros da diretoria e do conselho fiscal de votar as contas, balanço e parecer (art. 100);
- c) deliberações da assembléia geral extraordinária para a reforma dos estatutos, nos casos mencionados no art. 105;
- d) deliberação de liquidação da sociedade (art. 137, letra c).

A lei vigente exige **"quorum" especial** nos seguintes casos, entre outros, segundo reza o art. 136:

**"Art. 136 —** É necessária a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito de voto, se maior **quorum** não for exigido pelo estatuto da companhia fechada, para deliberação sobre:

I — criação de ações preferenciais ou aumento de classe existente, sem guardar proporção com as demais, salvo se já previstos ou autorizados pelo estatuto;

II — alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de classe mais favorecida;

III — criação de partes beneficiárias;

IV — alteração de dividendo obrigatório;

V — mudança do objeto da companhia;

**VI** — incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão;

**VII** — dissolução da companhia ou cessação do estado de liquidação;

**VIII** — participação em grupo de sociedades (art. 265).”

Se a empresa não for de capital aberto ou, na expressão da lei, se se tratar de empresa fechada, os respectivos estatutos podem aumentar o **quorum** para a votação das matérias que especifique: § 1º do artigo 129.

Em caso de empate na votação, diz o § 2º do artigo 129, omissos os estatutos ou não prevista neles a solução por meio de arbitragem, o que se deverá fazer é convocar novamente a assembléia geral, decorridos dois meses da assembléia em que se verificou o empate, para que a matéria seja submetida, novamente, à deliberação. Persistindo o empate na votação e não concordando os acionistas em deferir a um terceiro a decisão, a controvérsia terá que ser submetida ao Poder Judiciário, no interesse da empresa.

#### **Atas das assembléias gerais**

No **artigo 130** e seus §§ 1º, 2º e 3º, a lei disciplina, melhormente que o Decreto-Lei nº 2.627/40, a redação das atas das assembléias gerais, pondo termo às lutas que no regime daquele decreto-lei se verificavam entre a minoria e maioria, lutas que tinham campo propício nas assembléias gerais, onde a minoria, com ou sem razão, apresentava protestos que as atas omitiam e que, força de tais omissões, eram impugnadas quando levadas a registro nas Juntas Comerciais. Estas, tal-qualmente o fez a do Estado do Rio de Janeiro, remetiam as partes para o Judiciário, declarando faltar-lhes competência legal para opinar sobre as questões jurídicas (algumas de alta e tormentosa indagação) levantadas nesses protestos e nessas impugnações ao arquivamento das atas das assembléias gerais.

Depois de declarar, no artigo 130, que a ata dos trabalhos da assembléia geral será lavrada em livro próprio para receber as assinaturas dos membros da mesa e dos acionistas presentes, esclarece que, para a **validade da ata** é suficiente a assinatura de quantos acionistas bastem para constituir a maioria necessária para as deliberações tomadas na assembléia.

A ata, reza o § 1º do artigo 130, poderá registrar, de forma **sumária**, os fatos ocorridos, inclusive dissidências ou protestos, e conter, apenas, a transcrição das deliberações tomadas.

Mas, para que assim se possa fazer, isto é, para que a ata registre, apenas, o sumário das ocorrências, a lei determina que:

“os documentos ou propostas submetidos à assembléia, assim como as declarações de voto ou dissidência, referidos na ata, sejam numerados seguidamente, autenticados pela mesa e por qualquer acionista que o solicitar, e arquivados na companhia.”

Figuremos que numa sociedade anônima em que há uma minoria em luta com a diretoria, essa minoria comparece à assembléia geral ordinária e desaprova as contas da administração, apresentando as suas razões de dissidência. A ata poderá ser lavrada com a declaração verdadeira de que as contas foram aprovadas, por maioria legal, abstendo-se a diretoria de votar as suas contas e o conselho fiscal o seu parecer, ficando arquivado na companhia, depois de autenticado pela mesa, o documento apresentado pela minoria. Se, porventura, houver mais de um documento, a mesa os numerará e, a seguir, os autenticará, entregando-os à administração da empresa, para arquivamento.

Se o acionista dissidente apresentar à mesa o documento de impugnação em mais de uma via e pedir que um dos exemplares lhe seja devolvido, depois de autenticado, a mesa assim o fará, cumprindo o disposto na letra **b** do § 1º do artigo 130, *in verbis*:

“a mesa, a pedido de acionista interessado, autenticará exemplar ou cópia da proposta, declaração de voto ou dissidência, ou protesto apresentado.”

A nova lei, no particular, veio de encontro a uma antiga aspiração dos acionistas minoritários que comparecem às assembléias gerais para apresentar protestos ou manifestar as suas discordâncias com a administração. Resta saber até que ponto essa nova franquia concedida aos dissidentes não irá degenerar em tentativa de extorsão, prejudicando a empresa. A melhor solução seria a de confiar à deliberação da própria assembléia geral a inserção, ou não, na ata, de notícia, **ainda que sumária**, que possa afetar o crédito bancário da empresa, com prejuízo para os acionistas, para os credores e para os empregados.

Se suceder que a ata da assembléia geral venha a consignar, no seu contexto, o inteiro teor das dissidências ou protestos apresentados, a lei permite que a administração publique, apenas, um **extrato da ata**, com o **sumário dos fatos ocorridos** e a **transcrição das deliberações tomadas**. É óbvio que, neste caso, se as deliberações tomadas forem no sentido do reconhecimento da improcedência, total ou parcial, das dissidências ou dos protestos apresentados, a leitura integral da ata será favorável à empresa.

### **Espécies de assembléia**

A Lei nº 6.404, de 1976, do mesmo modo que o Decreto-Lei nº 2.627/40, admite duas espécies de assembléias: a que se denomina **ordinária**, que tem por objeto fundamental a apreciação das contas dos administradores da empresa e delibera sobre todas as demais matérias do artigo 132, e a assembléia **extraordinária**, que delibera sobre todos os demais casos que não os previstos, expressamente, no citado artigo 132.

A nova lei, ao referir-se, no **artigo 131**, às espécies de assembléia, declara que a assembléia ordinária e a extraordinária poderão ser convocadas conjuntamente e, ainda, poderão ser realizadas no mesmo local, data e hora (*sic*) instrumentadas em ata única.

Não obstante o texto referir-se à realização das duas assembléias, na mesma data e hora, há que entender-se que uma assembléia será realizada em seguimento à outra, o que não possibilita que o sejam na mesma "hora", mas em tempos sucessivos.

Quanto à lavratura das atas, num só instrumento, a lei, com essa novidade, visa facilitar não só a lavratura das atas, permitindo que sejam fundidas num só documento, como economizar tempo e despesas para o empresário, eis que, se apenas uma ata for lavrada (embora as assembléias tenham sido duas: a ordinária e a extraordinária), os emolumentos, pelo arquivamento, serão os de uma ata apenas, e não duas, como sucedia no regime do Decreto-Lei nº 2.627/40.

### Assembléia geral ordinária

Da assembléia geral ordinária cogita a nova lei nos seus artigos 132, 133 e 134, cada um deles com vários parágrafos, incisos e alíneas. Guardou-se o princípio consagrado no Decreto-Lei nº 2.627/40, ao declarar que, **anualmente**, nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social, a administração da empresa deverá convocar os acionistas para que estes, reunidos na sede da empresa, em dia e hora fixados nos editais-convite, tomem as contas dos administradores, examinem, discutam e votem as demonstrações financeiras (art. 132, I). Nessa oportunidade, e como segundo item da convocação, apreciarão os acionistas os resultados do balanço e deliberação sobre a destinação do lucro líquido do exercício. A esse propósito convém recordar que esse dispositivo da Lei nº 6.404, de 1976, que é o da alínea II do artigo 132, tem que ser entendido em confronto com o § 3º do artigo 176, segundo o qual:

"As demonstrações financeiras registrarão a destinação dos lucros, segundo a proposta dos órgãos da administração..."

A assembléia geral poderá aceitar ou rejeitar essa proposta (art. 176, § 3º, **parte final**) e, rejeitando a proposta, deliberar acerca da destinação do lucro líquido e da distribuição dos dividendos, tal como lhe faculta o artigo 132, II.

Compete, ainda, à assembléia geral ordinária eleger os administradores e os membros do conselho fiscal, fixando-lhes a remuneração e, finalmente, aprovar a correção da expressão monetária do capital social, a que se refere o artigo 167, nestes termos:

"**Art. 167** — A reserva de capital constituída por ocasião do balanço de encerramento do exercício social e resultante da correção monetária do capital realizado (art. 182, § 2º) será capitalizada por deliberação da assembléia geral ordinária que aprovar o balanço."

A lei declara, no seu artigo 132, inciso IV, que cabe à assembléia geral ordinária **aprovar** a correção monetária. Isto, porém, não quer dizer que a assembléia geral, que é soberana, não possa **desaprovar**. Poderá sim. É isto o que se deduz do disposto no § 4º do artigo 134.

## Documentos da administração

Da mesma forma que o fazia o artigo 99 do Decreto-Lei nº 2.627/40, também a Lei nº 6.404, de 1976, obriga os administradores da empresa a avisar aos acionistas, até um mês antes da realização da assembléia geral ordinária, por anúncios publicados por três vezes, no mínimo (art. 124), no **Diário Oficial** do Estado (onde a empresa tem a sua sede) e em outro jornal de grande circulação editado na localidade (art. 289), que se acham à disposição dos acionistas, em sua sede social, os seguintes documentos, dos quais lhes é facultado obter cópias (§ 1º do art. 133):

I — o relatório da administração sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos do exercício findo;

II — a cópia das demonstrações financeiras;

III — o parecer dos auditores independentes, se houver.”

Além de ser obrigada a fornecer cópia desses documentos aos acionistas que o pedirem por escrito (a condição para obter essas cópias é que se trate de companhia fechada e o acionista represente, pelas ações de que é titular, 5% (cinco por cento), ou mais, do capital social — art. 124, § 3º), a administração da empresa **terá que publicar esses documentos** até 5 (cinco) dias, pelo menos, antes da data marcada para a realização da assembléia geral. A exceção do fornecimento de cópias, a publicidade do relatório da diretoria, balanço e contas e do parecer do conselho fiscal já era obrigação dos administradores da empresa desde que entrou em vigor o Decreto-Lei nº 2.627/40.

Uma providência que o legislador adotou (e constava do revogado Decreto-Lei nº 2.627/40) é a que está inscrita nos §§ 4º e 5º desse **artigo 133**, providência que visa facilitar as relações da empresa com os acionistas, quando a administração consegue reuni-los, todos, sem exceção, na assembléia geral ordinária:

— A assembléia geral ordinária que reunir a **totalidade dos acionistas** poderá considerar sanada a **falta de publicação dos anúncios** ou a **inobservância dos prazos** para as publicações de balanço, relatório, contas da diretoria e parecer do conselho fiscal.

— Indispensável, todavia, a efetiva **publicação** desses documentos (balanço, contas e relatório da diretoria e parecer do conselho fiscal) **antes da realização da assembléia geral**.

Pergunta-se: haverá alguma sanção se, embora enviados à publicação, tempestivamente, o órgão incumbido da publicação não o fizer, **até antes da realização** da assembléia geral ordinária, como tem acontecido com a Imprensa Oficial? No regime do Decreto-Lei nº 2.627/40 (cuja disciplina, no particular da comunicação desses documentos aos acionistas era a mesma da Lei nº 6.404, de 1976), as Juntas Comerciais admitiam a legalidade das assembléias gerais ordinárias, ainda quando o relatório e contas da diretoria e o parecer do conselho fiscal, embora enviados para publicação, no **Diário Oficial**, não eram publicados antes da realização da assembléia geral.

Acreditamos que assim continuará a ser, eis que a inobservância do prazo, nesse caso, não é da administração da empresa.

Uma outra novidade da Lei nº 6.404/76, em matéria de comunicação de documentos aos acionistas, é esta:

— Se a administração da empresa fizer a publicação legal (**Diário Oficial** e outro órgão de grande circulação na sede da empresa) do relatório, balanço e contas da diretoria e do parecer do conselho fiscal, até um mês (30 dias) antes da data marcada para a realização da assembléia geral ordinária, é dispensável a publicação dos anúncios a que se refere o artigo 133, ou seja, o aviso aos acionistas de que esses documentos estão à sua disposição na sede da empresa.

É comum, por parte de grande número de empresas de grande porte, enviar aos seus acionistas, pelo correio, com antecedência razoável, publicações contendo o relatório e contas da diretoria; a análise do balanço; o parecer dos auditores independentes e do conselho fiscal. A Lei nº 6.404, de 1976, não impede que essa salutar prática continue. Ao contrário: acreditamos que se coaduna com o novo sistema legal de comunicação “empresa-acionista” dos documentos que a este, como investidor, mais podem interessar: balanço e contas detalhadas do exercício e parecer dos auditores especializados e independentes.

#### **Da realização da assembléia geral ordinária**

O procedimento traçado pela Lei nº 6.404, de 1976, para os trabalhos das assembléias gerais ordinárias (artigo 134 e seus §§ 1º a 6º) não difere muito do que o Decreto-Lei nº 2.627/40 mandava adotar e se integrou nos hábitos de nossos empresários.

Assim é que — verificando a administração da empresa, por qualquer de seus membros para isso credenciados que, pelas assinaturas lançadas no livro de presença, há **quorum** legal para a instalação da assembléia geral ordinária — instala-se a assembléia e procede-se à eleição da mesa que vai dirigir os trabalhos. Isto feito, o secretário da assembléia lerá aos acionistas o edital de convocação para que se recorde a matéria da “Ordem do dia”. Feito isto, será franqueada a palavra a qualquer acionista que poderá, se quiser, pedir seja feita a leitura do relatório da diretoria, balanço e contas e parecer do conselho fiscal e, eventualmente, do parecer dos auditores independentes, se houver. Se for solicitada a dispensa da leitura, pelo fundamento de terem tido esses documentos a publicidade legal, o presidente da assembléia geral os submeterá à discussão, podendo, nesta fase, a administração da empresa, que deverá estar presente (art. 134, § 1º), prestar esclarecimentos que, porventura, lhe sejam solicitados.

Se a assembléia tiver necessidade de outros esclarecimentos, poderá adiar a deliberação e ordenar diligências. Estas deverão ser formuladas por escrito e objetivamente (art. 134, § 2º).

Ainda, com relação a essa fase de debates sobre o relatório da diretoria e suas contas, a Lei nº 6.404/76 diz que a assembléia geral poderá

adiar a deliberação, na hipótese do não-comparecimento de administrador, membro do conselho fiscal ou auditor independente, salvo se os acionistas presentes votarem, regularmente, a dispensa.

Encerrada a fase da discussão, passar-se-á à de votação do relatório e contas da diretoria e parecer do conselho fiscal. Estão impedidos de votar os administradores, quer como acionistas, quer como procuradores (que a lei permite que o sejam) de acionistas. Exclui-se do impedimento a administração quando, nas **sociedades fechadas**, os diretores forem os únicos acionistas: art. 134, § 6º

A aprovação das contas da administração e das documentações financeiras poderá ser feita **sem reservas ou com modificações** (art. 134, §§ 3º e 4º). Se a aprovação se der sem quaisquer reservas, os administradores e fiscais são considerados exonerados de responsabilidade, salvo se, dentro do prazo prescricional de 2 (dois) anos (art. 286), se apurar terem os administradores procedido com dolo, fraude ou simulação, ou induzido em erro os acionistas que lhes aprovaram as contas e demonstrações financeiras: art. 134, § 4º

Se, ao contrário, a assembléia geral aprovar as demonstrações financeiras com **modificações no montante do lucro do exercício ou no valor das obrigações da empresa** (art. 134, § 4º), os administradores são obrigados, por lei, a promover, dentro de 30 (trinta) dias, a **republicação das demonstrações**, com as retificações deliberadas pela assembléia geral.

Se a destinação dos lucros, proposta à assembléia geral pelos órgãos da administração, **não for aprovada**, a lei manda que constem da ata as modificações introduzidas.

Entendemos que — em caso de **recusa** da assembléia geral, de aprovação da proposta da diretoria de distribuição dos lucros — não há, propriamente, modificação, mas **supressão**, o que, todavia, não impede que a manifestação de vontade dos acionistas, na assembléia geral, conste da respectiva ata, o que poderá ser feito, para não causar muito escândalo, nem abalo do crédito, com a simples declaração de que a assembléia geral deliberou manter, em “lucros suspensos”, os lucros postos à sua disposição, nas demonstrações financeiras que lhe forem presentes na mesma assembléia geral. Diz-se toda a verdade, sem necessidade de dar ênfase a uma recusa que poderia deixar mal a administração da empresa.

A ata da assembléia geral ordinária deverá ser submetida a arquivamento na Junta Comercial da sede da empresa e publicada na forma da lei: art. 134, § 5º

#### **Assembléia geral extraordinária**

A Lei nº 6.404, de 1976, cuida, numa seção especial (a seção III, do seu capítulo XI) da assembléia geral extraordinária, seção essa que, repetindo o Decreto-Lei nº 2.627/40, traz, como subtítulo, a expressão — Reforma do Estatuto.

De início, cabe a advertência de que a assembléia geral extraordinária não se limita a tratar de reforma dos estatutos sociais; ela tem poderes para decidir **todos os negócios relativos ao objeto da empresa** (artigos 121 e 122) e, até mesmo, aqueles especificamente mencionados como de competência

da assembléa geral ordinária (artigos 132, 133 e 134), se e quando essa assembléa não é convocada, nem se reúne, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social (art. 132). Ocorrendo essa falha, os assuntos de que se devia ocupar, normalmente, a assembléa geral ordinária, terão que ser discutidos e votados numa assembléa geral extraordinária. Esta é, hoje em dia, a orientação traçada, pacificamente, pelas Juntas Comerciais, que não admitem a arquivamento atas de assembléas gerais ordinárias realizadas **fora do prazo estabelecido na lei.**

### **A reforma dos estatutos sociais**

Ao disciplinar, no artigo 135, a reforma dos estatutos sociais, a Lei nº 6.404/76 ressalta a importância dessa reunião, ao exigir que a assembléa geral extraordinária convocada com esse objetivo "somente se instalará, em primeira convocação, com a presença de acionistas que representem dois terços, no mínimo, do capital com direito a voto". Somente em **segunda convocação** é que essa assembléa poderá instalar-se com qualquer número de acionistas: art. 135.

Os atos relativos a qualquer reforma dos estatutos ficam sujeitos, para valer contra terceiros, às indispensáveis formalidades de arquivamento na Junta Comercial e à publicidade legal. Todavia, com relação a terceiros de boa fé, reza o § 1º do artigo 135, a falta de cumprimento dessas formalidades não poderá ser oposta nem pela empresa, nem por seus acionistas.

Com relação aos **atos de reforma dos estatutos**, a lei manda aplicar as mesmas normas estabelecidas nos seus artigos 97, §§ 1º, 2º e 3º, e 98, § 1º, relativamente à constituição das empresas.

Assim é que, também nos casos de **reforma dos estatutos**, cumpre ao Registro do Comércio (Juntas Comerciais) examinar se todas as prescrições legais foram observadas, notadamente se **no estatuto** se pretendeu incluir cláusulas **contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes.**

De acordo com as determinações constantes do § 1º do artigo 97, se o arquivamento for negado por inobservância de qualquer prescrição ou exigência legal ou por irregularidade verificada no processamento da reforma estatutária, os administradores deverão convocar, imediatamente, nova assembléa geral para sanar a falta ou a irregularidade, ou autorizar as providências que se fizerem necessárias para atendimento das exigências da Junta Comercial.

Com a segunda via da ata da assembléa geral e a **prova** de ter sido sanada a falta ou irregularidade, o Registro do Comércio, vale dizer, a Junta Comercial, procederá ao arquivamento dos atos que consubstanciam e documentam a reforma dos estatutos da companhia.

A criação de sucursais, filiais ou agências, guardará o que, a respeito, dispuserem os estatutos sociais, e o documento que comprove a criação de sucursais, agências ou filiais será arquivado no Registro do Comércio, guardadas as formalidades que as Juntas Comerciais estabelecerem para proceder a esse arquivamento.

Arquivados que tenham sido, na Junta Comercial, os documentos relativos à reforma dos estatutos sociais, os administradores da empresa provi-

denciarão, nos 30 (trinta) dias subseqüentes, a publicação deles, bem como a **certidão do arquivamento passado** pela Junta Comercial. A publicação será feita, obrigatoriamente, no órgão oficial do local da sede da empresa e, facultativamente, em qualquer outro órgão de divulgação, sendo obrigatório o arquivamento, na Junta Comercial, de um exemplar do órgão oficial onde tiver sido feita a publicação legal da reforma estatutária (art. 98, § 1º, da Lei nº 6.404, de 1976).

### “Qorum” qualificado

A lei, no seu art. 136, estabelece, como obrigatório, um **quorum** especial (que denomina **quorum** qualificado) para aprovação, pela assembléia geral extraordinária, de diversas matérias, **taxativamente** enumeradas nos itens I a VIII do art. 136.

O **quorum** qualificado estabelecido como regra geral (eis que, nas sociedades anônimas fechadas, o respectivo estatuto poderá estabelecer **quorum** maior) é o seguinte:

— a aprovação se terá como válida se e quando os acionistas que por ela se manifestarem forem detentores de **ações com direito de voto** que representem, no mínimo, a metade das ações desse tipo (ações com direito de voto): art. 136.

As matérias a respeito das quais é exigido, para sua aprovação, esse **quorum** qualificado são as seguintes:

I — criação de ações preferenciais ou aumento de classe já existente sem guardar proporção com as demais, salvo se já previstos ou autorizados pelos estatutos;

II — **alterações** nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais, ou criação de nova classe mais favorecida.

Para eficácia de deliberação, nos dois assuntos acima referidos, exige a lei (§ 1º do art. 136) **prévia aprovação ou ratificação** por titulares de **mais** da metade da classe de ações preferenciais interessadas, reunidas em assembléia especial, **convocada e instalada** com as formalidades que a lei estabelece para a convocação e instalação das assembléias gerais. A essas assembléias especiais de acionistas titulares de ações preferenciais **não é aplicável** o disposto no § 1º do art. 136 (vide o § 3º desse mesmo art. 136).

As demais matérias, a respeito das quais a assembléia geral extraordinária somente poderá **deliberar** com o **quorum** qualificado do art. 136, são estas:

- a) criação de partes beneficiárias;
- b) alteração do dividendo obrigatório;
- c) mudança de objeto da companhia;
- d) incorporação da companhia em outra, sua fusão ou cisão; e, finalmente,
- e) participação em grupos de sociedades (participação em **holding companies** — arts. 265 a 277).

O **quorum** qualificado a que se refere o art. 136 **poderá ser majorado** pelos estatutos das sociedades ou companhias fechadas, como **poderá ser diminuído** pela Comissão de Valores Mobiliários em se tratando de companhias de capital aberto, cujas ações estejam notoriamente dispersas pelo mercado e cujas três últimas assembléias tenham sido realizadas com a presença de acionistas representando menos da metade das ações com direito de voto (§ 2º do art. 136).

Neste caso, reza ainda o § 2º do art. 136, “a autorização da Comissão de Valores Mobiliários será mencionada nos avisos de convocação e a deliberação com **quorum** reduzido somente **poderá ser adotada em terceira convocação**”.

Sendo a regra geral a de **duas** convocações, apenas, para a realização das assembléias gerais, este caso constitui uma **exceção** que deve ser notada, de modo que a ata não venha a sofrer impugnação pelas Juntas Comerciais, quando apresentada ao respectivo arquivamento.

### **Direito de retirada do acionista dissidente**

O art. 137 da Lei nº 6.404, de 1976, garante ao acionista dissidente o direito de retirar-se da empresa, ao declarar, tal como já o fazia o anterior Dec.-Lei nº 2.627/40 (art. 107) que a aprovação, pela assembléia geral extraordinária, da criação de ações preferenciais (art. 136, nº I); de alterações nas preferenciais (art. 136, nº II); de alteração do dividendo obrigatório (art. 136, nº IV); da mudança de objeto de empresa (art. 136, nº V); da incorporação de empresa em outra, sua fusão ou cisão (art. 136, nº VI); a participação em grupos de sociedades (art. 136, nº VIII) e a dissolução de companhia ou estado de liquidação (art. 136, nº VII) dá ao acionista dissidente o **direito de retirar-se da companhia** mediante reembolso do valor de suas ações. O reembolso é definido no art. 45 da lei e o seu valor é apurado segundo o disposto nos §§ 1º e 2º desse mesmo art. 45.

Para ter assegurado o direito ao reembolso do valor de suas ações, deverá o acionista, segundo dispõe o art. 137 (parte final), reclamar esse reembolso à companhia, no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação da ata da assembléia geral. Esse prazo é de decadência: § 3º do art. 137. Tomar-se-á como base para o cálculo do reembolso o número de ações, ordinárias ou preferenciais, ou ambas de que era o reclamante **titular**, comprovadamente, na data da assembléia geral.

Em se tratando de ações nominativas, não será difícil a prova. Mas, no caso das **ações ao portador**, em que a lei exige que o dissidente **comprove** o número de ações de que era titular, a prova não será tão fácil de fazer.

Finalmente, há a considerar a situação que **poderá resultar** para a empresa se e quando o pagamento do reembolso for de tal monta que, se efetivado, crie risco para a estabilidade financeira da empresa.

Nessa ocorrência, a lei faculta (art. 137, § 2º) aos órgãos da administração, convocar, nos 10 (dez) dias subseqüentes ao término do prazo de 30 (trinta) dias referido no **caput** do art. 137, a assembléia geral para reconsiderar ou ratificar a deliberação que fez objeto da dissidência.

## Assembléias gerais especiais

Há algumas assembléias gerais, nas sociedades anônimas, que foram disciplinadas em separado das demais assembléias, para significar, obviamente, que se trata de assembléias específicas, com normatividade peculiar a cada tipo de reunião de acionistas.

Assim é que a Lei nº 6.404/76 cuida, em separado, da **assembléia geral dos subscritores** do capital social, no processo, a que denominou, de formação da sociedade.

O capital social (art. 7º) poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro. Também já era assim no regime do Decreto-Lei nº 2.627, de 1940: art. 4º.

A avaliação dos bens será feita por 3 (três) peritos ou por empresa especializada, nomeados em **assembléia geral dos subscritores** (art. 8º), convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores.

Essa assembléia instala-se, em primeira convocação, com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social e, em segunda convocação, com qualquer número. Em suas linhas gerais, esse preceito da nova lei reproduz o art. 5º do Decreto-Lei nº 2.627/40. A novidade que a Lei nº 6.404/76 introduziu foi a da avaliação dos bens poder ser feita por **empresa especializada**, o que nos parece acertado e do maior interesse dos subscritores que se reúnem para formar a sociedade anônima.

Os peritos ou a empresa avaliadora, esta pelo seu representante legal, deverão comparecer à **assembléia** que conhecer do respectivo laudo, a fim de prestarem as informações que lhes forem solicitadas.

Nessa assembléia duas situações poderão verificar-se: o subscritor de bens ao capital aceita ou não aceita o valor aprovado pela assembléia. Neste último caso, vale dizer, se não concorda com o valor dado aos seus bens, ficará sem efeito o projeto de incorporação da companhia, como, da mesma forma, a companhia projetada não será constituída se a **assembléia não aprovar a avaliação**.

Mandando a lei que a essa assembléia sejam aplicados os dispositivos do art. 115, §§ 1º e 2º, que disciplinam o **abuso de direito do voto e o conflito de interesses** entre acionistas e a companhia, segue-se:

- a) que o subscritor **não poderá** votar nas deliberações da assembléia relativas ao laudo de avaliação de bens com que vai concorrer para a formação do capital social;
- b) se **todos** os subscritores forem condôminos do bem com que concorrem para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo sem prejuízo, porém, da responsabilidade civil (que será sempre **solidária**: § 6º do art. 8º), nem da responsabilidade penal em que tenham incorrido pelos danos que causarem à companhia, aos acionistas ou a terceiros, por culpa ou dolo na avaliação dos bens (§ 6º do art. 8º).

O antigo Decreto-Lei nº 2.627/40 disciplinava esta matéria quase pela mesma forma pela que o faz a lei vigente, sendo de notar que até da responsabilidade civil e penal dos peritos avaliadores dos bens se cogitava no § 5º do seu art. 5º Os subscritores respondiam, apenas, por culpa ou dolo, mas a **responsabilidade** era, apenas, a **civil**, que a lei mandava fosse idêntica à do vendedor (art. 8º).

### **Assembléia de constituição da empresa**

Na constituição das companhias, por subscrição pública, determina a Lei nº 6.404/76, no seu art. 86, que,

encerrada a subscrição e havendo sido subscrito todo o capital social, os fundadores convocarão a **assembléia geral** cuja função maior é a de deliberar sobre a constituição da companhia (art. 86, nº II).

Há uma particularidade a observar quanto à convocação dessa assembléia geral: é a de que **os anúncios de convocação mencionarão dia, hora e local da reunião** e serão inseridos nos jornais em que houver sido feita a publicidade da oferta de subscrição.

Esta publicidade tem a maior importância, eis que é nessa assembléia que as incorporadoras devem promover a avaliação dos bens, se bens tiverem sido oferecidos para a formação do capital social (vide art. 8º e art. 86, nº I, da Lei nº 6.404/76).

Feita a publicidade em desacordo com essa regra, duas situações poderão verificar-se:

- 1) não obstante desobedecida a norma legal, comparece à assembléia a totalidade dos subscritores. Toma conhecimento dos assuntos, inclusive da avaliação dos bens, e **vota**. Nesse caso, não há **nulidade** a impedir o arquivamento dos respectivos atos no registro do comércio;
- 2) a publicidade feita em jornais outros que não aqueles em que foi feita a oferta da subscrição impede o comparecimento de parte dos acionistas, mas não impede que a assembléia se instale em primeira convocação, eis que para esta a lei exige o comparecimento de **subscritores que representem, pelo menos, a metade do capital social**.

Conjugado esse dispositivo com o § 3º do art. 87, tem-se que a desobediência às normas de publicidade estabelecidas no parágrafo único do art. 86 poderá impedir a constituição da companhia.

### **Instalação de assembléia de constituição da companhia**

A assembléia de constituição instala-se, em primeira convocação, com a presença de subscritores que representem, no mínimo, metade do capital social, e, em segunda convocação, com qualquer número (art. 87).

Nessa assembléa, é lido o projeto de estatutos. Mas estes, diz a Lei nº 6.404/76 (repetindo, no particular, preceito do Decreto-Lei nº 2.627/40, art. 44, § 3º), não poderão ser alterados, nem mesmo pela maioria dos subscritores: § 2º do art. 87 da Lei nº 6.404/76.

Para que a companhia possa ser considerada constituída, é necessário que sejam observadas todas as formalidades legais e que não haja oposição de subscritores que representem mais da metade do capital social, o que é o mesmo que dizer que a constituição da companhia exige aprovação de subscritores que representem mais da metade do capital social: § 3º do art. 87 da Lei nº 6.404/76.

Entre as formalidades legais inarredáveis, está a realização, com entrada de 10%, no mínimo, do valor das ações subscritas em dinheiro, salvo o caso das companhias para as quais a lei exige maior entrada inicial.

O importante saber é que, pela Lei nº 6.404/76, a **parte do capital realizada em dinheiro** terá que ser depositada no Banco do Brasil ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários.

A ata da reunião, depois de lida e aprovada pela assembléa, será assinada por todos os subscritores presentes ou por quantos bastem à validade das deliberações, e arquivada no Registro do Comércio (Junta Comercial).

Se a companhia tiver sido constituída por deliberação de assembléa geral, deverão ser arquivados no Registro do Comércio, não só as atas realizadas pelos subscritores (para a avaliação de bens, se for o caso) que tiverem deliberado a constituição da companhia, como, também, os seguintes documentos:

- a) exemplar do estatuto social assinado por todos os subscritores (art. 88, § 1º), ou, se a subscrição for pública, os originais do estatuto e do prospecto, assinados pelos fundadores, bem como os **jornais** em que tiverem sido publicados;
- b) relação completa, autenticada pelos fundadores ou pelo presidente da assembléa, dos subscritores do capital social;
- c) o recibo do depósito a que se refere o nº III do art. 80 (vide art. 95 da Lei nº 6.404/76).

Compete ao Registro do Comércio examinar se as prescrições legais foram todas observadas na constituição da companhia, bem como se nos estatutos existem cláusulas contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes (art. 97 da Lei nº 6.404/76) e se estão cumpridas as demais formalidades que **outras leis** estabelecem para que os atos institucionais das empresas sejam arquivados nas Juntas Comerciais.

### **Assembléa geral para o caso de dissolução e liquidação da companhia**

A Lei nº 6.404, de 1976, declara no seu art. 206, I, letra c, que a companhia se dissolve por deliberação da assembléa geral, a ser assentada nos precisos termos do art. 136 da mesma lei, ou seja, "mediante" apro-

vação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito de voto, se maior **quorum** não for exigido pelo estatuto da companhia fechada.

Silenciando o estatuto, diz o art. 208 da Lei nº 6.404/76, compete à **assembléia geral** determinar o modo de liquidação e nomear o liquidante e o conselho fiscal que devem funcionar durante o período da liquidação.

O **liquidante** convocará a assembléia geral cada 6 (seis) meses, para prestar-lhe contas dos atos e operações praticados no semestre e apresentar-lhe o relatório e o balanço do estado da liquidação (art. 213).

Tenha-se em vista, porém, que segundo dispõe, expressamente, o § 2º do art. 213, no **curso da liquidação judicial**, as assembléias gerais necessárias para deliberar sobre os interesses da liquidação serão convocadas por ordem do juiz, a quem compete presidi-las e resolver, sumariamente, as dúvidas ou litígios que forem suscitados.

As atas das assembléias gerais serão, por cópias autênticas, apensadas ao processo judicial.

Note-se que nas assembléias gerais da companhia em liquidação **todas as ações gozam de igual direito de voto**, tornando-se ineficazes as **restrições ou limitações** porventura existentes em relação às ações preferenciais ou ordinárias (vide o § 1º do art. 213).

**Sem expressa autorização de assembléia geral, o liquidante não poderá gravar bens e contrair empréstimos**, salvo quando indispensáveis ao pagamento de obrigações inadiáveis, **nem prosseguir** na atividade social (art. 211, parágrafo único), devendo ele usar, em todos os atos ou operações, a denominação social seguida das palavras **em liquidação**.

A assembléia geral tem poderes absolutos no que concerne à partilha do ativo entre os acionistas, depois de pagos **todos** os credores (art. 215).

É facultado à assembléia geral aprovar (art. 215, § 1º), pelo voto de acionistas que representem 90% (noventa por cento), no mínimo, das ações, depois de pagos ou garantidos os credores, **condições especiais** para a partilha do ativo remanescente, com a atribuição de bens aos sócios, pelo valor contábil ou outro por ela fixado.

#### **Prestação de contas do liquidante à assembléia geral**

Pago o passivo e rateado o ativo remanescente, o liquidante convocará a **assembléia geral** para a prestação final das contas (art. 216 da Lei nº 6.404/76), encerrando-se, com a aprovação das contas, o período da liquidação e a extinção da companhia (art. 219, nº I).

É facultado por lei (§ 2º do art. 216) ao acionista dissidente, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da ata, promover a ação que lhe couber.

#### **A transformação**

É a operação mercantil, força da qual a sociedade passa, independentemente da dissolução e liquidação, de um tipo para outro (art. 220, exige,

em princípio, o **consentimento unânime dos acionistas**, manifestado em assembléia geral, que terá que ser convocada, na forma legal, mencionando os editais de convocação, expressamente, o objeto da convocação.

### **A incorporação, a fusão ou a cisão**

Podem ser aprovadas entre sociedades de tipos iguais ou diferentes. Mas, se se tratar de iniciativa de uma sociedade anônima, a incorporação, a fusão ou a cisão terão que ser **deliberadas em assembléia geral** e pela forma prevista para a alteração dos respectivos estatutos sociais, ou seja, com a observância do **quorum** especial do art. 135 e do art. 136.

As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembléia geral das companhias interessadas (art. 225), mediante justificação, na qual serão expostos:

I — os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização;

II — o valor do reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes (n.º IV do art. 225). A justificação abrangerá, ainda, os esclarecimentos mencionados nos n.ºs II e III desse mesmo art. 225.

### **A fusão**

A fusão apresenta aspecto peculiaríssimo a ser observado pelas assembléias gerais de cada uma das companhias que se vão fundir. E o aspecto é este: a assembléia geral, depois de aprovar o protocolo relativo à fusão, elegerá os peritos que avaliarão os patrimônios líquidos das empresas. Apresentados os laudos respectivos, os administradores convocarão os acionistas das sociedades para se reunir em **assembléia geral** que tomará conhecimento dos laudos e resolverá sobre a constituição definitiva da nova sociedade (art. 228, § 2º). Essa avaliação reveste-se de particular importância, eis que a **fusão de sociedades** constitui um dos casos em que o acionista tem o direito de retirar-se da sociedade, mediante o **reembolso de suas ações** (art. 136, nº VI, combinado com o art. 45).

Constituída a nova companhia, competirá aos primeiros administradores promover o arquivamento, na Junta Comercial, dos atos da fusão e dar a publicidade legal a esses atos, inclusive da certidão de arquivamento, fornecida pela Junta Comercial.

### **A cisão**

É a operação pela qual a companhia transfere parcelas de seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes (art. 229) e só poderá ser efetivada, mediante prévia aprovação por uma **assembléia geral motivada** (art. 225).

Para que haja operação de cisão (com versão de parcela do patrimônio em sociedade nova), terá que ser deliberada por uma **assembléia geral especial**, à qual será lida a justificação da administração, que incluirá todas as informações enumeradas no **art. 224**.

A assembléa geral, se aprovar a cisão, nomeará os peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida e **funcionará como assembléa de constituição da nova companhia.**

Efetivada a cisão com **extinção da companhia cindida**, caberá aos administradores das sociedades que tiverem absorvido parcelas de seu patrimônio promover o arquivamento e publicação dos atos da operação (§ 4º do art. 229).

### **Ação para anular as deliberações das assembléas gerais**

O art. 286 da Lei nº 6.404, de 1976, declara que prescreve em dois (2) anos a ação para anular as deliberações tomadas em **assembléas geral** ou especial, irregularmente convocadas ou instaladas, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, contado o prazo da deliberação que se quer anular.

O antigo Decreto-Lei nº 2.627/40 estabelecia, para essa mesma ação, o prazo de 3 (três) anos, contado da publicação da ata ou da deliberação (art. 156).

A ação do art. 286 da Lei nº 6.404, de 1976, cabe para anular deliberação de assembléa geral que tiver aprovado balanço de contas, eis que essa aprovação não exonera os administradores, se os acionistas puderem provar que assim se manifestaram por erro, dolo, fraude ou simulação (§ 3º do art. 134).

### **A assembléa geral e a responsabilidade civil dos administradores**

A assembléa geral tem competência para deliberar acerca da **ação de responsabilidade civil** contra o administrador pelos prejuízos causados ao seu patrimônio: art. 159.

Essa deliberação poderá ser tomada em assembléa geral ordinária (§ 1º do art. 159), mas poderá sê-lo, também, em assembléa geral extraordinária nestes dois casos:

I — se prevista na respectiva ordem do dia;

II — se for conseqüência direta de assunto incluído na ordem do dia.

Qualquer acionista é parte legítima para intentar a ação se esta não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembléa geral.

Se a assembléa geral deliberar não promover a ação, poderá a mesma ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas que tiver feito, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados.

Reconhece, aqui, a nova lei a aplicação da correção monetária a uma **dívida de quantia**, o que não é admitido pelos tribunais, por falta de lei que autorize aplicar a correção monetária nas dívidas de quantia.

# A cisão parcial e a responsabilidade tributária

(Interpretação do parágrafo único do art. 233 da  
Lei n.º 6.404-76)

ARNOLDO WALD

1. A cisão surgiu no direito contemporâneo como uma forma de transferência parcial ou total do patrimônio de uma sociedade para outra ou outras, na qual a sociedade que se divide desaparece, passando os seus bens e obrigações para novas empresas (no caso da cisão total), ou sofre redução do seu capital (cisão parcial), passando uma parte do seu patrimônio para outra empresa. É, assim, possível que haja a extinção da sociedade primitiva, com o surgimento de duas novas empresas (cisão total), ou que perca a empresa antiga, com capital reduzido, ao lado de nova empresa (cisão parcial). A cisão também pode beneficiar empresas já existentes, operando-se então uma espécie de cisão-fusão.

2. Trata-se de um procedimento de desconcentração da empresa, com a finalidade de reorganização industrial, de racionalização ou de especialização, sendo a sua estrutura simétrica à fusão, que o direito já consagra há muito tempo. Algumas legislações preferem denominar a cisão parcial de desincorporação ("scorporazione" no direito italiano). Teríamos, assim, respectiva e simetricamente a fusão e a cisão, a incorporação e a desincorporação, que a nova legislação brasileira preferiu denominar cisão parcial.

3. Até 1966, o direito estrangeiro não regulamentou a cisão parcial ou total, sendo, todavia, admitida pela jurisprudência e pelos órgãos administrativos como uma forma atípica de transformação das sociedades. Decompunha-se então a cisão em dois momentos distintos e sucessivos: a redução do capital social (cisão parcial) ou a extinção da sociedade (cisão total) com a entrega dos bens aos acionistas e, em seguida, a formação, com esses bens, pelos mesmos acionistas, de nova (ou novas) sociedade(s). A dificuldade do procedimento então adotado decorria de sua maior complexidade e das eventuais implicações fiscais que oneravam a operação.

4. Logo após a Segunda Guerra Mundial, a doutrina e a jurisprudência italiana foram admitindo gradativamente a licitude da cisão, desde que resguardados adequadamente os direitos dos credores e dos acionistas (V. *Società per Azioni, Casi e Materiali di diritto commerciale*, coleção dirigida por F. Bonelli e outros, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, vol. 2, pág. 1.904).

5. Coube, todavia, ao direito francês regulamentá-la, de modo específico, estabelecendo o regime de garantias dos credores em tal hipótese. Efetivamente, o Código francês das Sociedades, de 24 de julho de 1966, tratou dos vários tipos de transformações de sociedades, fazen-

do referências especiais à fusão, à fusão-cisão e à cisão propriamente dita.

6. O art. 385 do Código francês estabeleceu a solidariedade das empresas oriundas da cisão ou beneficiárias da mesma em relação aos débitos da empresa cindida. O art. 386 admitiu, todavia, que fosse estipulada a exclusão da solidariedade, caso em que os credores poderiam impugnar a operação. Diz o mencionado artigo, que inspirou o nosso legislador:

“Par dérogation aux dispositions de l'article précédent, *il peut être stipulé* que les sociétés bénéficiaires de la scission ne seront tenues que de la partie du passif de la société scindée mise à la charge respective et *sans solidarité entre elles*.

En ce cas, les créanciers non obligataires de la société scindée peuvent *former opposition* à la scission dans les conditions et sous le effets prévus à l'article 381, alinéas 2 et suivants.”

7. O prazo da impugnação foi fixado pelo direito francês em 30 dias (art. 261 do Decreto nº 67.236, de 23-3-1967), entendendo, outrossim, a lei que é válida a estipulação de vencimento antecipado do débito, no caso de fusão ou cisão.

8. A legislação francesa também esclarece que, no caso de cisão, a substituição de devedor não envolve novação (art. 385). Diante da impugnação do credor, os tribunais franceses determinam o pagamento imediato do crédito ou a concessão de garantias adequadas, a menos que seja provado, pelo devedor, que a fusão em nada afetou a situação do crédito (art. 381 do Código das Sociedades com o acréscimo decorrente da Lei nº 67.559/1967).

9. A jurisprudência francesa tem considerado que o art. 386, que admite a exclusão de solidariedade no caso de cisão, não deve prevalecer em caso de fraude contra credores, tendo a Corte de Cassação, em acórdãos de 1967, 1970, e 1971, entendido que, na hipótese de fraude, a cisão se torna inoponível aos credores.

10. Comentando essas decisões, o Professor ROGER HOUIN teve o ensejo de esclarecer que:

“Il n'est pas sans exemple qu'un scission de société ait un but de *fraude* à l'égard des créanciers de celle-ci, surtout lorsqu'elle n'est pas dans une bonne situation financière: une partie substantielle de l'actif est apportée à l'une des sociétés nouvelles, tandis que l'autre prend en charge la totalité du passif. *Une jurisprudence constante décide qu'une telle fraude rend la scission inopposable aux créanciers sociaux qui conservent le droit de recourir contre les deux sociétés nouvelles.*” (*Revue trimestrielle de droit commercial*, janeiro-março 1972, pág. 59.)

11. No Brasil, os direitos dos credores na cisão foram resguardados pelo art. 233 e parágrafo único da Lei nº 6.404, que tem a seguinte redação:

“Art. 233 — Na cisão com extinção da companhia cindida, as sociedades que absorverem parcelas do seu patrimônio respon-

derão solidariamente pelas obrigações da companhia extinta. A companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão.

*Parágrafo único* — O ato de cisão parcial poderá estipular que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida serão responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre si ou com a companhia cindida, mas, nesse caso, qualquer credor anterior poderá se opor à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de noventa dias a contar da data da publicação dos atos da cisão.”

12. O problema surge na hipótese do Fisco não proceder à notificação no prazo de noventa dias, após a publicação dos atos da cisão, cabendo definir quais os efeitos dessa eventual omissão no plano tributário.

13. Acresce que o Fisco tem um tratamento legal próprio que decorre do Código Tributário Nacional, lei complementar, que estabelece uma proteção especial para os créditos tributários nos seus artigos 123, 184 e 185, cuja redação é a seguinte:

“*Art. 123* — Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.”

“*Art. 184* — Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

*Art. 185* — Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

*Parágrafo único* — O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução.”

14. Tendo o artigo da nova Lei das Sociedades Anônimas sido inspirado nas disposições do Código francês das Sociedades, devem prevalecer, em nossa legislação, os mesmos princípios já consagrados na França. Assim, admite-se que as partes possam contratualmente afastar a exclusão da solidariedade prevista no art. 233, na forma do seu pará-

grafo único, que é norma dispositiva, e considera-se, outrossim, a mencionada exclusão inoponível aos credores e anulável a cisão, no caso de fraude, nos precisos termos dos artigos 106 e seguintes do nosso Código Civil.

15. Conseqüentemente, examinando os diversos créditos que as pessoas jurídicas do direito público podem ter contra as empresas e que poderiam ser afetados pelo parágrafo único do art. 233, chegamos, pois, à seguinte conclusão:

a) no tocante aos créditos tributários não se aplica a faculdade prevista pela Lei das Sociedades Anônimas, prevalecendo as normas do Código Tributário Nacional e, especialmente, os artigos 123, 184 e 185 por serem de ordem pública, contidos em lei complementar e constituírem norma de direito especial em relação à norma societária;

b) em relação aos créditos não tributários passíveis de inscrição em Dívida Ativa, deverá o Estado tentar recebê-los mesmo no caso de cisão, com base na sua equiparação aos créditos tributários;

c) quanto aos preços públicos e obrigações contratuais, poderá haver a estipulação de norma afastando previamente a aplicação do art. 233, parágrafo único.

16. A fim de ficar esclarecido que o art. 233, parágrafo único, não deve prevalecer em relação à Dívida Ativa, continuando a vigorar, na matéria, mesmo em caso de cisão, as disposições do Código Tributário Nacional, poderia ser feito ofício ao Ex.<sup>mo</sup> Sr. Procurador-Geral da República, para que, nos termos da nova redação dada ao art. 119, inciso I, letra l, da Constituição Federal, pela recente Emenda nº 7, represente ao Excelso Supremo Tribunal Federal, a fim de ser interpretado o art. 233, parágrafo único, da Lei nº 6.404, com a finalidade de ser declarada a inoponibilidade da estipulação das partes aos créditos que constituem a Dívida Ativa das Pessoas Jurídicas de Direito Público.

17. Com referência aos preços públicos e às obrigações contratuais, poderá ser incluída nos atos normativos reguladores e nos atos jurídicos celebrados com as partes, disposição ou cláusula com a seguinte redação:

“As partes renunciaram à faculdade que lhes assegura o art. 233, parágrafo único, da Lei nº 6.404, importando a cisão da empresa contratante em vencimento antecipado da dívida e responsabilidade solidária das empresas beneficiárias da cisão e da empresa cindida, qualquer que seja a forma da operação realizada.”

18. As disposições ora sugeridas visam evitar que as novas técnicas criadas pela Lei nº 6.404 possam ensejar a fraude fiscal. Embora a finalidade fraudulenta importe em viciar o ato, parece-nos importante ressaltar adequadamente a posição do Fisco, para que não dependa da apreciação casuística das provas existentes em cada hipótese.

# O abandono do lar conjugal como causa de dissolução matrimonial

DOMINGOS SÁVIO BRANDÃO LIMA

Desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso e Professor Catedrático do Departamento de Direito da Fundação Universidade Federal de Mato Grosso

## SUMÁRIO

Introdução — 1. — Etimologia. 2. — Origem no Direito Romano. 3. — Origem no Direito Canônico. 4. — Coabitação: prazer ou dever? 4.1 — Caracteres; reciprocidade; duração; fixação do domicílio conjugal. 5. — O prazer conjugal. 6. — Conseqüências do descumprimento da coabitação: 6.1 — o domicílio conjugal; 6.2 — o débito conjugal. 7. — O abandono do lar conjugal — panorama do Direito comparado. 8. — Idéias gerais em nosso Direito. 9. — Conceito. 10. — Abandono do lar e abandono da família. 11. — Abandono: classificação e requisitos; 11.1 — saída do domicílio conjugal; 11.2 — voluntariedade desta saída; 11.3 — sem o consentimento do outro cônjuge; 11.4 — com o intuito de romper a vida em comum; 11.5 — que esta circunstância se prolongue por dois anos contínuos; 11.6 — abandono malicioso. 12. — Relacionamento do abandono do lar conjugal com a injúria grave. 13. — O abandono do lar conjugal na jurisprudência nacional. 14. — Conclusões.

## Introdução

O casamento não é apenas uma convenção, uma palavra empenhada, um elenco de obrigações e direitos assumidos, a mais singular e abrangente sociedade, cuja dilação todos reputamos necessária para a realização dos valores básicos da sociedade civilizada. Afigura-se-nos, antes

de tudo, uma contínua renovação de estímulos, uma relação entre duas pessoas, dinâmica, progressiva e vívida, onde cada um dos cônjuges reconhece, advoga e pratica a necessidade da vida em comum. Sua existência ou conservação independe de texto legal, não se arrima na impossibilidade de dissolução do vínculo matrimonial ou nos dogmas religiosos.

O homem hodierno tem consciência de sua evolução. Recusa-se a aceitar passivamente os antigos e invioláveis tabus. Repele a intolerância do "anathema sit". Proclama o "é proibido proibir". Quer a luta pela liberdade de sua vida, em todos os mais diversos setores. A vontade, exclusivamente a vontade de permanecerem casados e de assim se comportarem, essa a única vivificante seiva, alentadora das vantagens da união, é que robustece, acentua o raquitismo ou decreta a morte do matrimônio.

Quando nos encontramos na presença de uma das causas taxativas, estabelecidas pelo Código Civil para alicerçar a separação conjugal, podemos adiantar, com quase absoluta certeza, que um ato dessa transcendência resulta, mais das vezes, do final de um longo e penoso processo de desacerto e desmoronamento gradativo do lar conjugal, nunca de um ato súbito e inconsulto.

O abandono voluntário do lar conjugal, o descumprimento do dever de convivência, representa, em nosso Brasil, a causa que maior contribuição traz à desagregação dos casais.

Segundo o Anuário Estatístico Brasileiro de 1975, durante o exercício de 1973, foram requeridos no País 13.689 desquites, dos quais 10.629 foram por mútuo consentimento e 3.070 litigiosos, destes 1.525 o foram por abandono voluntário do lar conjugal, restando 742 por sevícia ou injúria grave, 725 por adultério e 68 por tentativa de morte.

Somente no Rio, de 1966 a 1976, os desquites amigáveis atingiram a 32.092 e os litigiosos a 11.681, totalizando 43.773.

Observando os exercícios anteriores, confirmamos também que esta causa se mantém em faixa superior às outras três, dando-nos justificação para um estudo mais profundo a respeito da matéria.

## 1. Etimologia

Para expressar o verbo **abandonar**, os romanos utilizavam-se de diversos vocábulos, entre outros, **derelinquere** (abandonar, deixar, desamparar), **desérere** (abandonar, desamparar), **discédere** (separar-se, ausentar-se, divorciar-se, renunciar, fugir), **dimittere** (enviar, licenciar, afastar, renunciar, abandonar), **cédere** (ir, ir-se embora, renunciar à posse, desaparecer, mudar-se, ceder), **omittere** (pôr de parte, abandonar, desamparar, negligenciar), que, entretanto, não tinham uso no Direito de Família, onde não era necessária a coabitação efetiva dos esposos, exigindo-se tão-só que a mulher estivesse à disposição do marido, que estivesse instalada em sua casa.

Usaram ainda o vocábulo **ausência**, originário de **absentia** (de **absum**, **abes**, **abfui**, **abesse**), composto de AB (preposição que usada como prefixo designa ausência, privação, falta) e SUM (verbo **esse** — ser, estar, viver, morar, residir, encontrar-se), significando estar fora, afastado, fazer falta a alguém, não o auxiliar, afastamento de uma pessoa do lugar de seu domicílio ou do local onde deveria encontrar-se.

O termo **abandono**, adotado desde o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, consagrado no texto legal e de largo uso lusitano, significando deixar de todo, abrir mão, desprezo, desamparo total, renúncia, desleixo, traduzindo sempre o sentido de renúncia ou intenção de abdicar de seus direitos, provém de **abandonner**, **abandon**, constituído da locução **laisser à bandon** ou **à ban donner**, deixar em poder de alguém. **Bandon** = poder, autoridade; **ban**, livre uso, originário do germânico **bann** = mando, jurisdição — deixar sem poder, sem força.

Seus significados não têm o mesmo sentido jurídico. “Fato de alguém não se encontrar no local em que a sua presença é reclamada, mas havendo a possível certeza de sua existência (não presença ou ausência simples)”, “alguém ter desaparecido do seu domicílio, sem que se saiba, tanto o seu provável paradeiro, como se é vivo ou morto (ausência qualificada)” ou “no sentido restrito do desaparecimento dum indivíduo do seu domicílio ou da sua residência, ou do local da sua última habitação, sem deixar rasto algum do seu paradeiro, nem havendo notícias diretas ou indiretas de sua existência ou da sua morte.” (1)

Em Direito de Família, **ausência** expressa uma prolongada, mas involuntária interrupção da sociedade conjugal. Ao passo que **abandono** implica fato revelador da intenção de faltar ao dever da vida comum, um afastamento intencional, sem o intuito de regresso, uma atitude fundamentalmente negativa, o desaparecimento de todo o dever conjugal. O abandono significa qualquer afastamento do lar conjugal, com intenção manifesta de romper a convivência, de subtrair-se ao dever de coabitação e suas implicações.

Para os romanos, a cessação do matrimônio implicava em divórcio, o desaparecimento de uma das vontades ou de ambas em conservá-lo. A separação ou cessação da relação conjugal tanto podia resultar de **capitis deminutio maxima** — a perda da liberdade, que acarretava a destruição da personalidade jurídica e dos direitos patrimoniais, a **capitis deminutio media** ou a perda da capacidade civil e, conseqüentemente, da família, do desaparecimento por morte, deserção, como podia representar um fator impeditivo da **manus pelo usus**.

Existiu, no Direito Romano, um caso de “ausência” que sancionava a dissolução irremediável do matrimônio pela perda do **connubium** — o cativo. Era mais uma imposição de um povo guerreiro, uma pena imposta aos soldados que não lutavam com a bravura necessária e caíam prisioneiros do inimigo, uma sanção às **res facti** do que mesmo uma au-

(1) CUNHA GONÇALVES, Luiz da — “Tratado de Direito Civil” — São Paulo — Max Limonad — 1955 — vol. II — tomo 1/78 e 80 — n.º 141.

sência ou um abandono do lar conjugal, fato que o divórcio resolvia sem implicações.

Como a escravidão acarretava a perda da personalidade, a captura do cidadão romano em guerra externa redundava na suspensão de todos os seus direitos até o seu regresso ou a sua morte.

Segundo uma tradição fundada na equidade e admitida no Direito, o prisioneiro deixa de ser escravo, quando escapa e retorna ao seu lar, desfrutando do **jus postliminii**. Por esta ficção, o efeito de seu cativo desaparece retroativamente, repondo o cidadão na condição jurídica em que se encontrava, como se não houvesse caído em poder do inimigo.

Esta ficção, que opera no direito, contudo, não podia reagir sobre os fatos. Portanto, se o prisioneiro possuía bens, ficava interrompida a sua posse, apesar do retorno; se era casado, o **postliminium** não restabelecia seu matrimônio, dissolvido pelo cativo.

## 2. Origem no Direito Romano

Não podemos deixar de reconhecer que o direito matrimonial civil sofreu marcantes influências do Direito Canônico, esse direito confessional destinado ao governo de uma sociedade eclesástica — a Igreja Católica e à disciplina de seus seguidores. Mesmo assim, como acentua RUGGIERO (2), o casamento civil “é completamente diferente pela sua estrutura jurídica, do matrimônio romano, que é seu antecedente histórico” e “profundamente diversa é a concepção do Direito Canônico, que repousa sobre fundamentos e bases distintas”.

Não obstante asseverar o ilustre Professor da Universidade de Nápoles que “o matrimônio de nosso Direito Civil não é o romano nem o canônico, mas o resultado de uma larga e complexa evolução”, demonstra que só obteremos um conhecimento preciso do instituto se nos detivermos a pesquisá-lo em suas origens romana e canônica.

Por isso, sempre tentamos, antes de qualquer penetração mais acentuada neste instituto civil, dar uma visão sucinta destes dois aspectos.

No Direito Romano, a convivência não figurava entre os requisitos indispensáveis ao matrimônio. Diversamente do matrimônio hodierno, o romano não requer o consentimento inicial, exigindo apenas que ele seja contínuo ou duradouro. Além disso, não o subordina a qualquer solenidade, como celebração ante autoridade civil ou redação de documento comprobatório. Basta a existência da **affectio maritalis** — a intenção de ser marido e mulher, o propósito de conservar o casamento, a determinação de se manterem unidos, renovada quotidianamente, para que o matrimônio exista.

O sistema jurídico matrimonial era baseado exclusivamente na vontade e a ausência deste elemento não implicava em abandono, mas em

( 2) RUGGIERO, Roberto de — “Instituciones de Derecho Civil” — Madrid — Reus — tomo II — vol. II/61 e 63.

divórcio que, como o matrimônio não consistia em ato jurídico, tampouco podia ser caracterizado como tal.

Razão incontestável assiste a SCHULZ <sup>(3)</sup> quando sentenciou: "o Direito Romano sobre o divórcio é, na realidade, a pedra angular sobre a qual descansa a constituição jurídica de Roma". JORS <sup>(4)</sup> achou "pouco provável que o matrimônio romano tenha sido indissolúvel em alguma de suas etapas históricas", exatamente por remediar todas as situações que o matrimônio pode encerrar.

Os romanos não possuíam modos ou formas de matrimônio, senão modos ou formas de criação da **manus maritalis**, a saber, **confarreatio**, **coemptio** e **usus**.

**Usus** representava a maneira mais simples e conveniente de uma união marital. Seu conceito era mais amplo que o da **possessio** (posse) e o antecede. Significava, originariamente, "exercício de fato de um poder sobre uma coisa ou sobre uma pessoa que obedece à lei de outra **manus**". <sup>(5)</sup>

No Direito republicano, quando o matrimônio tinha sido celebrado sem **confarreatio** ou **coemptio**, aplicavam-se as normas referentes à **usucapio** e a **manus** era adquirida pelo marido mediante **usu**, isto é, conservando a mulher em seu poder durante o prazo de um ano, tempo necessário para usucapir coisas móveis. A mulher podia interromper, deliberadamente, esta **usucapio**, se permanecesse ausente da casa do marido durante três noites consecutivas: era a **usurpatio trinoctium** ou a **usurpatio trinociti**, a interrupção de três noites da vida em comum.

Este era o único caso de "ausência" que os romanos chamavam **usurpatio**, uso ou emprego, pois desconheciam a instituição da ausência, como a conhecemos hoje. Seus alicerces surgiram na prática medieval, que considerou como término ordinário da vida humana a idade de setenta anos, tal como se diz no Salmo 89, 10: "setenta anos é o total de nossa vida, os mais fortes chegam aos oitenta". Diante dessa prática, presume-se morto o ausente de quem se não possui mais notícias, quando atingir esta idade. Se o ausente já completou esta idade quando desapareceu, presume-se morto cinco anos após o seu desaparecimento.

Os romanos também desconheciam o abandono do lar conjugal. O sustentáculo matrimonial era a **affectio maritalis**, pouco importando se viviam ou não juntos. Ao rompimento ou cessação desta vontade dava-se o nome de divórcio ou repúdio, conforme fosse bilateral ou unilateral.

Os imperadores cristãos principiaram por impor um paradeiro à liberdade divorcista. Constantino estabeleceu o sistema das **ilustae causae** para o repúdio, enumerado na Constituição do ano de 331. Teodósio e

( 3 ) SCHULZ, Fritz — "Derecho Romano Clássico" — Barcelona — Bosch, 1960, pág. 100, n.º 181.

( 4 ) JÖRS, Paul — "Derecho Privado Romano" — Barcelona — Editorial Labor — 1965, pág. 389, § 177.

( 5 ) IGLESIAS, Juan — "Derecho Romano — Instituciones de Derecho Privado" — Barcelona — Ariel — 1958, pág. 289, § 65.

Valentiniano, em Constituição de 421 e 499, restabeleceram os sistemas das *culpa*, modificado por Juliano, punindo os que repudiassem *sine ulla causa*.

Em sua Novela 117, Justiniano permitiu ao marido repudiar sua mulher se "contra a vontade do marido, ela permanece fora do lar, salvo se for em casa dos próprios pais". (6)

No *divortium ex iusta causa*, Justiniano não considerou o afastamento do lar conjugal pelo marido e o *divortium bona gratia*, fundado em causa não originária de culpa do outro cônjuge, estabeleceu a impotência incurável, o voto de castidade e o cativo de guerra.

Mesmo assim, a legislação justiniânica só permitia ao cônjuge livre contrair novas núpcias após o transcurso de um quinquênio do tempo do aprisionamento e sempre que não se tivessem notícias do *captivus*. Aboliu ainda a ausência do condenado *ad metalla* ou *ad opus metali*, para manter firme o matrimônio.

Portanto, somente com Justiniano é que a legislação reconheceu o abandono do lar conjugal por parte da mulher, nada prevendo contra o marido.

### 3. Origem no Direito Canônico

O cristianismo, cujo desenvolvimento na sociedade romana foi sucessivo, desde o século X passou a intervir nas causas matrimoniais.

"Perseguido antes de ser dominante, dominante antes de ser universal, dono das almas antes de chegar a ser dono das instituições, esteve submetido à luz temporal do progresso das coisas deste mundo." (7) Mas, quando dominou, soube ser tão intransigente e fanático quanto o foram seus adversários. O combate mais renhido foi travado com o Direito Civil, que nunca foi batido inteiramente. O divórcio foi a última cidadela, disputada com pertinácia. Aí, a filosofia cristã encontrou tremenda resistência e dificuldades sem conta, pois, diante da conceituação romana do matrimônio, o divórcio era um acontecimento lógico, cujos excessos somente os costumes podiam dosar.

Merece citação integral as palavras de SANTONJA (8): "a lei canônica, como qualquer outro sistema legal, se aproxima de uma realidade que nunca pode refletir exatamente. Dentro de sua finalidade se refletem aspectos aceitáveis e aceitos pela sociedade a que serve. Mas como a sociedade evolui, esses princípios devem ser examinados de novo para que sejam coerentes com a própria vida. A evolução é sempre importante, não porque consideremos os princípios antiquados, mas porque sua formulação vai perdendo o impacto ante sucessivas gerações. A Igreja deve sus-

(6) Apud MEIRA, Sílvia A. B. de — "Novos e Velhos Temas de Direito" — Rio — Forense — 1973, pág. 31.

(7) TROPLONG — "La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano" — Buenos Aires. Ediciones Desclée, de Brouwer, 1974, pág. 11.

(8) SANTONJA, Vicente Luis Siso — "Divórcio y Separación" — Madrid. Editorial Tecnos, 1973, pág. 44, n.º 4 e 5.

citar tal reavaliação reflexiva, pondo os fundamentos para uma transição válida que enfrente as necessidades pastorais do futuro”.

“A legislação canônica atual — prossegue o mesmo autor — sobre o matrimônio se baseia fundamentalmente nos princípios de uma teologia postridentina que estava preocupada pela organização, institucionalização e codificação em termos da ciência aristotélica. Está marcada pela certeza, necessidade e universalidade dessa visão do mundo, que não condiz com o homem atual. Muitos, dentro da mesma Igreja, estão sinceramente convencidos de que os velhos tipos da lei canônica são demasiado quebradiços para conter a problemática matrimonial atual.”

A palavra “divórcio” represa em seu sentido um cunho pagão, uma carga de aversão, vítima de permanente objeção e abjeção, razão por que a Igreja nunca pôde suportá-la.

Basta, para isso, observarmos a recente patuscada que certos religiosos, prevalecendo-se da ignorância de muitos católicos e do obscurantismo deles próprios, acabam de fazer, em desespero de causa, ameaçando mundos e fundos com sanções medievais, ao ensejo da aprovação da Emenda Constitucional nº 9, que alterou a redação do artigo 175, implantando o divórcio em nosso País. O Tribunal da Sagrada Rota, em processos de anulação do vínculo matrimonial, jamais “anula” um casamento ou dissolve o vínculo. Declara apenas ser válido ou não ser válido o caso que lhe foi submetido a julgamento, concluindo sua decisão, regularmente, com a fórmula **constare** ou **non constare de validitate**.

O Papa, em virtude do poder ministerial ou vicaria que só encontra como limite fundamental o princípio da indissolubilidade do matrimônio rato e consumado, pode dissolver o matrimônio celebrado entre dois cristãos e não consumado, em virtude de profissão religiosa solene ou dispensa por justa causa; o celebrado entre batizado e infiel, não consumado; o de dois batizados, celebrado na infidelidade de ambos e somente consumado quando ambos eram infiéis; o do batizado e infiel, celebrado assim mesmo na infidelidade de ambos e consumado nela, mas não depois da conversão do batizado; o existente entre batizado e infiel, ainda que nesta situação tenha sido consumado.

Noutras palavras, podemos assegurar que a Igreja Católica admite a dissolução do vínculo matrimonial pelo privilégio paulino e pelo privilégio petrino. O Pontífice Romano pode exercer a vicaria de modo direto e imediato, concedendo a dissolução em um caso concreto e determinado, ou estabelecendo um regime geral em virtude do qual deva entender-se dissolvido um matrimônio legítimo quando se produzam determinadas circunstâncias.

“Ao tempo de Alexandre III, narra PONTES DE MIRANDA <sup>(9)</sup>, ainda a Igreja tolerava a dissolução do casamento dos **separati**, que depois podiam casar-se. Era a rotura do casamento por **servitus superviniens**. Por outro lado, foi assaz difundida a regra de que a ausência de sete ou de

(9) PONTES DE MIRANDA — “Tratado de Direito Privado” — Rio — Editor Borsoi — 1955 — Tomo VIII/70, n.º 2, § 836.

dez anos dissolvia o matrimônio. É interessante observar-se que já se postulava a indissolubilidade e se afirmava que a ausência não dissolvia o casamento. Tratava-se de presunção de morte, com efeitos no vínculo conjugal, o que importava teórica e praticamente em contradição de Alexandre III e de outros. A Reforma admitiu o divórcio por longa ausência. Calvino foi explícito, e explícito o Concílio de Trento em aprovar a proposição do Cardeal da Lorene contra as três causas calvinistas (**propter disparitatem cultus, propter non convenientiam in conversatione, propter longam absentiam**).

O Direito Canônico passou a exigir no matrimônio a plena convivência dos cônjuges (can. 1.128). "A coabitação se considera pela doutrina como elemento integrante do matrimônio **in facto esse**, quer dizer, como efeito normal que se segue à celebração do matrimônio." (10)

"O fundamento da convivência se enraíza no fato de ser o sistema mais adequado para tornar efetivo o cumprimento dos deveres e dos direitos matrimoniais, assim como para conseguir as finalidades específicas do matrimônio."

Depois de estabelecer no canon 1.118 que "o matrimônio válido rato e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa, fora da morte", determina que "os cônjuges devem fazer em comum vida conjugal, se não houver uma justa causa que os excuse".

Reconhecendo que a vida em comum do casal implica a comunidade de leito, mesa ou habitação e que **existem motivos mais fortes que a lei**, tornando impossível a coabitação, a Igreja, fiel à indissolubilidade do vínculo, que considera com a unidade propriedades essenciais do matrimônio, pronunciou-se contra o divórcio perfeito ou vincular, no qual se produz a rutura do vínculo matrimonial, possibilitando-se aos divorciados a oportunidade para convolar novas núpcias, inclinando-se perigosamente para o divórcio imperfeito ou separação de corpos e bens, que suspende o dever de coabitação, conservando-se intato o vínculo matrimonial. Não uma separação total, mas pelo divórcio **quoad thorum**.

A separação **quoad thorum** viu seu nascimento nas Decretais, motivando-a todos os fatos em que a convivência se tornou impossível. Segundo o Livro IV das Decretais, os efeitos da separação são a dispensa da vida em comum e a suspensão do débito conjugal, que preferimos chamar de "prazer conjugal".

A separação pode ser total ou parcial, temporária ou perpétua. O Concílio de Trento facultou a separação conjugal pela própria autoridade dos cônjuges, na hipótese de adultério do outro, único caso de separação perpétua.

O canon 1.131 tipifica uma série, não taxativa senão exemplificativa, das causas que motivam uma separação temporal. Uma vez cessadas, deve restaurar-se a comunhão de vida.

(10) CANTON, A. Bernardez — "Curso de Derecho Matrimonial Canonico" — Madrid — Editorial Tecnos — 3.ª ed. — 1971, pág. 352, IV.

O abandono malicioso não foi expressamente contemplado pelo **Codex Iuris Canonici**, mas a jurisprudência e a doutrina passaram a considerá-lo como uma das figuras análogas, a que se reporta o canon 1.131, na impossibilidade de esquematizar num sistema de figuras típicas os variadíssimos conflitos de interesses que podem configurar-se na complexidade da vida matrimonial.

A **malitiosa desertio** constitui causa de separação temporal, inteiramente autônoma, radicalmente distinta das anteriores, materializando-se numa atitude fundamentalmente negativa, no inadimplemento do elenco dos deveres conjugais. Sua incidência se tem revelado com enorme frequência e, segundo AICHNER (11), sua admissão se oportuniza como causa de separação “por redundar em ódio capital ou por produzir profundas amarguras no espírito do abandonado”.

A lamentável ausência no **Codex** de uma referência expressa ao abandono, decorrência natural de seu modelo romano, representa uma lacuna do ordenamento positivo, com profundos reflexos e confusões no setor doutrinário.

CANTON (12) advoga a divisão de abandono total e abandono parcial. “O primeiro supõe a desatenção de todo o dever com respeito ao matrimônio e à família constituída em torno do mesmo. Caracteriza-se não só pela ausência do lar conjugal, mas ainda pelo descumprimento do dever de assistência ao cônjuge e aos filhos, se existirem, e pelo descumprimento do dever de prestar o débito conjugal.”

“O abandono parcial supõe a infração de alguma ou algumas destas obrigações provenientes do matrimônio. O mais lógico é que a rutura da convivência vá acompanhada de todo o desatendimento da subsistência do cônjuge abandonado e do cumprimento de seus deveres conjugais. Mas pode dar-se o caso — quiçá não pouco freqüente na prática — que um dos cônjuges se negue a conviver no lar conjugal sem descuidar-se da assistência econômica e material do abandonado, inclusive — caso mais hipotético — sem descuidar-se das obrigações referentes ao **ius in corpus**. Prescindimos por momento do valor que possa ter a tolerância do cônjuge abandonado ao admitir a ajuda econômica do dissidente e, sobretudo, a prática das relações carnis com o consentimento do abandonado que lhe quitaria o caráter malicioso. Ao contrário, pode ocorrer que se desconheça alguma das obrigações matrimoniais, prestação do débito ou dever de assistência, sem que se chegue à rutura da convivência em um mesmo lugar. É inegável a relação destes casos com as sevícias ou com o perigo para a alma (denegação do débito) ou para o corpo (denegação de alimentos).”

Noutra obra (13), menciona o mesmo ilustrado autor que “a Constituição que disciplina o matrimônio canônico na Igreja oriental, de acordo com este princípio, configurou, expressamente e como causa independente

(11) CANTON, A. Bernardez — “Las Causas Canonicas de Separación Conyugal” — Madrid — Editorial Tecnos — 1961, pág. 549, n.º 2.

(12) CANTON, A. Bernardez — “Las Causas Canonicas de Separación Conyugal” — cit., pág. 549, n.º 2.

(13) CANTON, A. Bernardez — “Curso de Derecho Matrimonial Canonico” — cit., pág. 389, n.º VIII.

das anteriores, a separação por abandono malicioso. O canon 120 dessa Constituição, que reproduz literalmente os três parágrafos do canon 1.131 do **Codex**, acrescenta um novo parágrafo que diz: "Também o cônjuge maliciosamente abandonado pelo outro pode obter o decreto de separação da hierarquia do lugar por tempo definido ou indefinido..."

A jurisprudência rotal define e assinala os requisitos do abandono malicioso: "Produz-se quando um dos cônjuges se separa ou se afasta do outro com o ânimo de desconhecer as obrigações conjugais, sem justa causa." Os requisitos, portanto, para que exista abandono malicioso são: 1. uma separação de fato dos cônjuges, quer se afastando do domicílio conjugal, quer não permitindo a presença do outro no mesmo; 2. em se tratando de afastamento, este tenha como fim o desconhecimento dos deveres matrimoniais, nunca o ânimo de ausentar-se temporariamente para cumprir finalidade lícita e razoável; 3. que esta decisão unilateral de romper o consórcio conjugal não esteja motivada por algumas das causas que outorgam ao cônjuge inocente o direito à separação.

O abandono malicioso, procedimento para tornar a separação de fato injustamente provocada por um deles em separação jurídica, pode caracterizar para o abandonado uma grave ofensa, uma injúria grave ou sevícia moral, cuja ameaça e previsão constituirá sempre uma causa de separação.

#### 4. Coabitação: prazer ou dever?

Ao encetarmos esta pesquisa, igualmente como o fizemos nas duas edições de nosso "Desquite Amigável" (14), não deixamos passar a oportunidade de externar nossa conceituação de matrimônio, sem nos apegarmos a fórmulas tradicionais, emaranhadas em textos legais, correntes doutrinárias, filosóficas ou religiosas, insuscetíveis de albergar a beleza, o sentimento, a magnitude e o complexo de motivação e incentivo que esta instituição sintetiza sem qualquer preocupação conceitual. Mesmo assim, não fugimos ao lugar comum, sem a imposição de um dever, exigência ou direito, a coabitação emerge inconfundível como um anseio natural a embasar toda a estrutura conjugal.

**Casamentum**, na sua etimologia medieval, era um terreno dotado de casa; dote que os reis e senhores davam aos seus vassallos e criados para se casarem. Os mosteiros também davam casamentos às filhas de seus fundadores e dotadores e ainda se chamava casamento ao dote que o sedutor era obrigado a dar a sua vítima. **Casa** — **ae** (= choupana, cabana, casebre, bens em terreno) com o sufixo **mentum**, que tanto pode derivar do verbo **menisci** (inventar, criar), como de **mens** — **mentis** (espírito, alma, intuito, intenção, sentido), traz-nos insito o sentido que qualquer homem e

(14) LIMA, Domingos Sévio Brandão — "Desquite Amigável — Doutrina — Legislação — Jurisprudência" — Rio — Editor Borsari — 2.ª ed., pág. 21: "Casamento, convivência natural e sadia de um homem e uma mulher, não é apenas a formalização da união sexual, a satisfação biológica e social regulamentada, constitui antes uma fase adulta da vida humana, uma conjunção de matéria e espírito, solidificada em perene admiração de dois seres inteligentes que, para atingirem a plenitude do desenvolvimento de sua personalidade, se interpenetram e se confundem pelo companheirismo da tolerância e da compreensão na formação de um todo inseparável, enquanto reconhecem a necessidade de importância desta união."

qualquer mulher têm ao deliberar sua união matrimonial — constituir uma casa, um domicílio, onde possam exercitar os seus mais nobres anseios e receber os frutos dessa união.

Coabitar, de **cohabitare** (morar com, ou em companhia de, querendo dizer habitar em comum, ter relações sexuais habituais com pessoa do sexo oposto, viver intimamente com alguém), não se restringe a expressar apenas o domicílio conjugal dos esposos, compreende ainda a realização precípua do casamento — o relacionamento sexual perfeito e satisfatório, o prazer conjugal, e a assistência mútua, entrosamento capaz de acomodar e retemperar o caráter de ambos os cônjuges e forjar uma convivência sadia, harmoniosa, feliz e duradoura.

Por isso, a vida em comum, no domicílio conjugal, é uma decorrência lógica e desejada desta aspiração tão humana quanto divina. Viver juntos para amar — eis o sentido, civil ou romântico, de coabitação, que a legislação por um falso pudor omite e que a nossa educação puritana por uma visão errônea da própria vida também se descuida. Por que então chamá-la dever? Será que denominá-la prazer chocaria a pudicícia das famílias, quando a finalidade precípua desse domicílio é a esperada comunicação sexual e espiritual?...

Creio que todo o elenco do art. 231 depende desse relacionamento satisfatório e indispensável à vida do casal, que irmana os esposos, emanando daí salutar entendimento que os impulsionará a enfrentar juntos os graves problemas do dia-a-dia. Fidelidade recíproca, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos são meros prolongamentos naturais da vida em comum bem vivida.

“É da própria essência do casamento este dever” — explica-nos BEVILAQUA <sup>(15)</sup> — “**Consortium omnis vitae**, união perpétua, o casamento exige que os cônjuges vivam sob o mesmo teto, onde hão de abrigar a prole. O lar é o templo da família; o marido e a mulher são os ministros do culto doméstico, e os ofícios desse culto são contínuos, como devem ser a afeição recíproca e o cuidado com os filhos”.

Entretanto, quando o casamento perde todo o seu sabor e encanto, para caracterizar-se como uma simples associação legal, por falta de raízes e substância; quando os esposos, sem ter mais o que dar, se encolhem dentro de si, solteiros apesar de casados; quando o altruísmo do amor se atrofia e degenera em individualismo irritado pelo compulsório da indissolubilidade; quando a indiferença congela a familiaridade entre os dois e o amor, que é luta e perseguição emotiva por sua própria essência, transfigura-se em violência e guerra, sem qualquer armistício dos encontros noturnos, então, o lar se torna habitáculo de fantasmas e o relacionamento sexual desaquecido e indesejável se transforma em dever, penosa obrigação, porque sua comunicação perdeu a expressão e magnitude. Os sentidos fraqueiam, a felicidade de esboroa, a injúria passa a ser o carinho diuturno sob o calor das sevícias e a confiança,

(15) BEVILAQUA, Clóvia — “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado” — Rio — Liv. Franciaco Alves — 1956, II/87.

antes ilimitada, cede seu lugar à suspeita que passa a espreitar todos os passos do cônjuge.

Não adianta, por insensibilidade, prolongar-se a tragédia, nem incentivar-se o surgimento de outras maiores. Chegou o momento de pôr um ponto final na desunião, a permitir que continuem a descobrir e a exagerar os defeitos do outro, insultando e profanando os ídolos que ambos já foram no período do desejo...

#### 4.1 Caracteres:

##### — reciprocidade

Todo o elenco do artigo 231 traz em sua acepção a reciprocidade, como condição exclusiva de sua observância. Se o matrimônio procura estabelecer a comunhão de vida entre os cônjuges, seria absurdo admitir-se isentar um deles da necessidade de viver com o outro para a satisfação sexual de ambos.

##### — duração

O dever de vida em comum, no domicílio conjugal, é obrigatório, enquanto subsiste o casamento, regra essa que abriga as seguintes exceções:

- a) a sentença que homologa ou decreta a dissolução da sociedade conjugal.

Separados os cônjuges, desaparecem as obrigações recíprocas, provenientes do casamento, para existirem apenas as que nascerem da dissolução. A mulher adquire domicílio próprio, torna-se capaz plenamente, administrando ou alienando os seus bens, sem precisar da intervenção de outrem. E, mesmo que seja menor de vinte e um anos, não retorna à condição de incapacidade, sob pátrio poder ou sob tutela, emancipada que foi pelo casamento. Só o vínculo persiste para arrastá-la a uma união ilegítima e conservá-la guardando fidelidade a um homem que a desprezou. Recuso-me a aceitar a permanência do dever de fidelidade recíproca de casamento dissolvido <sup>(16)</sup>, embora a lei esclerosada e insensível seja tremendamente clara.

- b) separação de fato por mútuo dissenso.

Embora os deveres e direitos que integram o estado matrimonial sejam irrenunciáveis, por constituírem normas de direito público, não se pode confundir a titularidade dos direitos com o seu exercício.

Não raro, por razões diferentes, algumas até para tentar salvar a própria união, os cônjuges acordam uma separação de fato. Viver separados implica uma dispensa temporária ou renúncia recíproca do dever de coabitação, sem afetar a titularidade deste direito, que permanece

(16) Ver LIMA, Domingos Sávio Brandão — "Adulterio, a mais infamante causa de divórcio" — São Paulo — L. Oren — 2.ª ed.

intacto, podendo ser exercido a qualquer momento que um dos esposos manifestar arrependimento.

A separação por mútuo consentimento entre os cônjuges não tem a eficácia jurídica, é incapaz de eximir temporariamente a observância do dever de coabitação. Contudo, presta-se a justificar a separação no período já cumprido, impedindo que qualquer dos cônjuges possa computá-lo, em espaço de tempo contínuo ou não, para acionar o outro sob o fundamento de abandono voluntário do lar conjugal.

O direito de coabitar é personalíssimo e seu exercício depende exclusivamente de seu titular, sendo inadmissível o cumprimento forçado, como em toda a obrigação de fazer.

### — fixação do domicílio conjugal

“Convém lembrar — afirmamos noutra ocasião <sup>(17)</sup> — que, atualmente, não se admite, como outrora, ser o casamento um mero ato de submissão de dois seres com força desigual, colocados um frente ao outro. Não mais nos encontramos na infância das legislações, onde o somatório dos direitos matrimoniais se concentrava impiedosamente na mão do mais forte. O casamento, há muito, deixou de ser aquele regime tirânico, imposto pelo egoísmo e prepotência masculinos. O progresso da civilização fez apagar o mito da inferioridade feminina e superou a crença medieva da decantada fragilidade da mulher, dando-lhe, à custa de ingentes esforços, um regime de igualdade proporcional, assinalando a cada um dos dois consortes sua participação legítima nos direitos e obrigações da sociedade, mantendo, naquela união espontânea daqueles que se necessitam, o equilíbrio consentâneo com o destino que cada um dos partícipes tem de preencher na sociedade conjugal.”

O direito de fixar o domicílio da família pertence ao marido como chefe da sociedade conjugal, nos termos do artigo 233, III. Não é um direito despótico. Jamais se poderia obrigar, pondera DIAZ DE GUIJARRO <sup>(18)</sup>, “a mulher a seguir o seu marido em uma vida de vagabundagem, nem fazê-la aceitar uma casa onde se envergonhe de viver uma pessoa honesta. Todas estas questões são de fato, e os magistrados, levando em conta a qualidade das pessoas, suas condições sociais, seus hábitos anteriores, podem autorizar ou negar o exercício deste direito”.

O conceito de domicílio é de importância fundamental para o Direito. Toda e qualquer pessoa necessita de um determinado lugar para exercer os seus direitos e cumprir suas obrigações, o casal não escapa à regra. Diferentemente de habitação ou moradia, onde a pessoa se encontra e permanece sem a intenção de ficar, como de residência, lugar onde se mora habitualmente, o domicílio é lugar onde estabelece a sede de sua atividade.

(17) LIMA, Domingos Sávio Brandão — “A irrenunciabilidade dos alimentos no acordo de desquite” — In JURISCIVEL DO STF — S. Joaquim da Barra — Davidip Editores — vol. 15, pág. XX.

(18) DIAS DE GUIJARRO — “El Deber de Cohabitación en el Matrimonio. Necesidad de regular sus atenuaciones” — Apud BARROETAVERA, Diego Lucio — “El Divorcio en el Derecho Argentino” — Buenos Aires — La Ley — 1967, pág. 90, n.º 43.

Domicílio e residência formam um todo, onde o elemento objetivo é o fato de residir e o elemento subjetivo, o ânimo definitivo de fazer da residência o ponto central de suas ocupações habituais. O fato material da residência, do viver num lugar, necessita para estabelecer o domicílio de uma certa vontade, uma certa intenção, um elemento espiritual, em suma.

"A vontade ou ânimo exigido para constituir domicílio não é simplesmente uma intenção subjetiva. É uma vontade exteriorizada, objetivada, que deve resultar das circunstâncias daquele viver. Noutras palavras, deve plasmar-se numa conduta significativa de que se reside habitualmente" (19).

O domicílio da mulher casada e seus filhos, como domicílio legal, é o do marido. Para GOMES (20), embora a mulher casada "não possa escolher domicílio, não tem propriamente o do marido, mas, sim, o que este escolher para domicílio do casal. Tem, aliás, domicílio por dependência". O artigo 233, III, atribui ao marido, como chefe da sociedade conjugal, o direito e a competência de fixar e mudar o domicílio familiar, pressupondo-se dever da mulher a missão de acompanhá-lo (ver nº 5.1). Esta atribuição deriva do poder de decisão que se lhe outorgou, face à necessidade de imprimir um comando único ao lar, tão indispensável ao matrimônio como em qualquer comunidade organizada, jamais por causa de sua incapacidade ou inferioridade.

Tal competência ou direito de escolha não é exercido de modo absoluto ou despótico, como muitos pensam, devendo ser utilizado dentro dos limites impostos pela razão e bom senso, uma vez que a chefia da sociedade conjugal é exercida com a colaboração da mulher, no interesse do casal e dos filhos (arts. 233, 240, 247 e 251). Pode a mulher subtrair-se a ele quando for executado de modo abusivo, arbitrário ou irracional, por mero capricho ou vingança, subestimando-a em sua condição de companheira. A lei não permite impor à mulher situações que resultem violência moral, prejuízo ou risco para ela e para seus filhos.

A jurisprudência vem considerando como abuso e proclamando que a mulher não está obrigada a seguir seu marido se este pretender viver com sua mãe, que está unida em concubinato a outro homem; se a convivência com seus sogros a priva de seu direito de dirigir sua casa ou se existe com eles sensível incompatibilidade de gênio; se o clima é inconveniente para sua saúde; se leva uma vida errante; se sem motivos justos pretende coagí-la a viver em cidade distante, quando isto significa a perda do emprego ou profissão que a mulher possuía antes do casamento.

Por outro lado, falece razão quando a mulher recusa a acompanhar o marido a um novo domicílio, por mais modesto que seja, se ele, em virtude de sua situação financeira, se vê obrigado a restringir os gastos; tampouco as privações que deva suportar em decorrência de crise financeira não lhe facultam esquecer ou desaquecer o prazer conjugal.

(19) DIEZ-PICAZO, Luiz y GULLON, Antonio — "Instituciones de Derecho Civil" — Madrid — Editorial Tecnos — 1974 — I/87.

(20) GOMES, Orlando — "Introdução ao Direito Civil — Rio — Forense — 1957, pág. 171, n.º 107.

## 5. O prazer conjugal

Nunca perfilhamos nem participamos da dicotomia filosófica de que o casamento corresponde aos interesses exclusivamente individuais ou objetiva especialmente o bem dos filhos, da instituição da família e da sociedade. Desejamos ser mais realistas e menos hipócritas para um meio termo, para conciliar ambas as correntes, obtendo um denominador comum que satisfaça estas tendências. Reconhecemos essa impossibilidade se levarmos a dissensão para o âmbito do radicalismo, galvanizado de paixões e sentimentalismos, como ocorre nestas discussões. Procuramos cauterizar as chagas do corpo social, jamais cobri-las de adesivos e lenimentos. Não desejamos transformar o leito conjugal no leito de pro-custo nem tampouco amputamos as convicções dos que nos ultrapassam nem as dilataremos quando não alcançam nossas dimensões.

Não acreditamos, — e nossa prática reiterada em questões de família nos situa no âmago da conjuntura —, que um homem e uma mulher se unam sem procurar seu próprio interesse, sem se preocupar com sua felicidade, sem querer para si um recanto mais aprazível do mundo, em que toda a dor parece abrandar e ter lenitivo e toda a alegria parece perpetuar-se.

A comunicação sexual dos cônjuges é prazer, participação, prólogo e seguimento de uma vida a dois, plenificação suprema de dois seres que se necessitam, nunca constrangimento, obrigação, dever, empresa para gerar e criar filhos. O erro e a hipocrisia de nossa Igreja e de nossa sociedade cristã não estanca na ausência de uma educação para a vida, vai mais além afirmando ser a procriação a finalidade precípua do casamento. Todos reconhecemos a indispensabilidade da perpetuação da espécie. Os animais também o sentem. Mas o que nos leva a diferenciar nossa posição é uma interação dinâmica entre marido e mulher, com espontaneidade e criatividade, para enfrentar as realidades e as expectativas da vida em constante mutação.

São os ideais do casamento aberto que NENA e GEORGE O'NEILL<sup>(21)</sup> especificam contrastando com os ideais irrealistas do amor imorredouro, segurança e realização através de outra pessoa:

"intimidade	responsabilidade
intensidade	aprendizagem
criatividade	estimulação
espontaneidade	flexibilidade
crescimento	enriquecimento (espiritual)
respeito	liberdade

e

a estima e o amor que decorrem  
de todas essas coisas."

(21) O'NEILL, Nena e George — "Casamento Aberto" — Rio — Ed. Artenova — 1972, pág. 77.

Para eles as expectativas realistas de uma união aberta, quase perfeita e mais condizente com a nossa cultura e desenvolvimento, pode sintetizar-se nestes princípios básicos:

- “— que você partilhará de muita coisa, mas não de tudo;
- que cada cônjuge mudará — e que a mudança poderá ocorrer através de conflito como também através de um desenvolvimento gradativo;
- que cada cônjuge assumirá a responsabilidade de seus atos e admitirá o mesmo com respeito ao seu companheiro (ou companheira);
- que você não pode esperar que seu companheiro (ou companheira) satisfaça todas as suas necessidades, ou que faça por você o que você próprio deve fazer;
- que cada cônjuge será diferente no que diz respeito a necessidades, capacidades, valores e expectativas porque é uma pessoa diferente, não porque um é marido e o outro esposa;
- que a meta mútua é o relacionamento, não a posição social ou a casa à beira-mar ou os filhos;
- que os filhos não são uma necessidade como prova do amor de um cônjuge pelo outro;
- que, se você resolver ter filhos, deve assumir o papel de pai (ou mãe) conscientemente e voluntariamente como a maior responsabilidade da vida;
- que a estima e o amor crescerão em conseqüência do respeito mútuo que o relacionamento aberto entre os dois cônjuges engendra.”

Vejamos os reflexos, para não dizermos complexos, em nossa mentalidade brasileira, ainda impregnada de um clericalismo tacanho que *prefere fazer da indissolubilidade compulsória o cavalo de batalha de sua investida contra a lei civil*, indiferente às angústias, necessidades vitais e aspirações sublimes de uma sociedade carente de apoio e compreensão cristãos.

A socióloga EUGÊNIA MENEZES precisou, com rara habilidade e conhecimento, a posição da mulher brasileira no casamento:

“Acredito que os padrões de comportamento herdados pela mulher brasileira, de classe média e alta, tenham contribuído para dificultar seu ajustamento sexual. Em primeiro lugar, toda a onda de mistério existente em torno do sexo, suas conotações de assunto “proibido”, quando não “coisa feia”, contribuíram, até bem pouco tempo, para complicar o relacionamento homem-mulher e, sobretudo, a discussão entre pais e filhos. A condição da mulher brasileira, marginalizada de todo o processo de integração em atividades econômicas e políticas, levou-a à acei-

tação de uma vida conjugal que não deixava margem à profissionalização e, principalmente, a um relacionamento humano descontraído. Sua vida se resumia a uma atuação eficiente como mãe e esposa e qualquer suspeita de que as coisas não marchassem a contento conforme o modelo proposto, levá-la-ia a um sentimento de haver “fracassado”, o que fazia ocultar os descompassos porventura existentes. Sua condição de submissão impedia que reivindicasse ou mesmo que se dirigisse ao marido numa tentativa de discutir e solucionar aspectos relativos a seu entrosamento sexual.

A realização sexual não era meta prioritária das mocinhas casadoiras. A meta era antes o **status** de senhora, um lar estabelecido e filhos, cuja dedicação e zelo lhes ocupassem o tempo. Outro fator de relevância para a continuidade de uma ligação sexual por vezes insatisfatória é a indissolubilidade do casamento civil, uma vez que, mesmo os casos em que uma separação de corpos venha a se efetuar, o vínculo permanece e nova união sofre sanções por parte da sociedade. Os tabus religiosos influíram também na permanência desses vínculos, num contexto onde valores “cristãos” inquestionáveis estão cristalizados. Este raciocínio pode ser corroborado se transportado para outros estratos da sociedade: as mulheres que não esperam do casamento **status**, convocadas a participar do mercado de trabalho por uma necessidade de sobrevivência, simplificam muito sua vida sexual. Uma vez dispensados os vínculos formais de união, os casais se juntam, separam, rejeitam, segundo suas próprias conveniências.” (22)

Convém frisar, como acentua a psicóloga GLÓRIA MARIA VANDERDERLEI DE ALMEIDA (23), que “as mulheres são educadas para não sentir prazer. (\*) O prazer, não apenas o sexual, mas o prazer de viver é algo que tem sempre uma conotação pecaminosa. A adolescência, quando a necessidade sexual torna-se mais clara e definida, é o período também em que a repressão se torna mais clara e definida. É nesta fase que os pais começam a preocupar-se com a virgindade das filhas e aí instala-se uma observação sistemática de gestos, palavras e trejeitos. Ficam controlando e reprimindo atitudes ou “ares de prazer”, que as meninas expressam. São comuns e freqüentes as reprimendas: “Deixe de assanhamento”, “Baixe o fogo”, “Essa menina está precisando de freio”. A menina vai compreendendo que ter prazer é algo que, no mínimo, incomoda as pessoas. Só depois, num processo de auto-educação, é possível às jovens entenderem o comportamento dos pais e partirem para o cultivo da própria capacidade de ser feliz e descontraída”.

E, prosseguindo, conclui a mesma psicóloga: “a insatisfação dificilmente é apenas sexual. Manifesta-se assim por falta de clareza ao observar

(22) Apud LIMA, Délcio Monteiro de — “Comportamento Sexual do Brasileiro” — Rio — Francisco Alvea — 1976, pág. 64.

(23) Apud LIMA, Délcio Monteiro de — “Comportamento Sexual do Brasileiro” — cit., pág. 64.

(\*) Ver os depoimentos colhidos em STUART, Helonelda e CUNHA WILSON — “A Primeira Vez... à Brasileira” — Rio — Edição Nosso Tempo — 1977, 231 págs.

o relacionamento total. Em geral essa insatisfação é afetiva, por não ser a esposa merecedora de atenção, cuidados e não ser portadora de sentimentos; intelectual, porque a mulher não é respeitada nas suas opiniões e, via de regra, não é solicitada e quando se atreve é convidada a reconhecer que entende de crianças e cozinha; insatisfação social por não ser reconhecida e respeitada como um ser humano digno e participante; e insatisfação sexual pois o casamento veio apenas confirmar seu não-direito ao prazer. Essa insatisfação é curtida por ela dia a dia, transmitida aos filhos e dividida com as vizinhas em forma de fofocas, briguinhas etc., e é alimentada pelo homem para manter uma falsa superioridade que o envaidece”.

Por outro lado, argumenta o psicanalista MARIO YAHN (24), “o prazer sexual completo nem sempre se encontra nas práticas sexuais rotineiras e convencionais. É claro que quando tal caso ocorre, a sedução sexual, que se pode encontrar em ambiente diverso do conjugal, exerce atração e até fascínio e confunde-se com uma necessidade incontrolável. Isto acontece não só em ambiente sedutor, mas com pessoas sexualmente sedutoras. A necessidade de práticas sexuais não-convencionais, o desejo de renovação e ampliação da curiosidade sexual e a insatisfação sexual entre os casais, em determinados períodos, são outras tantas razões motivadoras do adultério”.

“A atividade sexual, no sentido amplo, e a “frequência”, no particular — todos parecem concordar — não podem mesmo ser regidas por estereótipos ou conceitos massificantes — assegura o psicanalista LUIZ WERNECK. (25) Para alguns, no entanto, a questão chega a ser tão individual que dizem contar, no equacionamento do desempenho sexual insatisfatório, quase que apenas as repressões existentes dentro do indivíduo. As externas atuam somente para fortalecer as internas.”

Concluindo, logo abaixo: “a atividade sexual plenamente ativa parece-me o resultado de um contato satisfatório do indivíduo com ele mesmo e com o parceiro igualmente bem integrado. Penso tratar-se em cada caso de um ajustamento absolutamente singular e específico. Cada indivíduo é diferente de qualquer outro e o mesmo se pode dizer de cada par. Não creio, assim, que se possa estabelecer um modelo único, ideal, tantas são as variações. A atividade sexual depende, ainda, do estado de maturação mental, que é independente do desenvolvimento físico e, comumente, não o acompanha”.

Foi, diante destas circunstâncias, que o segundo aspecto da coabitação se tornou, para muitos, um dever, quando pretendemos dizer um “prazer”, vivido, compartilhado e bem integrado.

## **6. Conseqüências do descumprimento da coabitação**

A obrigação de coabitação constitui uma obrigação de fazer e sua observância depende exclusivamente da vontade dos interessados, pois,

(24) *Idem, Idem, pág. 83.*

(25) *Idem, Idem, pág. 29.*

não pode ser conseguida através de violência física sobre o sujeito passivo, graças ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Compete-nos agora examinar, separadamente, para melhor destaque e compreensão, os dois aspectos deste dever:

### **6.1 o domicílio conjugal**

A obrigação de conviver no mesmo domicílio conjugal é recíproca. Nossa legislação foi menos formalista e mais prática ao desprezar a notificação judicial para o retorno ao lar, o que se prestaria apenas a comprovar a recusa, pois, em hipótese alguma, o cônjuge infrator pode ser compelido por força pública a receber seu consorte e residir com ele contra a sua vontade.

O afastamento ou recusa de um dos cônjuges a residir no domicílio conjugal, sem motivo justo e durante dois anos contínuos, caracteriza o abandono do lar conjugal, sancionado pela dissolução da sociedade conjugal.

**b)** A deserção do cônjuge tem efeito imediato sobre a prestação alimentícia. A obrigação de sustentar a mulher cessa, para o marido, quando ela abandona sem motivo justo a habitação conjugal, e a esta recusa voltar — é o texto do art. 234.

A mulher terá que requerer ação de alimentos para forçar o marido ao cumprimento deste dever.

**c)** A separação de fato por mútuo acordo entre os cônjuges não tem eficácia jurídica e o seu cumprimento pode ser solicitado a qualquer tempo pelo cônjuge interessado, não se prestando a fundamentar o abandono.

### **6.2 o débito conjugal**

Pode um casal viver sob o mesmo teto e encontrar-se diametralmente separado, caso em que não fundamenta o abandono do lar conjugal, mas constitui a injúria grave ou o abandono moral.

O ato de recusar a residir no domicílio conjugal é um fato material, facilmente chega a conhecimento de terceiros e, portanto, suscetível de ser provado cabalmente. A renúncia à comunicação sexual, pela intimidade de que se reveste, permanece no âmbito dos cônjuges, como uma ofensa à dignidade do outro, que se vê humilhado, desprezado e rejeitado.

Como justificativas que eximem de culpa qualquer dos cônjuges destacam-se a enfermidade física ou psíquica, ou a impotência.

Em resumo, a infração do dever de coabitação gera duas conseqüências diversas: o abandono voluntário do lar conjugal, com o prazo de dois anos, e o abandono moral ou injúria grave por recusa ao prazer sexual.

### 7. Panorama do Direito Comparado

Seguindo o exemplo traçado pela legislação canônica, codificações há que não tratam especificamente do abandono, embora o reconheçam como modalidade de injúria, como as da França, Bélgica, Luxemburgo, Finlândia etc., para citar apenas as mais conhecidas.

A nomenclatura também difere do nosso abandono voluntário do lar conjugal — negativa do marido em receber a sua mulher e vice-versa, violação do dever de assistência, infração da vida conjugal, separação física, abandono completo do domicílio conjugal, abandono malicioso ou, simplesmente, abandono — todos representam e exprimem a mesma problemática matrimonial.

Os franceses, que aceitam três causas de divórcio — adultério, condenação a uma pena aflictiva e infamante e os excessos, sevícias ou injúrias —, consideram o abandono uma das modalidades da injúria.

O abandono do lar conjugal, a negativa de reintegrar-se a ele e a resistência do marido em receber a mulher no lar se identificam numa mesma causa. Entretanto, não constituem causa peremptória de divórcio. Não basta apresentar diferentes provas para assegurar a decretação do divórcio. Torna-se indispensável que os fatos indicados comprovem uma violação grave ou reiterada dos deveres e obrigações, tornando insuportável a manutenção do vínculo conjugal.

Cabe ao amplo poder de apreciação do Tribunal apreciar se o abandono materializa ou não a injúria. O abandono perde seu caráter injurioso se resulta de um acordo entre os esposos, se voluntário ou imposto por circunstâncias sérias, que expliquem a existência de motivos não injuriosos.

Geralmente, para caracterizar o abandono, utiliza-se o interessado de notificação ao esposo culpado para integrar-se ao lar comum e o seu não atendimento prova suficientemente a causa. O Tribunal apreciará se o retorno à vida comum é ou não possível. Se afirmativo, a injúria não terá força necessária para decretar o divórcio, concluindo-se daí que tudo não passa de uma questão de fato e da apreciação do juiz.

Na Itália, a separação deve ser legal ou de fato, durante, pelo menos cinco anos, nos termos da lei nº 898, de 1-12-70, em vez da exigência anterior de que o abandono deve ser voluntário, não forçado nem provocado por uma causa alheia, arbitrário e injustificado. É infração ao dever de convivência, atribuído a qualquer um dos cônjuges.

O momentâneo afastamento do lar não se presta a legitimar a ação de separação, tampouco o provocado por ameaças ou maus tratos do outro cônjuge, pois, a separação materializa uma vontade contrária ao restabelecimento da convivência.

Na Espanha, a Lei de 1958 introduziu o abandono como nova causa de separação, exigindo-lhe tipificação como delito do abandono de família,

Desta forma, o abandono malicioso do domicílio conjugal, além de trazer consigo o descumprimento do dever legal de assistência e de constituir delito do art. 487 do Código Penal, pode fundamentar a separação a pedido do cônjuge abandonado.

No direito germânico, o abandono malicioso está arrolado entre as causas de divórcio. Se o cônjuge se encontra em lugar incerto, não sabido ou inacessível, o abandono é qualificado como deserção e quase deserção em caso contrário.

Para que o abandono possa fundamentar o divórcio deve agregar os seguintes requisitos: **a)** o cônjuge culpado deve viver separado do outro cônjuge, ou seja, não viver na comunidade doméstica com ele, por haver saído do domicílio conjugal ou por ter expulsado seu consorte; **b)** que o cônjuge culpado se conserve afastado com intenção maliciosa, ou **animus dirimendi matrimonii**, o que se presume; **c)** que o afastamento se verifique contra a vontade do outro esposo e, finalmente, **d)** que esta situação perdure por um ano, podendo a demanda ser intentada antes de expirar este prazo, pois, sua complementação poderá ocorrer durante o processamento.

A intenção maliciosa, na prática, é comprovada pelo fato de que *instado a recomeçar a vida conjugal não fornece motivo algum para o seu afastamento.*

O "Matrimonial Causes Act" de 1857 colocou o abandono em terceiro lugar, o Hebert Act de 1937, modificado em 1963, o enquadrou na teoria da "ofensa matrimonial".

Para os ingleses, o abandono não é a ausência, mas a cessação de certo modo de vida. Existe quando cessa a coabitação, ainda que os esposos vivam sob o mesmo teto. Individualiza-se pela intencionalidade e ausência de justa causa, durante três anos ininterruptos.

Assim, o abandono pode ser conceituado como interrupção intencional da coabitação, com deserção ou não do lar conjugal, sem causa razoável, sem o consentimento do outro, durante o prazo de três anos consecutivos.

A "desertion construtive", o abandono tácito é mais um rompimento do contrato matrimonial que uma deserção conjugal. Fatos existem que, *per sí ou num crescendo injustificável, ofendem tão profundamente o outro cônjuge, tornando a vida tão desagradável e insuportável que produz este tipo de abandono, pior às vezes que uma deserção da casa comum.*

Nos Estados Unidos da América existe esta causa de separação em todos os Estados, exceto na Carolina do Norte. A maioria das leis exigem que o abandono dure um determinado período de tempo. Em Idaho, Louisiana e New Mexico nada se diz sobre o prazo de duração do abandono; em Rhode-Island se exigem cinco anos ou menos, a discricção do Tribunal; em Connecticut, Georgia, Maine, New Hampshire, Texas e Vermont, três anos; em Delaware, Columbia, Indiana, Iowa, Michigan, Nebraska, New Jersey, Pennsilvânia, Tennessee, Virginia e Virginia do Oeste, dois

anos; em Maryland, dezoito meses, e em todos os demais Estados, um ano. Trata-se de um abandono total e contínuo sem razão válida. Em New Hampshire, o abandono deve complicar-se com a cessação de toda pensão ou outra medida que assegure a manutenção da esposa. Alguns Estados admitem o abandono tácito quando a vida comum acaba em consequência da conduta repreensível de um dos esposos; por exemplo, no caso de negativa a manter relações sexuais (Illinois: *Lemon v. Lemon*, 1958).

"Alguns Estados admitem a simples deserção durante certo prazo: sete anos em Vermont e Connecticut; três anos em Ohio e New Hampshire; um ano em Arkansas e Illinois. A deserção apenas do marido se admite em Alabama (dois anos) e em Kentucky (cinco anos). Em Tennessee, admite-se o divórcio quando a mulher se nega a habitar neste Estado e está ausente dois anos; e em New Hampshire, quando a mulher abandona o Estado e vive separada do marido dez anos sem que ele o tenha consentido." (26)

Em Portugal, onde o legislador usou a expressão "abandono completo" querendo significar, no dizer de DELGADO (27), "em boa e sã linguagem, um abandono total, isto é, inteiro, absoluto; portanto o legislador, ao utilizá-la, quis significar que o abandono só seria fundamento do divórcio ou da separação, quando um dos cônjuges saísse do lar conjugal, com o intuito de acabar com a comunhão de vida entre ambos".

O acórdão da Relação do Porto, de 29-7-60 (28), é bastante elucidativo, quando explica:

"O abandono completo do domicílio conjugal por tempo não inferior a três anos consiste na saída do cônjuge culpado da casa onde os dois cônjuges tenham estabelecido o seu lar comum, voluntária, injustificada e não consentida, por parte do cônjuge que fica, acompanhada do menosprezo e desamparo moral ou material, ou de ambos simultaneamente, deste, e com o ânimo de pôr termo à convivência conjugal e à comunhão material e espiritual que entre os dois esposos deve existir para que os fins do matrimônio se realizem, e que eles têm obrigação de dignificar, desde que tal separação se mantenha e perdure ininterruptamente por três anos, pelo menos.

Verifica-se ainda o abandono completo do domicílio conjugal quando a mulher se recusa a acompanhar o marido na mudança de domicílio conjugal, salvo se essa mudança for para as províncias ultramarinas ou estrangeiro, a menos que a isso seja judicialmente compelida."

Na Argentina, o abandono voluntário e malicioso é causa de separação, entendida como subtração ao cumprimento dos deveres conjugais,

(26) SANTONJA, Vicente Luis Slimo — "Divorcio y Separación" — cit., pág. 439/440.

(27) DELGADO, Abel Perelra — "Do Divórcio e da Separação Judicial de Pessoas e Bens" — Coimbra Atlântida Editora — 1971 — pág. 51.

(28) Apud "O divórcio, a investigação da paternidade ilegítima e a separação de pessoas e bens na Jurisprudência portuguesa" — Coimbra de Raul Dias Leite de Campos — Coimbra — Biblioteca Jurídica — 1963, pág. 10.

como a coabitação por exemplo. É malicioso quando consumado sem razão suficiente; voluntário quando é produto de livre deliberação, nunca por império das circunstâncias.

Configura-se, portanto, quando um dos cônjuges falta ao dever de coabitação e assistência que a lei impõe.

Merece maior destaque o Direito Argentino, onde este motivo data da vigência da Lei de Matrimônio Civil, desde 1º de dezembro de 1889, não tendo sido mencionada antes no Código Civil nem no Projeto de Freitas. O artigo 67 incluiu em último lugar o abandono voluntário e malicioso do lar.

#### Segundo BARROETAVERA (29),

“importa o afastamento de um dos cônjuges do lar conjugal sem motivos razoáveis e com vontade de não cumprir as obrigações emergentes do matrimônio, em particular as de coabitação e assistência.

Sem embargo, este conceito admitido pela generalidade não é de todo exato, pois o cônjuge que queira iludir o cumprimento de tais deveres não precisa alheiar-se do lar, porque pode conseguí-lo igualmente expulsando sua mulher ou ainda impedindo-lhe o acesso. O conceito expresso por Enneccerus, Kipp e Wolff resulta mais claro enquanto expressa que é pressuposto para o divórcio por abandono malicioso “que o culpável viva separado do outro cônjuge, isto é, que não viva em comunidade doméstica com ele, seja por haver saído do domicílio conjugal ou por ter expulsado a seu consorte”. O certo é que a nota distintiva desta causa — abandono — constitui a supressão da vida em comum, subtraindo-se aos deveres e encargos do matrimônio.”

BORDA (30), esclarecendo as circunstâncias para que o abandono possa considerar-se voluntário e malicioso, destaca:

“a) O propósito de subtrair-se aos deveres conjugais de coabitação e assistência. Esta é a nota característica essencial do abandono, que permite qualificá-lo de malicioso. No marido será particularmente importante que ao afastar-se tenha deixado de contribuir aos gastos do lar; mas o fato de que continuou contribuindo não basta para excluir o caráter malicioso do abandono, pois as obrigações maritais não se limitam à sustentação econômica do lar e o afastamento supõe violação do dever de coabitação. Com razão se considera que o abandono se agrava pela circunstância de ter se efetivado estando enfermo o marido ou de ter-se integrado com a convivência de uma pessoa do sexo oposto.

(29) BARROETAVERA, Diego Lucio — “El Divorcio en el Derecho Argentino” — cit., pág. 87, n.º 41.

(30) BORDA, Guillermo A. — “Tratado de Derecho Civil Argentino — Familia” — Buenos Aires, — Editorial Perrot — 1969, I/383, 4, n.º 505.

Decidiu-se ainda que tanto existe abandono quando um dos cônjuges se afasta do lar ou quando impede maliciosamente o acesso do outro.

b) O abandono do lar faz presumir seu caráter voluntário e malicioso; o cônjuge que pretender que seu afastamento obedece a razões legítimas, deve prová-lo. Esta presunção é mais rigorosa com respeito à mulher, pois tem obrigação de seguir o seu marido no domicílio que este fixar. E justamente porque o esposo é quem tem o direito de escolher o domicílio, a circunstância de que o transfira a um lugar onde a mulher não queira acompanhá-lo não configura abandono se houver motivo razoável e sua atitude não importe abuso de direito; ao contrário, é a mulher que injustificadamente permanece no domicílio anterior a que incorre em abandono. Mas se a mudança de domicílio é abusiva, a negativa da esposa não importa abandono; isso ocorre quando o marido não atendeu aos justos motivos que tem sua mulher para não mudar-se. Aplicando estes princípios, ficou resolvido com razão que não é culpável o marido que decidiu retirar-se da casa dos sogros, onde vivia com sua esposa e filha, para instalar um lar independente, de acordo com suas possibilidades econômicas, por mais que sejam modestas.

O marido não perde seu direito de invocar o abandono do lar por sua esposa pelo fato de que não tenha invocado medidas judiciais para obter sua reintegração ao lar, posto que estas são de exercício facultativo e não obrigatório.

Há abandono se, rechaçada a demanda de divórcio instaurado pela mulher, esta se nega a reintegrar-se ao lar não obstante a intimação do marido.

c) Tem importância para a qualificação do abandono o interesse demonstrado pelo resultado do pleito, máxime quando neste há de decidir-se também a posse dos filhos comuns. Quando o demandado não se apresenta em juízo ou o faz com displicência, sem justificar sua conduta, está revelando que seu afastamento não obedeceu a nenhuma causa séria; caso contrário defenderia seus direitos."

A jurisprudência argentina tem reconhecido diversas hipóteses não configurativas do abandono: a existência de uma causa de divórcio atribuível ao outro cônjuge, como injúrias graves, maus tratos, adultério etc.; ausências justificadas, convivência impossível, enfermidades comprovadas, interposição de demanda divorcista, mútuo acordo e outros "motivos razoáveis" justificativos do abandono do lar ou dos deveres conjugais.

Em resumo, podemos afirmar ser ponto, mais ou menos pacífico, na doutrina e jurisprudência dos países abordados, que o abandono do lar é um ato unilateral, livremente consentido, praticado com o intuito de romper os laços matrimoniais, sem qualquer motivo plausível.

## 8. Idéias gerais em nosso Direito

O artigo 317 do Código Civil Brasileiro, regulador e enumerativo das causas fundamentais que embasam a dissolução matrimonial, relacionou, dentre elas, por último, "o abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos", modificando a primitiva redação do artigo 81, § 3º, do Decreto nº 181, de 24-1-1890 — Lei sobre o Casamento Civil — "abandono voluntário do domicílio conjugal e prolongado por dois anos contínuos", prazo esse que o Projeto do Código Civil, no art. 1.610, nº IV, pretende, justificadamente certo, abreviar para um ano, mantidos os demais termos da redação codificada.

A substituição de "domicílio conjugal" pela expressão "lar conjugal" não é resultado de mera alteração terminológica.

A palavra "domicílio", com seu duplo sentido de uma relação estabelecida pela lei entre uma pessoa e um certo lugar ou a designação deste mesmo lugar, deu margem a várias interpretações. Os juristas nunca chegaram a um acordo; os códigos também divergem, dizendo uns que "domicílio é o lugar" e outros que "domicílio está no lugar".

Nosso sistema admite a pluralidade de domicílios. O artigo 32 considera domicílios da pessoa natural as diversas residências onde alternadamente viva, ou vários centros de ocupações habituais. A lei ajudava a confusão. Além do mais compete ao marido a fixação ou a mudança do domicílio conjugal e o seu abandono não redundaria em causa de separação, pois, caberia à mulher a obrigação de seguir o marido se não quisesse ser o cônjuge desertor do domicílio do casal.

A expressão "lar conjugal" não se presta a tamanha confusão nem interpretações capciosas e errôneas. "Lar conjugal não é simplesmente a habitação que se acanha na rude e irrelevante materialidade, mas o ambiente de elevação moral, de respeito, de honra e de altruísmo". (31) "O lar não se conceitua materialmente, geometricamente, mas sim, como a atmosfera moral e sentimental que enche a morada conjugal." (32)

Lar conjugal é o local onde o dever-prazer da coabitação se executará em toda a sua extensão.

## 9. Conceito

Convém frisar, mais uma vez, que a enumeração das causas de separação conjugal não quer dizer graduação, menor ou maior dosagem, mas, tão-só, hipóteses taxativas das diversas conjunturas capazes de determinar a dissolução da sociedade matrimonial e fora das quais não será concedida em nosso País qualquer separação litigiosa. A aceitação de qualquer outro motivo não pode ser levado em conta por obra da jurisprudência, sem usurpação, como disse Oliveira Castro, da função de legislar. Esta distinção nada mais representa senão um fracionamento de um

(31) Bras Felício Panza — Ac. de 15-6-59. Apud Castro — Almeida e Alckmin — "Repertório de Jurisprudência do Código Civil" — São Paulo — Max Limonad — 1961, III/445, n.º 1.274.

(32) Duque da Estrada — Ap. Civ. n.º 5.801 — 4.ª Cam. Civ. — TJ do antigo DF, em 3-4-1945 — In Rev. For. 106/70.

mesmo conceito referente ao inadimplemento dos elementares deveres originados da relação matrimonial, de um atentado à personalidade do outro cônjuge ou de exemplificação de fatos ou atos comprobatórios da saturação desta relação, do desmoronamento da união e da impossibilidade de sua continuação.

A conceituação e o delineamento das características do abandono não se conservam imunes às dificuldades comuns aos institutos jurídicos.

"A palavra abandono exprime a idéia de cessação voluntária de uma relação jurídica. Com referência ao sujeito, usa-se para significar o próprio ato da deliberação, que operou aquele efeito.

Significa, mais precisamente, a ação de abandonar uma coisa. No tocante ao objeto, é empregada para caracterizar o estado resultante da execução daquela deliberação. Diz respeito, justamente, ao estado de uma coisa abandonada.

Aplica-se o vocábulo a grande número de relações e fatos jurídicos, embora de condições e caracteres díspares. Mas sempre ressaltando a circunstância de haver o rompimento do vínculo que ligava a coisa ao sujeito. Assim, quando se fala em abandono da propriedade, do lar conjugal, de animais, da coisa segurada, etc., sempre se tem em vista uma relação que cessa." (33)

A obrigação da vida em comum não abrange tão-só a convivência sob o mesmo teto, mais ainda a da satisfação do prazer conjugal. O abandono leva consigo manifesta violação dos elementos básicos que alicerçam todo o casamento.

Alguns autores preferem não defini-lo; outros nem sequer nos apresentam qualquer conceito, optando pela exemplificação jurisprudencial bastante variada.

A doutrina e jurisprudência se bifurcam na interpretação do conceito de abandono como causa de separação matrimonial.

Uns sustentam que consiste no afastamento do lar conjugal, na deserção absoluta, caracterizada por um ato conscientemente livre, atestando, de modo inabalável e definitivo, a recusa aos deveres de coabitação e assistência, impostos legalmente pelo artigo 231 do Código Civil.

Outros, considerando que o abandono não consiste no fato material da ausência, advogam o entendimento de que se evidencia em fatos que implicam a manifestação inequívoca, evidente e reiterada do propósito de alhear-se à comunidade marital.

Em sentido amplo, significa omissão, negligência, recusa no cumprimento dos deveres conjugais ou no exercício de seus direitos, um abandono negativo que o tempo vai confirmar.

(33) CARVALHO SANTOS, J. M. de — "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro" — Rio — Editor Borsari — 1/33.

Em sentido mais restrito, é o abandono positivo, a deserção, do lar conjugal, a negativa de continuar o casamento, a cessação ou o desamparo voluntário, expresso ou tácito, abdicativo da relação matrimonial.

Em resumo, a lei quis definir um estado de fato, autorizando a separação, mediante uma sentença de dissolução matrimonial, quando se comprova a desvinculação física dos cônjuges, sem justa causa e por tempo não inferior a dois anos contínuos.

## 10. Abandono do lar e abandono da família

Já demonstramos antes possuir o abandono do lar um conceito mais amplo e distinto que o de simples ausência, separação de fato ou mero afastamento do lar conjugal.

Agora, achamos mais conveniente traçarmos as linhas diferenciadoras do abandono do lar e do abandono da família.

O abandono voluntário do lar, explica-nos ALÍPIO SILVEIRA (34),

“significa a mudança de residência ou domicílio por parte do cônjuge desertor.

Ao invés, no segundo, — o abandono de modo geral da esposa e dos filhos — nem sempre o marido muda de domicílio. Permanece no lar, mas de modo irregular, com ausências maiores ou menores, recusa-se a coabitar com a mulher, deixa esta e os filhos ao desamparo material e moral, não cuidando sequer de providenciar o sustento da família. Comete, enfim, uma série de infrações aos deveres conjugais, que configuram injúria grave sancionável pelo desquite.

A diferença com o abandono voluntário do nº IV do artigo 317, é incisiva. O primeiro exige dois anos contínuos de completo afastamento. Ao passo que o abandono no outro sentido não necessita prazo prefixado em lei para caracterizar a injúria grave.”

O abandono do lar é infração do dever de coabitação, imposto pelo artigo 231, II, do Código Civil; o abandono da família constitui crime capitulado no artigo 244 do Código Penal, de ação pública.

O abandono material, em separando-se da apenação francesa e italiana, adotou a fórmula transaccional, objetivando a proteção da família em seu aspecto material, em sua subsistência. Tutela-se aqui o dever de assistência recíproca, conseqüência lógica da união que deveria dimanar das mais nobres aspirações humanas. A pena se destina a alertar esse sentimento, quando o egoísmo o faz adormecido. Sua ação física se evidencia quando o cônjuge deixa de prover à subsistência do outro, do filho menor ou inapto para o trabalho, o ascendente inválido, valetudinário ou gravemente enfermo e o descendente também assim doente, quer não lhe proporcionando os recursos necessários, não pagando a pensão alimentícia

(34) SILVEIRA, Alípio — “Desquite e Anulação de Casamento” — São Paulo — Ed. Universitária de Direito — 2.ª ed., 1972, pág. 143.

fixada judicialmente, quer deixando de socorrê-los, quando gravemente enfermos.

O abandono do lar conjugal só se presta a motivar o desfazimento da união, quando um dos cônjuges deixar de observar o dever de coabitação, em toda a sua extensão.

## 11. Abandono: classificação e requisitos

O abandono, como causa de dissolução matrimonial, pode significar ausência física ou moral, separação de fato ou propósito de conservar-se afastado, unificando-se na continuidade. Por isso, encontramos interpretações que o situam como alheamento do lar com intenção de fugir aos encargos da coabitação e assistência, impostos pelo artigo 231, II, do Código Civil. Preferem outros encará-lo não como o fato material da ausência, senão como fatos que denunciam a vontade certa, inquestionável e reiterada de recusar-se a manter a vida em comum no domicílio conjugal e prover a manutenção da família.

Emerge desta duplicidade conceitual o abandono positivo ou total, materializado na deserção do lar conjugal e o abandono negativo, representado pela simples ausência; o abandono material, parcial, físico ou corporal, que revela a ausência pessoal do consorte e o "abandono moral, que se expressa pela falta de assistência, de solicitude, dos carinhos que um esposo ao outro deve, e até mesmo pelo inadimplemento do **debitum conjugale**, como pela minguada contribuição alimentar e, ainda, por indefinido número de situações vexatórias que traduzem indiferença ou desprezo, o propósito velado de humilhar o cônjuge perante familiares ou estranhos". (35)

O primeiro, desvinculação visível, indubitável e até ostensiva, situa-se na órbita de gravitação do inciso IV; o outro é albergado nas malhas largas da injúria grave, merecendo considerações mais pormenorizadas noutra parte deste estudo.

Sobressaem no abandono do lar conjugal dois elementos principais e inconfundíveis. O primeiro supõe ausência, deserção absoluta, é inteiramente corporal ou físico; o último revela-se subjetivo, intencional, consistente no propósito manifesto do inadimplemento dos deveres conjugais.

O abandono do lar conjugal para poder fundamentar a separação legal, requer, entre outras coisas:

- a) saída do domicílio conjugal;
- b) voluntariedade desta saída;
- c) sem consentimento do outro cônjuge;
- d) com o intuito de romper a vida em comum;
- e) que esta circunstância se prolongue durante dois anos contínuos.

(35) Ap. Civ. n.º 14.332 — TJMT — Em 26-6-58 — Bel. Des. Merolino Correia — In Rev. For. 181/228.

## 11.1 saída do domicílio conjugal

Sair é verbo intransitivo, oriundo de **sailo** = saltar, pular, significando partir, afastar-se de, abandonar, deixar de fazer parte de, ausentar-se. Logicamente, antes de qualquer explicação, é necessário que um dos cônjuges saia do lar conjugal.

O Código usou a expressão lar conjugal, apenas neste inciso IV do artigo 317; nas demais referências adotou "domicílio do chefe de família" (Dec.-Lei nº 4.657, de 4-9-42 — Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 7º, § 7º), "domicílio" (CC, art. 36, parágrafo único), "domicílio conjugal" (art. 231, II), "domicílio da família" (art. 233, III), "habitação conjugal" (art. 234).

A fixação ou mudança do domicílio da família compete ao marido, como uma decorrência da posição de chefe da família. "Mas convém notar que o marido não pode coagir a mulher, pela força ou com auxílio da Justiça, a segui-lo para onde ela não queira ir. É, certamente, dever da mulher acompanhar o seu marido, pois é da essência do casamento a vida em comum, no mesmo lar; porém o cumprimento desse dever é confiado aos impulsos da consciência, e só tem por sanção, além da que procede da reprovação social, a que estabelece o artigo 234, e o desquite, quando a obstinação da mulher assumir a feição de abandono do lar nos termos do artigo 317, IV", como nos assegura o douto CLÓVIS BEVILAQUA. (36)

A mulher casada tem o seu domicílio conforme as diversas circunstâncias de seu estado:

- a) na constância regular do casamento, seu domicílio é o conjugal, fixado pelo marido como chefe de família;
- b) estando o marido em lugar remoto, ou não sabido, ou se estiver em cárcere por mais de dois anos, ou for judicialmente declarado interdito, compete à mulher (art. 251) a direção e administração do casal e, nestas condições, determinar o domicílio conjugal;
- c) sendo separada do marido por desquite, o seu domicílio será o lugar onde estabelecer sua nova residência.

Desta forma, o lar conjugal, com todas as suas qualificações e conseqüências, em geral, é a residência do marido.

Pode ocorrer que os cônjuges não tenham chegado a conviver, hipótese em que não chegaram a constituir o lar, pela recusa da mulher em acompanhar o marido ou pela negativa deste em receber a esposa no novo domicílio conjugal.

Em qualquer hipótese, o casamento gera o dever de coabitação.

"A sociedade conjugal faz a mulher passar a ter o domicílio do marido, ainda se esse é que, desde a data do casamento, vem a se domiciliar no lugar em que era domiciliada a mulher (v.g., pas-

(36) BEVILAQUA, Clóvis — "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado" — cit., II/96, n.º 2.

sa a residir, com ânimo definitivo, na casa dela). Não é válido pacto antenupcial que preexclua a incidência do art. 36, parágrafo único. Se o marido tem mais de um, a mulher tem mais de um. Todavia, não é o domicílio da mulher dado pelo marido: a) se o marido, sem domicílio segundo o art. 31, ou segundo o art. 32 (portanto, com domicílio segundo o art. 33), desaparece logo após o casamento, porque se há de entender que na residência da mulher é que se estabelece a residência do casal, por aí poder ser encontrado o marido, mas esse domicílio cessa se o marido é encontrado e não quer residir onde é residente a mulher; b) na espécie do art. 25, II (cp. art. 40). Alguns juristas entendiam que, em caso de abuso do direito, por parte do marido, de fixar o domicílio, poderia escolher o seu a mulher. Tal caducidade do direito de fixar domicílio não está na lei brasileira, nem na alemã." (37)

Em se tratando de ação de separação conjugal, cabe ainda uma referência, sobre o "foro da residência da mulher", estabelecido no art. 100, nº I, do Código de Processo Civil.

Nas ações de nulidade ou de anulação de casamento e de dissolução matrimonial, o mencionado artigo abriu exceção ao princípio do foro domiciliar, adotando o "foro da residência da mulher", quer ela seja autora, ré, ou tão só consenciente na separação consensual.

Para PONTES DE MIRANDA (38), "não basta a morada, é preciso a residência, para que possa a situação de alojamento ser determinante do foro para as ações de desquite ou de decretação de nulidade ou de anulação de casamento. Seria contra os princípios fundamentais do direito que a mulher casada viajasse para outro município, ou para outro Estado-membro para pedir a dissolução da sociedade conjugal, ou a decretação da nulidade ou da anulação do casamento".

TORNAGHI (39) não acha isso impossível: "por vezes o remédio legal poderá produzir o mal oposto, colocando nas mãos da mulher um instrumento para dificultar a defesa do marido. A mulher domiciliada com o marido no Rio Grande do Sul pode mudar a residência para o Acre e ali pedir o desquite sem que aquele possa fazer alguma coisa para evitar a competência do foro acreano. Se a mulher abandona o lar no Pará para viver com o amante em São Paulo, aí é que o marido terá de mover ação de desquite. A ação do marido para ver declarada a nulidade ou para obter a anulação do casamento terá de ser movida onde a mulher estiver residindo no momento da propositura".

Em caso de dissolução matrimonial consensual (40), sustentamos que "o privilégio de que desfruta a mulher para propor a ação de desquite,

(37) PONTES DE MIRANDA — "Tratado de Direito Privado" — cit., Vol. I/264, § 71, n.º 8.

(38) PONTES DE MIRANDA — "Comentários ao Código de Processo Civil" — Rio — Forense — 1974, II/236, n.º 1.

(39) TORNAGHI, Hélio — "Comentários ao Código de Processo Civil" — São Paulo — Revista dos Tribunais — 1974, I/334.

(40) LIMA, Domingos Sávio Brandão — "Desquite Amigável — Doutrina — Legislação — Jurisprudência" — cit., pág. 84, n.º 11/2.

com caráter de verdadeira proteção ao cônjuge presumidamente merecedor de amparo legal, além da forte oposição e resistência que vem encontrando, é uma competência territorial, prorrogável, se a ré não opõe a **declinatoria fori** — não tem aplicação no desquite **communi consensus**".

"A lei nunca estabeleceu o foro para estas ações (as de desquites amigáveis), nascidas sob o pálio do consentimento. Mesmo que impusesse a competência **ratione domicili**, ainda assim era possível a dilatação dessa competência. A prorrogação deriva da vontade expressa das partes, não inverte a ordem das jurisdições, que é fundamentada no direito e interesse públicos, e só se modifica no sistema dos limites territoriais, que é coisa secundária, calculada, exclusivamente, para a comodidade das partes."

Em caso de abandono por motivo injustificável ou imoral, a jurisprudência paulista (TJSP 3ª C. Civ. em 13-8-41 — in RF-88/454) entendeu que esta regra deixa de ter incidência.

Advogamos a tese de que o Ministério Público não pode arguir a incompetência por infração ao mencionado artigo, salvo incapacidade da mulher. A competência territorial é simplesmente prorrogável. Se os interessados não a contestam, arguindo a **declinatoria fori**, ela se prorroga, tornando-se insuscetível de alteração.

## 11.2 voluntariedade desta saída

Para justificar a separação legal, não basta o abandono do lar conjugal. A lei exige o qualificativo da voluntariedade. A atitude do desertor deve ser clara, inteiramente livre e espontânea. Qualquer circunstância coativa ou resultante de motivos justificáveis, independentes do ânimo de quem a comete lhe retira o caráter punitivo da lei. A inocência do cônjuge abandonado, a ausência de motivo ou causa justos são pontos cardeais para diagnosticar a espécie de abandono.

RAFAEL MAGALHÃES, citado por Carvalho Santos (41), "a seu turno, ensina que o qualificativo **voluntário** não supõe simplesmente ausência de coação física ou de constrangimento moral; significa também falta de motivos relevantes e justos para o procedimento arguido".

O abandono deve ser, na censura da lei, adianta o saudoso mestre, "caprichoso, arbitrário, injustificado, sem explicação plausível e sobretudo sem provocação ou culpa do cônjuge derelicto, para ser recebido como fundamento do divórcio por este promovido."

Assim, o abandono do lar para fundamentar a decretação da dissolução matrimonial há de ser injusto, ou seja, sem causa legítima. Por isso, se um dos consortes se afastou do lar conjugal por ter sido expulso, para subtrair-se a uma condenação criminal, compelido por sevícias, movido por atitude escandalosa e agressiva do outro cônjuge, maus tratos ou enfermidade contagiosa, repugnante ou psíquica, receoso de ameaça ou

(41) Apud CARVALHO SANTOS, J. M. de — "Código Civil Brasileiro Interpretado" — Rio — Freitas Bastos — 1953, V/249.

prática de qualquer ato violento, movido pela mágoa do comportamento irregular do outro ou porque o marido nele instalou uma amante, proibiu-lhe acompanhá-lo para o novo domicílio ou impediu-lhe o acesso ao lar, numa demonstração cabal da intolerabilidade da vida em comum, decorrente da inferioridade em que é colocada a mulher, é manifesto que estas atitudes não podem ser levadas à conta de abandono por faltar-lhes o requisito da voluntariedade.

A expressão "voluntário" qualifica o abandono como injusto, sem causa, sem explicação plausível, não sendo sancionado pela dissolução o abandono que se embasa em motivos relevantes e socialmente aceitos para descaracterizar o mesmo.

### **11.3 sem o consentimento do outro cônjuge**

Comprovada a ocorrência dos requisitos anteriores, a saída do lar conjugal, sob qualquer hipótese, não deve ter a aquiescência do outro cônjuge. Tem que ser contra a sua vontade, pois, a concordância ou consentimento retira ao afastamento seu caráter fundamental.

É fato corriqueiro o marido, de comum acordo com a mulher, sair do lar conjugal em regiões pobres de nosso interior para vir aos grandes centros metropolitanos com o propósito de tentar a vida com trabalho mais lucrativo ou melhorar os meios de vida para sua família.

Superadas as dificuldades iniciais, a correspondência começa a rarear, as visitas acusam gradativo espaçamento, a interrupção de contribuição para a manutenção da família e a troca de domicílio para não receber reclamações, tudo indica e caracteriza o completo abandono da esposa e menosprezo por sua condição legal. Mesmo assim, pouquíssimos são os que aceitam esta caracterização do abandono voluntário pela presença do consentimento inicial. Neste caso típico, o melhor é orientar o caso para o propósito injurioso do marido <sup>(42)</sup>, nunca enveredar pelos caminhos estreitos do abandono voluntário, onde uma evolução muito lenta e formalista da magistratura os torna ainda mais sinuosos.

### **11.4 com o intuito de romper a vida em comum**

Para motivar a separação legal, não basta que o abandono seja voluntário, espontâneo e livre. Torna-se necessário que o cônjuge recalcitrante tenha a sã consciência de que sua deserção rompe definitivamente a obrigação de vida em comum, quebra a unidade da vida familiar, extingue os laços originários do casamento, revelando o completo desinteresse pela sorte do cônjuge e filho.

Na Apelação Cível nº 6.559, de Barra do Garças, comprovou-se um caso de um marido que, após vender todos os móveis e pertences que sua mulher havia adquirido com o seu trabalho, desapareceu de casa sem qualquer rasto ou indicativo de sua existência. O marido que aguardou

(42) Ap. n.º 242.515 — TJSP 4.ª C. Civ. — em 24-7-75 — Rel. Des. Moretsohn de Castro — In RT — 489/77.

o sono de sua esposa e, ainda madrugada, levando consigo todos os seus objetos pessoais e roupas, viaja para local distante, sem qualquer explicação, por certo revela unilateralmente o intuito insofismável de violar os deveres de coabitação e assistência.

### **11.5 que esta circunstância se prolongue por dois anos contínuos**

As características culposas do abandono do lar conjugal não estariam completas se não forem respaldadas pelo tempo. A lei exige mais, quer o abandono voluntário do lar, durante dois anos contínuos, tempo esse que o Projeto propõe reduzir, com justiça, para um ano. Contínuo quer dizer inteiro, não separado, não interrompido, não fracionado.

ORLANDO GOMES (43) entende que "embora a lei exija para caracterização do abandono o decurso de dois anos, pode-se configurar antes do transcurso desse prazo, se determinadas circunstâncias o indiciam. Com efeito, a intenção de abandonar o lar pode revelar-se por fatos inequívocos, que dispensam o elemento objetivo".

Infelizmente, o grande mestre não completou seu raciocínio nem mesmo chegou a exemplificá-lo com alguma jurisprudência. O que não exige o concurso do tempo é o abandono moral, uma injúria grave bem caracterizada e como tal considerada.

SILVA PEREIRA (44) é mais consentâneo com a doutrina e a jurisprudência, ao afirmar: "nosso direito atual requer os dois anos cumpridos e a continuidade. Ausências intermitentes não o caracterizam, nem é lícito somar tempos destacados de afastamento, para computar o prazo da lei. Mas, reversamente, não é de confundir-se o abandono com a ausência. Esta, em sentido técnico, pressupõe o desconhecimento do local onde se encontre a pessoa, aliado à falta de notícias, e pode ser causada até por determinantes incoercíveis como a guerra, o desaparecimento acidental, etc. Ao passo que o abandono, justificativo de desquite, requer o elemento anímico da voluntariedade, e pode caracterizar-se mesmo que se saiba onde se encontra o que pratica, e ainda que resida na mesma localidade".

Que razões teria o legislador para exigir tal prolongamento do abandono? Responde o emérito BEVILÁQUA (45): "o abandono deve prolongar-se. Pode ser o resultado de um movimento irrefletido, ou de uma apreensão infundada. Se, passado esse período de perturbação emocional, o cônjuge regressar ao seio da família, deve encontrar abertas as portas do lar".

Achamos, contudo, que, diante da celeridade dos tempos modernos, é muito tempo para uma irreflexão, acarretando imensas privações para o cônjuge abandonado, de ordem material, emocional, sexual e afetiva, se persistir à espera do retorno ao lar de quem não teve sequer a menor consideração para justificar sua deserção...

(43) GOMES, Orlando — "Direito de Família" — Rio — Forense — 1968, pág. 198, "d".

(44) SILVA PEREIRA, Caio Mário da — "Instituições de Direito Civil" — Rio — Forense — V/153, n.º 2.

(45) BEVILÁQUA, Clóvis — "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado" — cit., II/215.

Por isso, concordamos inteiramente com ALÍPIO SILVEIRA (46), quando afirma com muita precisão e honestidade:

"Na verdade, este amplíssimo prazo de dois anos concedido pela nossa lei ao tráfuga do lar para que a vítima possa propor o desquite, é um produto de mentalidade, época e concepções há muito antequadas, quando a dissolução era excepcional e a todo o custo se procurava evitar a desagregação do lar, e se mantinha a esperança de que o desajuste, traduzido pelo abandono, se resolveria dentro daquele prazo. Será que hoje o cônjuge tráfuga e o abandonado esperarão a metade sequer desse prazo para se amasiarem e legalizarem ficticiamente a nova união através dos préstimos da justiça do México, do Uruguai e de outros países?"

O nº IV do art. 317 já não preenche sequer a finalidade para que foi destinado. Durante o amplo período de espera, tudo acontece: adultério, prostituição da mulher e das filhas, injúrias, homicídio de cônjuges, famílias ilegítimas crescendo e se multiplicando. Depois de tudo isso é que se irá remover o casco velho do matrimônio naufragado, com o guindaste da justiça."

## 11. abandono malicioso

Examinando-se nossa jurisprudência e alguns autores, é comum encontrarmos acórdãos, sentenças e comentários falando em "abandono malicioso", "cunho malicioso", **malitiosa desertio**, "que a voluntariedade pressupõe malícia", "voluntário e injustificado", embora este requisito não conste explicitamente de nossa legislação.

Já tivemos ensejo de observar que o **Codex Iuris Canonici** não contemplou de modo expreso o abandono malicioso, como decorrência natural de seu modelo romano, mas a jurisprudência e a doutrina eclesásticas nunca relutaram em acolhê-lo como uma das figuras análogas a que se refere o canon 1.131.

Para os canonistas, conforme nos assinala CANTON (47), "o elemento intencional tem especial relevância na hora de decidir sobre a existência de uma situação de abandono ou separação privada unilateral que resulte realmente maliciosa. A "malícia", elemento qualificado do abandono, consiste na intenção de romper a comunidade conjugal, de descumprir o dever de coabitação. Contudo, é possível que realmente exista esta intenção sem que o abandono chegue a ser malicioso, pois, existindo ainda intenção, cabe a possibilidade de que o dissidente tenha verdadeiro direito a negar-se a coabitar com o abandonado: haverá intenção, mas não haverá injustiça".

(46) SILVEIRA, Alípio — "Desquite e Anulação de Casamento" — cit., pág. 142.

(47) CANTON, A. Bernardez — "Las Causas Canonicas de Separación Conyugal" — cit., pág. 556, § 45.

Idêntico raciocínio podemos observar, à luz de nosso Direito, nos seguintes exemplos:

O marido que se recusa a coabitar com sua mulher e abandona o lar conjugal sabe que está infringindo os deveres matrimoniais e revela com o afastamento a intenção clara de romper os laços decorrentes do casamento, mas se provar que sua atitude foi alicerçada no adultério praticado pela mulher, o abandono deixa de ser injusto.

A mulher que, após violenta agressão e ameaças de repetição, transfere-se para a casa de seus pais, assim procede com intenção de romper o casamento, mas não há abandono por ausência de voluntariedade.

Em ambos os casos, houve intenção, mas a motivação, a causa legítima, anulou o elemento volitivo. O que não acontece se o abandono do lar, ainda que tenha sido para fugir à ação da justiça, caracteriza-se se, com aquele, desinteressou-se o cônjuge inteiramente da família. Aqui, não houve intenção nem vontade, mas, ambos se caracterizaram posteriormente. O abandono que era simples efeito passou a constituir causa, perdendo a justa causa e ganhando a espontaneidade, para caracterizar a injúria grave ou o abandono moral.

As legislações da quase unanimidade de Estados inseriram em seus textos o abandono voluntário como causa predeterminada de divórcio; entretanto, raros são os que exigem o "abandono voluntário e malicioso" ou, simplesmente, o "abandono malicioso".

Malícia, palavra originária de **malus** (mau), quer dizer velhacaria, maldade, vício, má qualidade, habilidade, denunciando em todos os seus significados a existência de um elemento subjetivo, intencional, revelado apenas pela maneira do proceder. Por isso, o qualificativo de malicioso ao abandono traduz, com perfeita fidelidade, a intenção de desprezear as obrigações matrimoniais, revelando uma conduta típica, com o objetivo de romper, de fato, a sociedade conjugal, enquanto que o abandono voluntário, exteriorizado para a sociedade, caracteriza-se pela injustiça, diuturnidade, espontaneidade, frieza, objetividade, que não encontra fulcro em causas legítimas ou fatos alheios à deliberação de quem o comete.

Admitem o abandono malicioso como causa criminológica do abandono voluntário, os seguintes países: Albânia, Argentina (causa de separação conjunta), Costa Rica (causa de separação de corpos, não obstante existir divórcio), Grécia, Holanda, Islândia, Japão, Paraguai (causa de separação de corpos), Peru, Porto Rico, África do Sul, San Marino (causa de separação de corpos), Suíça e o Texas, nos Estados Unidos da América.

Bolívia, El Salvador, Hungria, Liechtenstein e República Dominicana exigem, como pressuposto à procedência deste fundamento, a notificação judicial para que o desertor retorne ao lar.

Muito embora possuam uma causa genérica para a decretação do divórcio, Alemanha, Austrália, Bulgária, Tchecoslováquia, Hungria, Polónia, Romênia, Rússia e Iugoslávia aceitam o divórcio por este motivo.

Em síntese, o abandono malicioso se realiza com a intenção de não cumprir as obrigações conjugais, mormente o dever de coabitação. Pronunciamentos há que o relacionam à falta de razões que o justifiquem, ressaltando para o abandono voluntário o firme propósito de cometê-lo.

Nossa jurisprudência, por influência da alemã e, posteriormente, da argentina, tem incluído na voluntariedade o intuito de romper a vida em comum, tendo em vista, segundo CARVALHO SANTOS (48), que "o abandono deve ser mau" expressão muito mais significativa e usada na técnica do Código alemão, a dizer "violação consciente do dever da vida em comum", para o qual não concorrem motivos ou causa justos; a malícia passa a figurar em plano secundário, confundindo-se mesmo com a ausência de justa causa, fato que empresta ao abandono aquele "caráter mau". Por isso, muitos autores exigem, para sua individualização, o injusto ou injustificado, expressões que encerram verdadeiros sinônimos de malicioso.

## 12. Relacionamento do abandono do lar conjugal com a injúria grave

Ninguém ignora a amplitude do conceito de injúria grave na motivação da dissolução da sociedade conjugal. ROUAST (49) a estima como "toda a violação dos deveres nascidos do matrimônio e todo o atentado à dignidade do cônjuge", o que, no pensamento de PLANIOL e RIPERT (50) quer dizer "toda a ofensa, ou ultraje, qualquer que seja a forma, verbal ou escrita". Mas, por maiores que sejam suas proporções, quer oriundas do Direito romano ou do francês, procura-se estabelecer limites, limites não só referentes à órbita integrativa da injúria e sua noção fundamental, como ainda pela exclusão de todos os demais atos ou fatos a que a legislação atribui destaque e autonomia, com potência terminativa da sociedade matrimonial.

Assim, não tivemos dúvida em afirmar (51):

"A injúria grave é um verdadeiro pretexto habitual e pouco justificado de todas as causas de separação, por isso não deve nem pode possuir regras fixas. A jurisprudência não se intimidará quando a equidade exigir, em certos casos, que se apliquem os limites da interpretação extensiva ou restritiva diante do formalismo representado pelo texto frio da lei. Já dizia Jhering que "a finalidade é a criadora de todo o Direito". Mesmo que se diga, como Borda, que não obstante a aparente rigidez

(48) CARVALHO SANTOS, J. M. de — "Código Civil Brasileiro Interpretado" — cit., V/249.

(49) Apud BARROETAVERA, Diego Lucio — "El Divorcio en el Derecho Argentino" — cit., pág. 67, n.º 28.

(50) PLANIOL, Marcel — RIPERT, Georges — "Traité Élémentaire de Droit Civil" — Paris — Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence — 1932, I/412, n.º 1.166.

(51) LIMA, Domingos Sávio Brandão — "Sevícia ou Injúria Grave a mais ampla causa-síntese de desquite" — São Paulo — 1976 — O. Dip. Editores Ltda., pág. 25, n.º 8.2.

da enumeração, a jurisprudência interpreta com tal amplitude a causa de injúrias graves, que na realidade de nosso direito, as causas são indeterminadas.”

Em seu sentido amplo, poderiam ser configurados como injúria grave todos os fundamentos de dissolução matrimonial, considerando-se que todos representam atos ou fatos contrários aos deveres nascidos do matrimônio, com respeito ao outro cônjuge. Qualquer violação de um dos deveres recíprocos constantes do elenco legal ou atentado contra a dignidade do cônjuge pode ser caracterizado como injúria grave.

No Direito francês, o abandono do lar conjugal constitui crime previsto na Lei de 23 de julho de 1942, mas não está relacionado entre os motivos justificadores da dissolução da sociedade matrimonial. Por isso, corporifica fato caracterizador da injúria. Mesmo assim, a jurisprudência tem oscilado entre dois critérios: o abandono puro e simples como demonstração de injúria grave e a prova cabal do caráter injurioso do abandono.

Sendo em nosso Direito o abandono voluntário e injusto tratado de modo especial e autônomo, como causa peremptória de dissolução do lar conjugal, a primeira corrente não pode ter oportunidade, pois, o mero evento do abandono não traz insito a injúria grave, caso contrário, tornar-se-ia inútil o enunciado do inciso IV do art. 317 do Código Civil.

A última, merece todo o nosso apoio e incentivo.

Admite-se, excepcionalmente, que o abandono, por circunstâncias peculiares e qualificativas, assumam um caráter especificamente ofensivo ao outro cônjuge. Nesta hipótese, pode ele corporificar a injúria grave e autorizar, por via oblíqua, a decretação da separação conjugal, se os atos ou fatos imputados derem ao abandono do lar um caráter totalmente injurioso e forem cumpridamente caracterizados e comprovados.

Exige-se que as circunstâncias indiquem, de modo inequívoco, que a intenção daquele que deserta da vida em comum tenha sido exclusivamente a de ofender a dignidade do consorte. Nestes casos, não se considera o abandono do lar conjugal, propriamente dito, o fato da deserção em si, mas a aferição da ofensa ou ultraje ao outro cônjuge. Da mesma forma que a simples permanência do casal sob o mesmo teto, sem a necessária assistência e coabitação, não caracteriza o abandono a que se refere o inciso IV, mas injúria grave; o adultério ou o abandono são a mais perfeita caracterização da injúria grave.

O abandono do lar supõe deserção absoluta por um ato de vontade, claro e definido, geralmente em um só instante e para que possa abrigar injúria grave deve pelas inequívocas circunstâncias indicativas comprovar que a intenção daquele que deserta tenha sido exclusivamente a de ofender a dignidade de seu consorte. “O conceito de abandono, a que alude a lei civil, como causa justificativa do desquite litigioso, não se

prende a fórmulas rígidas — explica-nos o Des. MEROLINO CORREIA. (52) Não é necessário o abandono físico ou corporal, representado pela ausência pessoal do cônjuge. Basta o abandono moral, que se expressa pela falta de assistência, de solicitude, dos carinhos que um esposo ao outro deve, e até mesmo pelo inadimplemento do **debitum conjugale**, como pela minguada contribuição alimentar e, ainda, por indefinido número de situações vexatórias que traduzam indiferença ou desprezo, o propósito velado de humilhar o cônjuge perante familiares ou estranhos; tudo isso configura abandono moral e constitui injúria grave”.

Na prática, esta caracterização tem grande importância, por desvincular o efeito do prazo de dois anos. A diferença entre uma e outra hipótese se fundamenta em que, justificado o abandono por mais de dois anos contínuos, corporifica-se uma causa peremptória de dissolução e se o abandono não durou esse lapso, fica liberada sua apreciação aos tribunais como injúria grave, como abandono moral.

Para SILVEIRA (53) “o abandono voluntário do lar conjugal pode, relativamente à injúria grave, se situar em três posições:

- a) estar inextricavelmente ligado à injúria grave, de modo que ambos formam um todo incindível; esta hipótese tem como exemplo o abandono voluntário de cônjuge enfermo ou em situação de transe, dor etc.;
- b) ser imediatamente anterior à injúria grave: depois de abandonar o cônjuge, o desertor o injúria de qualquer forma. São dois fatos autônomos;
- c) ser imediatamente posterior à injúria grave: o que se dá quando, antes de abandonar o cônjuge, o outro o injúria. São dois fatos autônomos, também aqui.

Mas, nas duas últimas hipóteses, embora sejam autônomos o abandono e a injúria, o abandono poderá tornar suficientemente grave como fundamento para o desquite, uma injúria que, sem ele, não o seria.

Quanto à posição referida na alínea a, nossos tribunais a desdobram em duas modalidades: numa delas, o abandono pode ser considerado injúria grave se as circunstâncias indicarem, de modo inequívoco, que a intenção daquele que deserta da vida conjugal tenha sido exclusivamente a de ofender a dignidade do consorte.

Na outra modalidade, bastará o abandono para configurar a injúria, havendo a presunção **juris tantum** de que ele significa falta de cumprimento dos deveres de coabitação e assistência.

Assim, “distingue-se, para o efeito de desquite, o abandono simples do lar, do abandono material da família. Ocorrendo a primeira hipótese, somente depois de dois anos contínuos poderá o cônjuge abandonado

(52) Ap. Civ. n.º 14332 — Julz de Fora — TJMG — Em 26-6-1958 — Rel.: Des. Merolino Correia — In Rev. For. 181/226-8.

(53) SILVEIRA, Alípio — “Desquite e Anulação de Casamento” — cit., pág. 139, n.º 7.

pleitear o desquite. Na segunda hipótese, independentemente do requisito temporal, comete o desertor injúria grave" (J-<sup>01</sup>), pois, "se os fatos descritos não configuram os fundamentos do adultério e do abandono do lar, únicos em que se baseia o pedido, mas caracteriza injúria grave, pode o desquite ser decretado". (J-<sup>02</sup>)

"A injúria grave caracteriza-se, também, quando o marido, sob falsas alegações de vida irregular da esposa, abandona o lar conjugal e subtrai ao convívio materno os filhos do casal, que leva consigo para a casa dos seus pais, onde, com eles, passa a morar" (J-<sup>03</sup>), ou "circunstância do marido tentar a vida na Capital, deixando a mulher no interior, não constitui por si só motivo legal para o desquite, sobretudo se consentido por ela. Todavia, o gradativo espaçamento das visitas à família, a suspensão de qualquer contribuição para a manutenção do lar, quando já superadas as dificuldades iniciais e, finalmente, o afastamento por completo da esposa demonstrando menosprezo por sua condição de mulher e companheira, não pode traduzir senão o propósito injurioso do marido". (J-<sup>04</sup>)

"O abandono do lar, por um dos cônjuges, para que dê ensejo à ação de desquite, há de ser espontâneo, voluntário. Se a prática é assumida por esposa sob distúrbios psíquicos, oriundos de parto anormal, juridicamente não há que falar em abandono." (J-<sup>05</sup>) "Não ocorre o abandono voluntário do lar quando a mulher sai de casa em decorrência de sevícias infligidas pelo marido." (J-<sup>06</sup>)

Eis alguns fatos, selecionados da Revista dos Tribunais e que também podem ser encontrados em AZEVEDO FRANCESCHINI e ANTÔNIO DE SALLES OLIVEIRA — "Direito de Família" — vol. II, que, pelas circunstâncias indicativas revelam injúria grave, "cabendo ao réu a prova da ocorrência de motivo justo" (J-<sup>07</sup>):

- trocar a fechadura da porta do apartamento; (J-<sup>08</sup>)
- impedir ao outro a volta ao lar, mediante substituição da fechadura; (J-<sup>09</sup>)
- vedar à esposa a entrada no lar; (J-<sup>10</sup>)
- desmanchar o lar para voltar a morar com os pais, sem motivo justo e contra a vontade da mulher; (J-<sup>11</sup>)

(J-01) Ap. n.º 63.614 — TJGB 7.ª C. Civ. — Dec. Un. — Em 2-9-69 — Rel.: Des. Epaminondas Pontes — In RT — 417/385.

(J-02) Ap. n.º 75.242 — TJGB 4.ª C. Civ. — Em 2-12-71 — Rel.: Des. Salvador Pinto Filho. — In RT — 446/252.

(J-03) Ap. n.º 7.163 — TJMT 1.ª C. Civ. — Em 13-3-72 — Rel.: Des. Castelo Branco — In RT — 458/193.

(J-04) Ap. n.º 242.515 — TJSP 2.ª C. Civ. — Em 24-7-75 — Rel.: Des. Moretzsohn de Castro — In RT — 489/77.

(J-05) Ap. n.º 7.894 — TJSC 2.ª C. Civ. — Em 7-6-72 — Rel.: Des. Cerqueira Cintra — In RT — 450/210.

(J-06) Ap. n.º 205.853 — TJSP 3.ª C. Civ. — Em 24-8-72 — Rel.: Des. Costa Manso — In RT — 452/61.

(J-07) Ap. n.º 178.641 — TJSP 5.ª C. Civ. — Em 5-6-70 — Rel.: Des. Goulart Sobrinho — In RT — 422/145.

(J-08) Ap. n.º 48.789 — TJDF 5.ª C. Civ. — Em 26-5-59 — Rel.: Des. Hugo Auler — In RT — 294/566 e RF — 190/169.

(J-09) Ap. n.º 60.198 — TJSP 5.ª C. Civ. — Em 3-10-52 — Rel.: Des. Vicente Sabino Junior — In RT — 206/307.

(J-10) Ap. n.º 68.073 — TJSP 1.ª C. Civ. — Em 14-9-54 — Rel.: Des. David Filho — In RT — 230/124.

(J-11) Ap. n.º 102.472 — TJSP 3.ª C. Civ. — Em 18-8-60 — Rel.: Des. Cardo Rollim — In RT — 304/338.

- a recusa da mulher, sem justo motivo, em acompanhar o marido, na mudança que faz da casa da sogra; (J-12)
- recusa da mulher em seguir o marido para o domicílio conjugal; (J-13)
- passar a residir em companhia de sua mãe e impedir a esposa de acompanhá-lo; (J-14)
- transportar em uma carreta os móveis e utensílios pertencentes à autora e descarregá-los em plena estrada, expondo-os à inclemência do tempo; (J-15)
- sem ter havido qualquer atrito entre os interessados, sem explicações deixar a ré o teto comum, tomando destino incerto e não sabido; (J-16)
- o abandono do lar por não querer cortar relações de amizade com pessoa suspeita ao marido pela sua injustificável intromissão na vida do casal; (J-17)
- o alheamento continuado, insistente do marido em relação à esposa, de modo a despertar a atenção de terceiros e provocar desfavoráveis comentários das pessoas das relações do casal; (J-18)
- o fato de o marido desinteressar-se, por mais de um ano, do sustento da esposa e dos filhos, deixando-os sem recursos em casa de familiares daquela, para onde foram em visita e não puderam regressar ao lar conjugal por falta de meios; (J-19)
- o parasitarismo do réu, o seu horror ao trabalho e a sua condição de perene ociosidade constituem motivo de vergonha para a esposa, além de configurar, tal conduta, descumprimento de dever conjugal; (J-20)
- o abandono moral da esposa; (J-21)
- o abandono moral em que o marido deixa a mulher no curso de grave enfermidade; (J-22)
- o abandono moral e material; (J-23)

(J-12) Ap. n.º 214.119 — TJSP 1.ª C. Civ. — Em 19-12-72 — Rel.: Des. Jonas Vilhena — In RT — 455/72.  
 (J-13) Emb. n.º 7.349 — TJDF 3.ª e 4.ª C. Civ. — Em 29-8-39 — Rel.: Des. Ribeiro da Costa — In RF — 81/397.

(J-14) Ap. n.º 91.870 — TJSP 2.ª C. Civ. — Em 3-3-59 — Rel.: Des. Jonas Vilhena — In RT — 286/355.

(J-15) Ap. n.º 205 — TJRS 2.ª C. Civ. — Em 23-9-37 — Rel.: Des. Carlos Heitor — In RT — 110/350.

(J-16) Sentença do Dr. José Lulz V. de A. Franceschini — In RT — 208/257 e 186/837 — In "Dir. Fam." II/1294, n.º 3.116.

(J-17) Ap. 24.784 — TJSP 3.ª C. Civ. — Em 11-4-45 — Rel.: Des. H. da Silva Lima — In RT — 158/733.

(J-18) Ap. n.º 5.601 — TJDF 4.ª C. Civ. — Em 3-4-45 — Rel.: Des. Duque de Estrada — In RF — 106/70.

(J-19) Ap. n.º 13.791 — TJRS 3.ª C. Civ. — Em 31-10-58 — Rel.: Des. Soares Munõz — In RF — 185/252.

(J-20) Ap. n.º 104.423 — TJSP 6.ª C. Civ. — Em 20-4-61 — Rel.: Des. José Frederico Marques — In RT — 313/208.

(J-21) Emb. n.º 14.332 — TJMG 4.ª C. Civ. — Em 3-4-59 — Rel.: Des. Melo Junior — In RF — 189/205.

(J-22) Ap. n.º 59.029 — TJSP 1.ª C. Civ. — Em 4-11-52 — Rel.: Des. Amorim Lima — In RT — 208/187.

(J-23) Ap. n.º 7.884 — TJDF 6.ª C. Civ. — Em 21-1-57 — Rel.: Des. Henrique Flaiho — In RF — 115/120.

- o abandono pessoal do cônjuge e recusa de coabitação; (J-<sup>24</sup>)
- abandono por desprezo ao marido, insubordinação contra a vida em comum no lar conjugal e recusa de coabitação; (J-<sup>25</sup>)
- deixar sem assistência a família; (J-<sup>26</sup>)
- fazer com que a esposa passe privações, até de natureza alimentar, vivendo em situações de penúria e obrigada a recorrer aos sogros e pais para as mais modestas necessidades; (J-<sup>27</sup>)
- o concubinato na residência do casal; (J-<sup>28</sup>)
- o envio de minguada importância para sua subsistência; (J-<sup>29</sup>)
- o não fornecimento de auxílio pecuniário à esposa e aos filhos para a sua manutenção. (J-<sup>30</sup>)

Convém lembrar que, nestes casos, “não é simplesmente o abandono do lar que determina a ruptura e a dissolução da sociedade conjugal. O abandono da própria pessoa é fator para essa ruptura”. (J-<sup>31</sup>)

Por outro lado, “não há conveniência de manter-se um casamento, já efetivamente desfeito pela separação de fato do casal, por longos anos, o que não teria nenhum alcance social”. (J-<sup>32</sup>)

Ocasionalmente há em que a mulher abandonada e completamente desamparada, sem qualquer profissão ou condição que lhe forneça meios de sustentar-se e alimentar os filhos, encontra-se no dilema de sucumbir ou recorrer ao adultério, quer procurando um companheiro, solução não muito fácil, quer mercadejando o próprio corpo. É o duelo entre a vida e os preconceitos, a sobrevivência e um contrato desonrado, caso em que não se pode exigir o supremo heroísmo nem o sacrifício de imolar-se por alguém que se tornou indigno de toda consideração. Em tal emergência, “não se pode levar em conta adultério da mulher que, deixada à míngua pelo marido, houve que abandonar o lar”. (J-<sup>33</sup>)

### 13. O abandono do lar conjugal na jurisprudência nacional

A jurisprudência brasileira, em consonância com a doutrina explanada, já fixou, com precisa freqüência, o conceito e as características

(J-24) Ap. n.º 17.130 — TJSP 4.ª C. Civ. — Em 30-4-31 — Rel.: Des. Mário Mazagão — In RT — 79/90.  
 (J-25) Ap. n.º 29.722 — TJSP 4.ª C. Civ. — Em 12-9-46 — Rel.: Des. H. da Silva Lima — In RT — 166/250.

(J-26) Sentença do Dr. Laudo Ferreira de Camargo — In RT — 68/487.

(J-27) Ap. n.º 104.877 — TJSP 4.ª C. Civ. — Em 22-12-60 — Rel.: Des. Cardoso Rolim — In RT — 308/320.

(J-28) Sentença do Dr. O'avo Ribeiro de Souza, In “Dir. Fam.”, II/1.257, n.º 3.019.

(J-29) Ap. n.º 62.817 — TJSP 4.ª C. Civ. — Em 28-5-53 — Rel.: Des. Augusto Nery — In RT — 214/284.

(J-30) Ap. n.º 48.804 — TJSP 1.ª C. Civ. — Em 23-5-50 — Rel.: Des. Vicente Sabino Júnior — In RT — 187/283.

(J-31) Ap. n.º 50.346 — TJSP 5.ª C. Civ. — Em 13-10-50 — Rel.: Des. Fernandes Martins — In RT — 189/764.

(J-32) Ap. n.º 203.718 — TJSP 1.ª C. Civ. — Em 14-12-71 — Rel.: Des. Andrade Junqueira — In RT — 437/115.

(J-33) Ap. n.º 247.634 — TJSP 5.ª C. Civ. — Em 12-2-76 — Rel.: Des. Carvalho Pinto — In RT — 491/65.

do que constitui o abandono do lar conjugal, como fundamento da dissolução da sociedade conjugal. Cabe-nos, agora, pormenorizar o casuismo dos inúmeros acórdãos, (54) apresentando-os como um roteiro seguro para uma melhor interpretação do assunto.

### 13.1 — Princípios elementares

#### — pressupostos legais

“Os motivos indilargáveis, que autorizam o desquite litigioso, estão no art. 317 do Código Civil. A admissão de qualquer outro motivo não pode ser levada a efeito por obra da jurisprudência, sem usurpação, como disse Oliveira Castro, da função de legislar” (2.717 — Arq. Jud. 97/110). “Autônomos são os pressupostos para o desquite, por isso mesmo não se podendo considerar o abandono do lar, sem injúrias e sevícias, como injúria grave, porque ou ele existe durante dois anos contínuos, findo os quais nasce o fundamento, e por si só basta à decretação, ou não decorreu, e não basta.” (2.752 — RT 223/282.)

“A intolerância do convívio não é motivo para a separação só admissível pela via contenciosa, nos moldes previstos em lei (Código Civil, art. 317). A propósito, salvo verdadeiro caso de exceção, firma-se a jurisprudência no sentido de repudiá-la, a semelhante pretexto, estranho à legislação vigente.” (2.754 — RT — 103/302.)

“A incompatibilidade de gênios não autoriza o pedido de desquite litigioso.” (2.729 — RF — 120/469.)

“O desquite pode ser julgado procedente por motivo diferente do invocado na inicial, não obstante a regra da inalterabilidade do pedido, desde que os autos evidenciem a intolerabilidade da vida em comum.” (2.738 — RF — 117/512.)

“Se a proibição de mudar, no curso da lide, a **causa petendi**, não pode excluir o direito de uma **causa superveniens**, mister se torna, contudo, que a mesma causa seja afirmada a princípio como existente.” (2.752 — RT — 223/282.)

— Sujeito: “o abandono do lar só não alicerça a decretação do desquite quando provocado pelo cônjuge que se queixa dele, se conseqüente de ato de terceiro, não serve como arguição para dissolver a sociedade conjugal.” (2.724 — RF — 155/301.)

— Época: “ação de desquite com fundamento no abandono do lar pode ser proposta a qualquer tempo, depois de verificado o abandono durante dois anos contínuos.” (2.723 — RF — 172/299.)

— Domicílio conjugal: “ao marido cabe fixar o domicílio da família. Tal direito, entretanto, não é absoluto e cede ante as condições pessoais da esposa, por dever de mútua assistência, que compreende, além dos

(54) As ementas citadas por seu número e revista são encontradas no excelente repertório de José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini e Antônio de Sales Oliveira — “Direito de Família — Doutrina e Jurisprudência” — São Paulo — Editora Revista dos Tribunais Ltda. — 1973 — volume II.

cuidados nas enfermidades, o auxílio e socorro nas vicissitudes da vida." (2.736 — RT — 303/683.) "O lar não se conceitua materialmente, geometricamente, mas, sim, como a atmosfera moral e sentimental que enche a morada conjugal." (2.731 — RF — 106/70).

### 13.2 — Conceituação

"O abandono de um cônjuge pelo outro constitui, em proveito do primeiro, uma causa de desquite, mas quando qualificado por condições que demonstrem um atentado proferido contra a sociedade conjugal", afirmou Tito Fulgêncio:

**a)** ausência — "a simples ausência do lar por tempo excedente de dois anos não basta para caracterizar o abandono" (2.764 — RT — 186/240) (2.715 — RT — 182/776), "não há abandono do lar pelo marido, como causa legal de desquite, se é a própria esposa que dele se ausenta, a pretexto de viajar" (2.725 — RF — 155/217), "não caracteriza o abandono o afastamento do cônjuge do lar conjugal, ditado por dificuldades financeiras" (2.758 — RT — 199/290), "a simples ausência, o mero afastamento sem o ânimo de abandono não configura a procedência da ação de desquite ajuizada pelo outro cônjuge" (2.716 — RT — 253/619);

**b)** abandono — "abandona voluntariamente o lar o marido que de sua mulher definitivamente se separa, revelando completo desinteresse pela sorte dela e dos filhos" (2.739 — RT — 328/293), "caracteriza-se pelo ânimo deliberado do cônjuge de não retornar mais ao lar conjugal" (2.767 — RT — 175/151), "o abandono do lar só é motivo para o desquite quando é espontâneo e sem justa causa; é necessário que o abandono seja causa e não simplesmente efeito" (2.780 — RT — 91/132).

"A vida em comum, do domicílio conjugal é dever de ambos os cônjuges, de modo que somente quando um sai do domicílio contra a vontade do outro é que se pode caracterizar o "abandono", no sentido da lei" (2.753 — RT — 217/210). "É necessário seja comprovada a deserção maliciosa do cônjuge, isto é, o ânimo de não voltar ao domicílio conjugal, e a ausência de justa causa por assim proceder" (2.732 — RF — 100/68), "para justificar desquite, a deserção do lar há de ser maliciosa, ou seja, imotivada e não consentida pelo cônjuge inocente" (2.741 — RT — 323/197).

### 13.3 — requisitos necessários

#### **a) voluntariedade**

O abandono do lar conjugal deve ser voluntário. O cônjuge recalcitrante deve nutrir a absoluta certeza de que por sua deserção viola frontalmente a obrigação da vida em comum, nascida do casamento.

"A expressão "voluntário" significa abandono injusto, malicioso, sem causa, sem explicação plausível, não sendo, pois, causa de desquite o abandono justificado por motivos relevantes" (2.750 — RT — 240/162).

Há necessidade expressa de provar-se que o abandono tenha sido "voluntário, diuturno, espontâneo, sem justa causa" (2.715). "Só justifica

a ação quando é voluntário" (2.718 — RT — 181/938) (2.726 — RF — 152/222) (2.732 — RF — 100/68) (2.742 — RT — 311/283).

"Para que o abandono do lar por mais de dois anos justifique o divórcio é preciso que ele tenha sido voluntário, sem motivo ou por motivo frívolo" (2.782 — RT — 20/221) (2.751 — RT — 182/776) (2.772 — RT — 148/702).

#### **b) prazo**

O abandono deve ser prolongado por dois anos contínuos, isto é, não basta apenas a violação consciente do dever da vida comum, torna-se indispensável ainda a perseverança no fato por um lapso de tempo que não deixe dúvida sobre a maldade do propósito.

"O abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos continuados, por parte do marido, sem qualquer motivo justificado, é uma das causas em que a mulher pode fundar a ação de desquite" (2.720) (2.723 — RF — 172/299) (2.726 — RF — 152/222) (2.739 — RT — 328/293) (2.746 — RT — 283/176) (2.759 — RT — 189/692).

"Estando o casal separado há longos anos e não se apurando, com certeza, qual o cônjuge culpado do abandono, a solução não pode ser a perpetuação dessa situação insustentável e, no caso, irreversível, mas a decretação do desquite, por culpa recíproca" (2.721 — RF — 199/171). "Separado o casal há mais de dezoito anos, são de se considerar irremediavelmente rompidos os liames conjugais" (2.754 — RT — 218/168). "Decreta-se o desquite se provado que o cônjuge abandonou o lar há muitos anos quando corria a vida do casal na mais completa harmonia" (2.768 — RT — 170/634).

### **13.4 — hipóteses que descaracterizam o abandono**

#### **a) mútuo acordo**

"O abandono do lar acordado entre os cônjuges não pode fundamentar o desquite" (2.727 — RF — 133/453). "A retirada do cônjuge do lar conjugal, com plena anuência do outro, após acordarem ambos na separação de fato, que precederia a de direito, não caracteriza o abandono voluntário do lar para efeito de desquite litigioso" (2.728 — RF — 124/145) (2.729 — RF — 120/469).

"Não há falar em abandono voluntário, por parte da mulher, embora a separação seja um fato, se o marido anuiu, prestando àquela assistência econômica regular" (2.730 — RF — 115/126) (2.775 — RT — 125/587);

#### **b) coação**

"Se a mulher é coagida a abandonar o lar em razão de fatos que mostram a intolerabilidade da vida em comum, decorrente da situação de inferioridade em que é colocada, ou de maus tratos que lhe são infligidos pelo marido, é manifesto que o seu gesto não pode ser levado à conta de abandono voluntário" (2.743 — RT — 304/211). "O abandono do lar pela esposa, longe de ser malicioso ou injusto, foi como solução para evitar as ameaças do esposo em manter relação com as próprias filhas e ao seu procedimento escandaloso e agressivo" (RT — 445/92).

"A saída do lar conjugal, motivada por atitude escandalosa e agressiva do outro cônjuge, não constitui abandono" (2.745 — RT — 285/315). "Não abandona voluntariamente o lar a mulher que foi compelida a fazê-lo, em virtude dos maus tratos infligidos pelo marido e parentes destes" (2.760 — RT — 188/718). "Se o marido tratou mal a mulher, não há estranhar que ela o tenha abandonado" (2.773 — RT — 134/499).

"A ré demonstrou com a prova produzida que não deixou o lar voluntariamente, pelo contrário, o fez constrangidamente, não só em virtude do trato grosseiro do autor, como das infundadas suspeitas de sua fidelidade, tornando assim insuportável a sua permanência no lar" (2.766 — RT — 177/269);

### **c) motivos relevantes**

— moléstias: "não estando a esposa em sua integridade mental quando deixou o lar conjugal, não se lhe pode imputar a voluntariedade do fato como justificativa de desquite" (2.744 — RT — 291/340). "Não configura o abandono a que se refere o art. 317, nº III, do Código Civil, o fato da mulher portadora de moléstia da pele, de caráter repugnante, se afastar do lar conjugal — onde reside em companhia da família do marido, expondo-se a uma situação de constrangimento e humilhação — e a ele se recusa a voltar senão depois que estiver inteiramente curada" (2.755 — RT — 214/227); "deixar a casa em que mora, por motivo de saúde de espírito, de sistema nervoso, não é abandonar o lar, na acepção legal" (2.736 — RT — 303/683);

— por causa de parentes e sogros: "Não caracteriza o abandono do lar o fato de a mulher não acompanhar o marido para residir em casa de parente deste" (2.722 — RF — 196/149). "O ato da saída da mulher do lar conjugal não foi acintoso nem mero capricho, o que ela fez foi procurar tranqüilidade, uma vez que a sua vida era intolerável ao lado da sogra" (2.761 — RT — 186/836). "Não constitui abandono do lar, que autorize a decretação do desquite, ter a mulher deixado a companhia do marido, que vivia com os pais, por não poder viver com a família dos sogros" (2.771 — RT — 160/697);

— retorno não aceito: "Não ocorre o abandono voluntário do lar quando o cônjuge após realizá-lo, quer voltar e não é recebido pelo outro" (2.776 — RT — 115/211). "A autora abandonou o lar; mas havendo o réu, meses depois, trazido para casa outra mulher, a mesma não poderia voltar, ocupado como estava o lugar que lhe competia como cônjuge" (2.781 — RT — 83/101). "Assim, desde que antes do decurso desse prazo, manifesta o cônjuge intenção de regressar ao lar, no que é obstado pelo outro, configurada não está a hipótese legal" (2.759 — RT — 189/692).

## **14. Conclusões**

Desconhecemos em nossa bibliografia jurídica qualquer monografia a respeito do abandono do lar conjugal como fundamento para a dissolução matrimonial. Nossos tratadistas o estudam superficialmente, dedicando-lhe pouquíssimos espaços e referências insignificantes.

Segundo os dados do Anuário Estatístico Brasileiro, no período compreendido entre 1963 a 1973 (exceto 1970), foram processados e julgados, no País, 74.924 desquites, sendo 56.188 consensuais e 18.781 litigiosos. Destes, 4.730 o foram por adultério, 406 por tentativa de morte, 4.115 por sevícia ou injúria grave e 8.863 por abandono do lar conjugal.

Destaca-se o abandono, nestes dez anos pesquisados, com 47% dos desquites litigiosos, o que lhe confere uma importância muito especial, ainda não detectada pelos estudiosos.

Além de responsável direto pelo maior número de separações legais e de fato, torna-se ainda o maior incentivador da quase totalidade das ações de alimentos e suas constantes revisões por ausência de fixação proporcional aos ganhos do alimentante, que muitos juízes desavisados teimam em proceder.

Sua casuística, não obstante a superioridade sobre as demais causas, é pobre e descolorida de curiosidades fáticas e pitorescas tão comuns ao adultério e à sevícia ou injúria grave, aos quais sobrepuja nas varas de família. Sua ocorrência justificada desobriga o marido de sustentar a consorte. Mas, se a mulher que abandonou o lar depois volta a ocupar um cômodo da casa em que mora o marido e filhos, excluindo o esposo desse cômodo, esse retorno não exige o abandono.

Embora sua caracterização exija voluntariedade, diuturnidade, espontaneidade, ausência de justa causa, sujeitando-a a um prazo que as demais causas desconhecem, o abandono do lar conjugal ainda representa a forma mais simples, mais fácil, mais usada para a dissolução matrimonial, exatamente pela desnecessidade de qualquer explicação plausível.

Pode, em seu seio, em sua motivação íntima, abrigar o adultério, a sevícia ou a injúria grave e até mesmo a tentativa de morte, sem provocar escândalo. Na maioria das vezes é a causa dos que não têm razão, dos que não querem fazer despesas com o processo de separação legal ou dos covardes que não têm coragem de dizer ao outro cônjuge que o amor acabou, que a coabitação é um desprazer e preferem a saída da irresponsabilidade, punindo o cônjuge inocente com a espera de dois anos para uma solução legal, enquanto o outro permanece livre para saciar seus desejos humanos.

O casamento só é válido, o lar conjugal só existe quando existe participação, doação mútua sem obrigações, amor. Amor como serenidade, prazer amadurecido e consentido, realização perene. Amor que percorre genealogicamente o caminho de transformação que vai da serenidade do teórico intelectual à entrega plena daquele que quer, daquele que deseja e necessita e, finalmente, daquele que se realiza na entrega consciente, não a algo próprio, mas àquilo que é.

Somente uma compreensão sólida, uma transigência sem compensações, um diálogo franco e permanente podem salvar um casamento, vencendo a adaptação dos tempos tempestuosos da convivência marital para consolidar-se na amizade inabalável, embasada no encantamento, na ternura e no entendimento que dão estabilidade e indispensabilidade ao matrimônio.

# Divórcio: causas, casos e tipos

Prof. ANTÔNIO CHAVES

Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## SUMÁRIO

1. A Lei nº 6.515, de 26-12-1977. Críticas.
2. Separação judicial por mútuo consentimento e contenciosa.
3. A conversão da separação judicial em divórcio.
4. Os três casos de divórcio pelo procedimento ordinário: a) divórcio-sanção; b) divórcio-falência; c) divórcio-remédio.
5. Possíveis obstáculos.

### 1. A Lei nº 6.515, de 26-12-1977. Críticas

A Emenda Constitucional nº 9, de 28-6-1977, eliminou a indissolubilidade do casamento, consignada no § 1º do art. 175 da Constituição Federal, permitindo a sua dissolução “nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Abriram-se, assim, finalmente, as comportas para que pudesse ser promulgada a nova lei que “regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências”, coroando os esforços de todos quantos, desde a laicização do casamento, vinham lutando pela implantação da medida.

Críticas não têm sido poupadas à nova lei, centro de um turbilhão de preconceitos arraigados e de interesses conflitantes. Não é, por certo, um modelo de precisão e de clareza, fruto, como tantas outras, de uma elaboração legislativa não precedida de auscultação e discussão por parte dos diversos setores interessados.

No próprio Congresso Nacional os debates não chegaram ao aprofundamento exigido por reforma tão substancial, alcançaram apenas em parte

---

Palestra proferida nos dias 23 e 24-1-1978, no Instituto dos Advogados Brasileiros, no Rio de Janeiro, e no Instituto dos Advogados de São Paulo.

os objetivos visados, levantando indagações e dúvidas a exigir uma reformulação ampla de seus postulados, sob pena de dar origem a manifestações jurisprudenciais tão conflitantes, que ocasionarão perplexidades insolúveis.

A permissão de um único pedido de divórcio vai introduzir, pela porta dos fundos, a figura do descasado brasileiro apenas pela metade, decorrente da redação anterior do § 6º do art. 7º da Lei de Introdução, por sinal completamente reformulado, levantando novos problemas.

Com efeito, se se recriminava ao dispositivo a condição de desigualdade a que relegava o cônjuge brasileiro, reconhecendo o divórcio concedido além fronteiras apenas ao estrangeiro, por não poder voltar aquele a casar-se em sua pátria, a nova lei, condicionando a libertação do vínculo conjugal a um só pedido, reedita o inconveniente no caso de um divorciado remaridar-se com uma solteira. Na hipótese de novo pedido, ficará então esta impedida de alcançar a graça, por declarar o art. 38 tão peremptoriamente, que "o pedido de divórcio em qualquer dos casos somente poderá ser formulado uma vez"?

Tem-se alvitrado que a norma prevaleceria apenas quando ambos os cônjuges já tenham obtido o divórcio.

Não vigoraria, então, para os divorciados que escolhessem para novo cônjuge apenas os *noviços em experiências matrimoniais*...

Ficariam estes privados do direito? O texto não autoriza semelhante conclusão.

Somente a eliminação da exigência poderá elidir a incoerência.

Não me parece, no entanto, que exista o antagonismo que tem sido alegado entre o referido art. 38, que só autoriza uma postulação de divórcio, e o art. 37, § 2º, que declara não impedir a improcedência do pedido de conversão da separação em divórcio, que o mesmo cônjuge o renove, desde que satisfeita a condição anteriormente descumprida.

Temos, aqui, não um novo pedido de divórcio, mas a reiteração, pelo mesmo fundamento, contra idêntico cônjuge, de pedido anterior de conversão, subordinado, porém, ao estrito cumprimento de uma condição que anteriormente não havia sido adequadamente obedecida.

**FERNANDO H. GENTIL, Considerações sobre o Divórcio, em O Estado de S. Paulo, de 18-12-1977,** depois de ressaltar o defeito de redação do art. 38, que, por certo, pretendeu proibir não a **formulação** de um novo pedido de divórcio, mas sim a **concessão** de um segundo divórcio, a quem já estiver divorciado, levanta o problema da flagrante inconstitucionalidade desse dispositivo, já que a norma constitucional emendada nenhuma limitação impõe, não se sabendo como conciliar a restrição contida na lei ordinária com a indistinção do texto fundamental, a propósito de se tratar de um primeiro, de um segundo ou de um terceiro matrimônio.

Indaga se se tratar do casamento de um divorciado com uma mulher solteira, por que haveria esta de achar-se impedida de obter o próprio di-

vórcio, uma vez observados os pressupostos legais, pelo só fato de o consorte já haver antes obtido o benefício?

Teria valido a pena banir a expressão tradicional de **desquite**, para substituí-la por uma sinônima: **separação judicial**, obrigando a uma minuciosa resenha dos dispositivos do Código Civil, do Código de Processo Civil e de outras leis que a consignam, com a consequência fatal de não ser completa, omitindo, por exemplo, a Lei de alimentos nº 5.478, de 25-7-1968, e a Lei nº 968, de 10-12-1949, que dispõe sobre a fase preliminar de conciliação ou acordo nas causas de desquite litigioso ou de alimentos, inclusive os provisionais?

Tudo indica que não.

Muito mais simples a solução proposta pelo Deputado MILTON STEINBRUCH, em seu Projeto de Lei nº 3.905, de 1977 (**Diário do Congresso Nacional**, Seção I, de 18-8-1977, págs. 6727-6730).

Ressalvando seu ponto de vista de que o ideal seria suprimir simplesmente o desquite, substituindo-o pelo divórcio, como forma de terminar a sociedade conjugal e dissolver o vínculo matrimonial, mesmo que só se admitisse novo casamento após três ou cinco anos, lembra que o legislador deve ater-se aos estreitos limites da emenda constitucional, que autoriza a dissolução do casamento depois de três anos contados do desquite ou cinco anos de separação de fato.

Entendia desaconselhável substituir o termo desquite por outra palavra qualquer, buscada em legislações alienígenas, sinônimo como é, no Brasil, de separação de corpos e de bens.

Justificava seu projeto como de extrema simplicidade. Mantinha o desquite judicial ou amigável, dando aos cônjuges o meio legal de se separarem, quando impossível a continuidade da vida em comum. Nesse ponto nenhuma alteração importante se faria no sistema vigente, salvo o prazo mínimo para o desquite amigável, reduzido para um ano, e a inclusão de mais um motivo para o desquite judicial, ou seja, "grave violação dos deveres do casamento". A jurisprudência, diante da realidade dos litígios, vem concedendo desquites litigiosos por grave violação dos deveres do casamento, entendendo que a ocorrência de tal fato pode ser incluída no amplo conceito da injúria grave.

Os casos de dissolução do casamento são os mesmos que hoje autorizam a dissolução da sociedade conjugal acrescidos das duas hipóteses consagradas na emenda constitucional: decurso do prazo de 3 anos do desquite ou 5 anos de separação de fato.

O projeto, finalmente, tivera a preocupação de tornar simples, rápida e barata a conversão da sentença de desquite em divórcio, mediante requerimento de apenas uma das partes interessadas, com homologação judicial. Visara, com isso, evitar que o divórcio se transformasse em fonte de renda para quem quer que seja.

Reconheça-se, no entanto, o mérito de ter dado a Lei nº 6.515 início à solução do problema fundamental de libertar tantos casais de grilhões

incompatíveis com a evolução dos nossos tempos, eliminando também a imposição do regime de separação de bens para o casamento de sexagenários e quinquagenários, pelo menos no caso do casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existente antes de 28-6-1977, que haja perdurado por dez anos consecutivos ou da qual tenham resultado filhos (art. 45).

## 2. Separação judicial por mútuo consentimento e contenciosa

A Lei nº 6.515 é composta de 54 artigos divididos em quatro capítulos, que tratam respectivamente:

- I — Da dissolução da sociedade conjugal (art. 2º e quatro seções:
  - I — dos casos e efeitos da separação judicial, arts. 3º a 8º;
  - II — da proteção da pessoa dos filhos, 9º a 16; III — do uso do nome, 17 e 18; IV — dos alimentos, 19 a 23);
- II — Do divórcio (arts. 24-33);
- III — Do processo (arts. 34-39);
- IV — Das disposições finais e transitórias (arts. 40-54).

Além da medida cautelar da separação de corpos, a que se refere o art. 7º, § 1º, da lei, temos três tipos diferentes de divórcio.

Mas o problema não será devidamente equacionado sem que percorra previamente os dispositivos relativos à separação judicial, que poderá apresentar-se sob duas modalidades:

**1) por mútuo consentimento** (art. 4º) ou consensual (art. 9º);

**2) contencioso**, qualificado pela lei simplesmente como separação judicial (art. 5º).

O primeiro só é admitido para os cônjuges casados há mais de dois anos, perante o juiz e devidamente homologado (art. 4º), sem necessidade de declinar os motivos, pelo procedimento previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil (art. 34).

Observar-se-á, neste caso, o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (art. 9º, quase idêntico ao art. 325 do Código Civil), e, evidentemente, sobre a partilha dos bens, pois qualquer discussão a respeito transformaria a separação em litigiosa.

Complementam, porém, o art. 40, § 2º, da Lei nº 6.515 as seguintes normas:

- I — a petição conterà a indicação dos meios probatórios da separação de fato, e será instruída com a prova documental já existente;
- II — a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida;

III — se houver prova testemunhal, ela será produzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio a qual será obrigatoriamente realizada; (\*)

IV — a partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença de divórcio.

Mas, diferentemente dessa lei, admite o § 3º que após essa fase, se os cônjuges pedirem, sejam os advogados chamados a assistir aos entendimentos e deles participar.

A **separação judicial** poderá ocorrer em três hipóteses diferentes, a pedido de um dos cônjuges:

1) quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum (art. 5º, **caput**);

2) mediante prova da ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, e da impossibilidade de sua reconstituição (§ 1º);

3) é a hipótese mais dolorosa: quando o outro cônjuge estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de cinco anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

Correrá pelo rito ordinário, cabendo a iniciativa somente aos cônjuges que, apenas no caso de incapacidade, serão representados por curador, ascendente ou irmão.

Com processo semelhante ao da Lei nº 968, de 10-12-1949, arts. 1º e 2º, determina o § 2º do art. 3º promova o juiz todos os meios para que as partes se conciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas, e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário.

### 3. A conversão da separação judicial em divórcio

Não admite a lei modalidade de divórcio que não seja precedida de separação judicial.

Esta poderá apresentar-se, como ficou consignado, sob três modalidades diferentes:

A) **Conhecimento direto do pedido**, quando, nos termos do art. 37, não houver contestação ou necessidade de produzir prova em audiência, devendo a sentença em tese ser proferida dentro em dez dias.

B) **Conhecimento baseado em prova. A contrario sensu**, quando haja contestação ou necessidade de produzir prova em juízo, obe-

(\*) **N.R.**: O item III foi retificado no **DO** de 11-4-78, pág. 5073.

decidas as formalidades do art. 36, que só admite fundamentar-se a contestação em:

- I — falta de decurso do prazo de três anos de separação judicial;
- II — descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação.

Em qualquer das hipóteses determina o parágrafo único do art. 35 que o pedido seja apensado aos autos da separação judicial.

**C) Divórcio no caso de separação de fato, com início anterior a 28-6-1977**, desde que completados cinco anos, provando-se o decurso do tempo da separação e a sua causa (art. 40, **caput**).

A redação não é clara, não resultando compreensível a referência àquela data, que é a da Emenda Constitucional nº 9, que, além de admitir a dissolução do casamento “nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”, acrescenta, no art. 2º, que essa separação poderá ser de fato, devidamente comprovada em juízo, pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data da mesma emenda.

Haverá, pois, duas hipóteses a considerar:

- a) dissolução do casamento nos casos expressos em lei, com prévia separação judicial por mais de três anos: dispensa prova, que já foi produzida na separação judicial;
- b) separação de fato anterior de cinco anos à data da emenda constitucional, no decurso de cuja ação precisa ser devidamente comprovado em juízo o esgotamento do prazo da separação e a sua causa.

Por perceber quanto é perigoso o dispositivo, possibilitando conluíus entre cônjuges desejosos de se libertarem um do outro, o art. 40 da Lei nº 6.515 cerca a hipótese de cautelas especiais, só admitindo, § 1º, que o divórcio nele baseado seja fundado nas mesmas causas previstas nos arts. 4º e 5º e seus parágrafos.

Nas discussões travadas na Câmara dos Deputados reconheceu-se que essa anterioridade não pode ser de prazo parcelado, mas sim global, num período só.

Não vislumbra, no entanto, com toda razão, FERNANDO H. GENTIL, “Novas considerações sobre a lei do divórcio”, em **O Estado de S. Paulo**, de 8-1-78, qual o fundamento para o critério distintivo:

“Por que relacionar-se o prazo da separação (ou o seu início) à data da edição da emenda? Como justificar-se que, em sendo a separação fática anterior a ela, podem os interessados obter desde logo o divórcio, mas, em sendo posterior, necessitem antes conseguir a separação judicial (desquite) para, só após três anos, conseguirem a conversão? Não seria mais natural, igualitário e razoável que, decorridos cinco anos ininterruptos de separação fática

e irreversível — pouco importando se iniciada ou consumada antes ou depois de 28-6-77 — se facultasse aos consortes a obtenção direta do decreto divorcial?”

#### 4. Os três casos de divórcio pelo procedimento ordinário:

##### a) divórcio-sanção

Não indica a lei, especificamente, quais sejam os casos de divórcio litigioso ou ordinário, a que alude o art. 34, *caput*, parte final.

O Senador ACCIOLY FILHO, em erudita conferência proferida na Faculdade de Direito de Curitiba, no dia 24-11-1975 (transcrita no **Diário do Congresso Nacional**, Seção II, de 26-8-1976, págs. 5102-5107, e na **Revista de Informação Legislativa**, nº 49, 1976), passando uma vista de olhos pelas outras legislações, com a ajuda de MARC ANCEL, **Le Divorce à l'Étranger**, mostra que, em regra, o divórcio é regulado, pelas suas causas, enumerando: divórcio-sanção, divórcio-remédio, divórcio-constatação e divórcio-falência.

A esse rol, faltou o divórcio-saturação ou resignação, da lei francesa, arts. 233 e seguintes, realmente não acolhido pela Lei nº 6.515, embora constante também da lei italiana, mesmo porque, a rigor, se integra na hipótese do § 1º do art. 5º: prova de ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, com impossibilidade de sua reconstituição.

Excluído o divórcio-constatação, que, segundo o mesmo Senador, inclui o divórcio por mútuo consentimento, porque basta ao juiz ter a manifestação da livre vontade dos cônjuges, não lhe cabendo indagar e pesquisar a vida íntima do casal, só restando ao juiz, se os cônjuges estão de acordo, ou se não há contestação, decretar o divórcio, verificada a desarmonia do casal, sem procurar saber da existência ou não de motivos para a dissolução do vínculo, matéria examinada no tópico anterior, acompanhemos-lhe o raciocínio, quando pondera que, pelo novo sistema,

“a legislação adota um elenco restrito de causas, limitando, assim, o arbítrio do juiz, que tem de verificar a existência de um desses motivos, ao mesmo tempo em que procura frear os cônjuges desejosos do divórcio”.

Reconhece, porém, ser certo que os casais desavindos, mesmo quando inexistente qualquer dessas causas, podem atribuir um ao outro a prática de ação configuradora de um dos motivos previstos em lei.

Insista-se em que, não admitindo o art. 31, se decreta o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens, deixa bem claro que ele só poderá ocorrer após a decretação da separação judicial, seja ela por mútuo consentimento ou litigiosa.

O divórcio-sanção corresponde à hipótese já indicada do art. 5º: complementa a separação judicial pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum,

ou, no dizer do Senador ACCIOLY FILHO, com linguagem retirada do Código Civil:

“No divórcio-sanção, a dissolução do matrimônio é imposta em virtude de culpa de um ou de ambos os cônjuges, por adultério, abandono do lar, sevícia ou injúria grave, condenação por crime etc.”

Não é fácil definir o que seja conduta desonrosa, a ser aquilatada tendo-se em vista o grau de instrução, a educação, a condição social dos cônjuges, e o conhecimento recíproco anterior às núpcias.

Uma moça que case com o indivíduo que sabe não ter meios de vida definidos, mesmo que tenha sido movida pela mais nobre das intenções de regenerá-lo, não poderá alegar que vive de expedientes, na hipótese que veja malogrados seus esforços.

O atual dispositivo tem uma amplitude muito maior do que a do art. 317, nº I, do Código Civil, que foi revogado, só admitindo o desquite, entre outros casos de natureza diferente, fundamentado no adultério.

As expressões “qualquer ato que importe violação dos deveres do casamento” ainda têm, para a mulher, uma conotação mais grave do que para o marido, abrangendo todo comportamento inadequado para a condição de esposa: vida excessivamente fútil, flertes, más companhias, chegadas a altas horas da noite, ainda que não possa ser demonstrada traição à fé conjugal.

Estará certo, isso não obstante, o rótulo divórcio-sanção?

Parece que não, se considerarmos os elevados propósitos da lei, ao lidar com o delicado problema da reorganização das famílias.

Confortam-nos a opinião as considerações desenvolvidas por FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *Curso de Direito de Família, I, Direito Matrimonial*, Coimbra, Atlântida, 1965, pág. 445, ao assinalar que o direito

“concebe o divórcio, certamente, não como **sanção**, mas como **remédio**, e, mais do que isso, como remédio de que carecem, não só situações em que ocorra um procedimento **culposo** de algum dos cônjuges, senão também situações em que a crise do casamento provenha de causas puramente **objetivas** ou **fortuitas**”.

É o que deduz, com toda segurança, do fato da lei do divórcio portuguesa ter admitido como causas legítimas do divórcio litigioso a “loucura incurável” (art. 4º, nº 7), a “doença contagiosa reconhecida como incurável” e a “doença incurável que importe aberração sexual” (nº 10), e ainda a “ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a quatro anos” (nº 6) e a “separação de fato, livremente consentida, por dez anos consecutivos” (nº 8), concluindo:

“As três primeiras causas do divórcio são **objetivas**, de toda a evidência, mas também o são as duas últimas, embora o ponto possa suscitar alguma dúvida.”

## b) Divórcio-falência

Correspondente ao divórcio-ruptura, dos arts. 237 e seguintes da lei francesa, é o do § 1º do art. 5º da Lei nº 6.515: prova por um dos cônjuges da fratura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.

Cumpra, aí, ao juiz — assinala o Senador ACCIOLY — verificar os motivos do insucesso do casamento, e se o fracasso existe ou não.

É a fórmula que veio a atender a necessidade premente de milhões de casais, já desavindos definitivamente, mas apenas hipocritamente jungidos pelos laços do antigo “desquite”.

Como fazer, no entanto, a prova dessa ruptura?

A mais completa será sem dúvida a decorrente do alvará de separação de corpos, a certidão da separação consensual, ou da sentença de decretação do desquite, desde que não tenha ocorrido conciliação posterior.

E caso não se tenham os ex-cônjuges se preocupado em tomar qualquer dessas medidas, separando-se simplesmente um do outro?

Não apenas pelos meios pertinentes indicados pelo art. 136 do Código Civil: confissão, atos processados em juízo, documentos públicos ou particulares, testemunhas, presunção, exames e vistorias, mas lembrando que o art. 332 do Código de Processo Civil reconhece como hábeis, para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa, “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos”, ainda que não especificados no mesmo Código.

Não dependem de prova os fatos notórios (art. 334, I), aplicando o juiz, em falta de normas jurídicas particulares, as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial (art. 335).

Reconhecendo a dificuldade da matéria, o Deputado Celso Barros incluiu em seu Projeto de Lei nº 3.843, de 1977, (**Diário do Congresso Nacional**, Seção I, de 3-8-1977), dispositivo que propunha:

**“Art. 19 —** A separação de fato, quando invocada como fundamento do divórcio, deverá ser comprovada em juízo por meio de ação declaratória, em processo de rito especial, nos termos da lei processual.”

Justificava nem sempre ser fácil a prova no tocante às separações de fato. “Há casos em que os cônjuges vivem longe do seu domicílio e estranhos ao ambiente em que são conhecidos. Outras vezes os próprios cônjuges têm interesse em dificultar tais provas.

Nesses casos, os meios de prova são simplesmente testemunhais, sendo necessário recorrer-se até à justificação judicial.”

Mas a lei não se contenta ainda com a prova da ruptura da vida em comum há mais de cinco anos **consecutivos**: exige o requisito da impossibilidade da sua reconciliação.

Em tese, impossibilidade não existe nunca, nem mesmo para os que tenham trocado as ofensas mais torpes e infundadas, que se tenham agredido mutuamente, que tenham estado afastados há anos, ainda que tenham tido filhos com outrem: apenas o bom senso orientará o juiz nessa delicada matéria.

### c) Divórcio-remédio

Visa atender — prossegue o mesmo autor — a situação do cônjuge que, em decorrência da doença mental de que é portador, fica sem condições de cumprir seus deveres matrimoniais.

“Nesse caso, em que não se pode falar de divórcio-sanção porque o esposo doente não tem culpa pela moléstia, o divórcio é tido como remédio para liberar o outro cônjuge do vínculo matrimonial, do qual não pode ficar prisioneiro.”

Não se compreende porque o § 2º do art. 5º da lei pátria restrinja o remédio à doença grave apenas de natureza mental, quando existe um sem-número de aberrações, moléstias contagiantes ou não, enfermidades, mutilações, deformações, etc., que tornem igualmente impossível a continuação da vida em comum.

Só com essa abrangência adquiriria o dispositivo a amplitude que a lei francesa atribui ao divórcio-liberação, de caráter médico, que encontra correspondência também no decreto português, art. 4º, item 7º, e na lei alemã, § 45.

Não escapou a CARLOS ALBERTO BITTAR, “O Projeto Brasileiro de Lei de Divórcio”, em **O Estado de S. Paulo**, de 18-9-1977, o rigor do dispositivo, que segue nesse passo a lei alemã, § 47, e que já se manifesta na não enumeração exaustiva das causas, ao contrário do que ocorre com o art. 317 do Código Civil e com algumas leis estrangeiras, aditando:

“Essa orientação deixará aos tribunais a responsabilidade pelo estudo da motivação em cada caso concreto, alargando, pois, o seu campo de atuação na busca da justiça para os casais que requeiram o divórcio.

Com efeito, na enunciação de fórmulas gerais — em que segue as leis italiana e, principalmente, francesa, que também catalogava antes as causas por expresso — o projeto deixa ao intérprete a definição da existência ou não dos pressupostos legais, em cada hipótese **sub examine**.

O não alinhamento de motivos constitui também abertura apreciável no sentido humano, porque facultará ao magistrado conceder a medida em casos em que não mais exista o **consortium**, sem uma rígida perscrutação de motivos preestabelecidos e, muitas vezes, insuficientes para a ministração da justiça a diferentes e constantes exemplos que a experiência diuturna tem demonstrado, suscitando separações e uniões irregulares.”

Tendo sido mantida essa diretriz, vale a sua argumentação: as causas que hoje existem e são aplicadas quase que automaticamente na decretação da separação terão que se curvar “ao exame no caso concreto, para determinar-se se acarretam ou não a impossibilidade da vida em comum (art. 5º)”.

Não estará a lei acoroçoando um ato de desumanidade, prestigiando uma falta de solidariedade, que a exigência da continuidade, com o dever de assistência formulada pelo art. 26, apenas atenua, permitindo um abandono justamente na hipótese mais grave, quando maior necessidade tem de amparo, de afeto, de assistência?

Prevaleceu a solução consentânea com a realidade dos fatos, reconhecendo um certo paralelismo com o caso de absoluta incompatibilidade de gênios. Nem todos têm vocação estóica: manter acorrentado um indivíduo a outro, que não tem condições de corresponder com um mínimo de convívio, exigir que compartilhe de sua existência, será, muitas vezes, condená-lo, por sua vez, à loucura.

Não é a qualquer distúrbio que a lei alude, e sim, atente-se bem, a “grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum”, exigindo ainda que, “após uma duração de cinco anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável”.

Nada impede que as pessoas dotadas de coração mais sensível, ou de consciência mais escrupulosa, não recorram ao remédio extremo e continuem prodigalizando todos os cuidados ao cônjuge que tenha se revelado merecedor de tão grande sacrifício.

Mas enquanto para obter a separação judicial é necessária a prova da ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos e a impossibilidade de sua reconstituição, na hipótese mais corrente do § 1º do art. 5º, no caso de divórcio, uma vez que essa exigência já estará previamente satisfeita, a lei se contenta com uma separação judicial que exista há mais de três anos, contados da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 25).

Percebe-se, então, que a rigor, causas diferentes são previstas pela Lei nº 6.515 apenas no que diz respeito à separação judicial. Desembocando todas elas no divórcio, daí por diante, aos efeitos práticos, não há mais que cogitar em causa, tanto assim que a parte final do art. 25 veda expressamente que a sentença que o decreta faça qualquer referência à que determinou o divórcio.

## 5. Dois possíveis obstáculos

A homologação da separação judicial, e, conseqüentemente, do divórcio poderá topor com duas espécies de dificuldade.

Tanto no caso da ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, e impossibilidade de sua reconstituição, como no caso de acometimento da mencionada grave doença mental, a separação judicial poderá ser negada. art. 6º, “se constituir, respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou deter-

minar, em qualquer caso, conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores”.

Se esta última hipótese pode compreender-se dê causa à preocupação por parte do legislador, a primeira já é menos justificável: ocorrida a separação há mais de cinco anos consecutivos, verificada a impossibilidade da reconstituição do lar desfeito, não se percebe em que a simples substituição do rótulo de “separação judicial” pelo do “divórcio” possa agravar as condições pessoais ou a doença do outro cônjuge, ou ocasionar conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores.

Aí está, não obstante, um argumento que mulheres renitentes ou maridos rancorosos jamais deixarão de aproveitar.

A tornar mais complexa a situação, acrescenta o § 3º do art. 5º que, tanto na hipótese de ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, como na do cônjuge acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, “reverterão, ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento e, se o regime de bens adotado o permitir, também a meação nos adquiridos na constância do sociedade conjugal”.

É, sem dúvida, o dispositivo que maiores críticas tem recebido, não hesitando JORGE LAURO CELIDÔNIO, no ciclo de estudos promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo, de qualificá-lo de verdadeira “aberração jurídica”: “De duas uma. Ou a lei não considera a moléstia como pretexto para a separação ou, considerando-a, não poderá punir com a perda de patrimônio o cônjuge que apelar para esse caminho”.

Realça a extrema complexidade da aplicação do dispositivo:

“Quem poderá julgar até que ponto a doença grave tornará impossível a vida em comum? É um julgamento subjetivo, perigoso. Há algo mais eflúvio do que exigir que, após cinco anos, tal doença seja de cura improvável? Que médico dirá que qualquer doença é de cura improvável, se a ciência evolui diariamente? E, finalmente, se a doença torna a vida insuportável, por que o cônjuge precisará esperar durante cinco anos?”

WALTER CENEVIVA, por sua vez, focaliza os inconvenientes que podem surgir a partir do momento em que alguém, casado com uma pessoa doente, percebe que a vida em comum entre os dois passa a ser insuportável:

“Embora um médico lhe assegure que a cura é improvável, precisará se resignar durante cinco anos, até que consiga a separação — às custas da perda de seu patrimônio. Mas o juiz poderá não conceder a separação, por entender que isso contribuirá para o agravamento da doença. E o pior é que essas doenças geralmente se agravam.”

O segundo obstáculo é levantado pelo § 2º do art. 34 que possibilita ao juiz recusar a homologação e não decretar a separação judicial, impossibilitando, pois, o subsequente divórcio, “se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges”.

# Inseminação artificial

J. DIDIER FILHO

Magistrado. Professor da Faculdade de  
Direito Cândido Mendes

## SUMARIO

1. Preâmbulo.
2. Inseminação artificial.
3. Antecedentes.
4. Fecundação artificial em seres humanos.
5. Inseminação artificial e as incidências biológicas, religiosas, psicológicas, sociais, morais e jurídicas.
6. A técnica da inseminação.
7. Procriação.
8. Religião.
9. Moral leiga.
10. O Direito.
11. **Pro mihi.**
12. **Primo non nocere.**
13. A solução.

### 1. Preâmbulo

Às futuras gerações exortava o poeta, lembrando os gênios da humanidade: “deixai-os passar, não cabem no passado!”

E nós os seguimos, tanto na grandeza das diretrizes de famosas obras, como nos aforismos de conteúdo profundo, lampejando sins e nãoos.

Adverte, por exemplo, o sábio Quílon (um dos sete da Grécia):

“O ouro prova-se pelo fogo; a mulher, pelo ouro; e o homem, pela mulher.”

Provar é tocar para conhecer o grau de pureza. Coisas ou práticas novas luzem como ouro. Tocadas pelo fogo das idéias, podem levar-nos às culminâncias ou arremessar-nos à perplexidade de Racine: “Comment en un plomb vil l’or pur s’est-il changé?”

Nessa linha de compreensão, importa caldear o tema: “inseminação artificial”, por ele tocando-se a mulher e, pela mulher, o homem.

## 2. Inseminação artificial

Inseminação (do lat. *in*, em, e *seminare*, semear).

Remotamente, prática supersticiosa de impregnação da terra com matérias mórbidas. Lançada aí uma semente, regava-se depois a planta com água da lavadura da parte doente, acreditando-se, então, que a planta se tornava apta à cura da doença (*Grand Dict. Univ. du XIXe Siècle* — Pierre Larousse).

Hoje, inseminação é processo de fecundação artificial.

Inseminação artificial a rigor não corresponde a fecundação artificial. Fecundação é sempre natural, e os que a denominam artificial, querem significar que não resultou de conjunção carnal, porém foi produto de uma inseminação artificial. Por isso mesmo, Flamínio Fávero dá razão ao Dr. Vicente Fernando, quando este prefere a fórmula “fecundação por meio de inseminação artificial” à expressão “inseminação artificial”, da rubrica lateral do artigo 267 do promulgado mas não vigente Código Penal de 1969 (com a redação da Lei nº 6.019/73).

Trata-se da introdução do sêmen nos órgãos genitais femininos por meio diverso do contato sexual (“deposição do sêmen na vagina, canal cervical ou útero da mulher, mediante instrumentos”).

Em essência: geração à distância.

## 3. Antecedentes

A inseminação não natural era conhecida desde tempos recuados. Começou pelo reino vegetal (nas palmeiras reprodutoras de tâmaras) evoluindo para a piscicultura. Em 1780, o Prof. Spallazani (Itália) re-

tirou espermatozoides de um cão e os injetou na vagina de uma cadela. Esta, 62 dias mais tarde, produziu três cães normais.

A inseminação artificial contribui para o aperfeiçoamento da produção lanífera e dos laticínios. Generalizou-se o seu uso na pecuária. Ao longo das experiências, transplantou-se o embrião do útero de uma vaca de boa raça para o útero de uma vaca menos qualificada. O animal de boa raça voltava, sem demora, à condição de ser novamente fecundado. O gado seletivo aumentava de modo extraordinário. Hoje, com o auxílio dos centros de sêmen, os produtores utilizam a inseminação artificial em número e qualidade para atender ao abastecimento. Todos os países adotam o sistema para aumentar, selecionar e padronizar os rebanhos. Os centros asseguram 80% de fertilidade.

#### 4. Fecundação artificial em seres humanos

Das criaturas irracionais passou-se às criaturas racionais.

Em 1799 ocorreu a primeira intervenção cirúrgica dessa espécie, levada a efeito no órgão externo de uma dama, cujo esposo, atingido de hipospádia (deformidade da uretra) desejava, a todo custo, perpetuar a linhagem.

No começo deste século, a fecundação artificial propagou-se pelo mundo, principalmente nos países anglo-saxões.

Durante a guerra da Coréia, soldados que ali combatiam fecundavam suas esposas por meio de espermatozoides remetidos por avião.

Mas o objetivo ordinário é contornar as condições subfêrteis do casal, ou a infertilidade total ou parcial de um dos cônjuges.

Parte-se até para as mães artificiais. A esposa estéril deseja um bebê artificial. O marido, considerando imoral as relações sexuais fora do casamento, paga a uma jovem para que gere filho para o casal, submetendo-se à inseminação do espermatozoide do pai.

Cogita-se, ainda, da possibilidade da mãe dupla: ter a mulher filhos sem gravidez, gerando no ventre de outra um ovo nela fecundado.

Sucedem-se as experiências de fecundação artificial em tubos de ensaio (retiram-se óvulos e espermatozoides de organismos humanos, e procura-se, em proveta, criar condições favoráveis à fecundação dos óvulos pelos espermatozoides). Nos casos de fecundação, morrem, às vezes os embriões espontaneamente, sendo, outras vezes, adrede aniquilados ao cabo de algumas semanas de desenvolvimento (bebês de proveta).

Entretanto, a nova vida cuja origem artificial os cientistas vêm procurando obter, sem dúvida, possui valor transcendente: não é simples produto de corpos químicos a reagir entre si. Ao revés, constitui um ser humano que, em princípio, goza dos direitos da pessoa: o direito à vida, tanto assim que a destruição, no útero materno, do embrião ou do feto, configura crime de aborto.

Em tema de direito à vida, Garcia Pinto focaliza análogas matanças e, a certa altura, relembra Saligru, para quem, nas circunstâncias, a moral científica é a moral das hienas (apud Hungria, **Com. ao C. Penal**, ed. 1942, vol. V, pág. 116, nota 98).

## 5. Inseminação artificial e as incidências biológicas, religiosas, psicológicas, sociais, morais e jurídicas

A inseminação artificial tem por objeto o ser humano. Assim, não pode ficar circunscrita ao ponto de vista biológico, abstraindo a moral, o direito, a religião, a psicologia.

Está visto que a Ciência procura explicar o homem como peça da natureza, quer submetendo-o à técnica, como matéria, quer tratando a consciência como puro objeto (Lavigne, **L'inquiétude humaine**) "A Ciência é bifronte, de face feita para o bem e para o mal. A educação moral é que humaniza" (Oscar Tenório). E acentua Jolivet: "A ciência positivista, ao reduzir a moralidade aos costumes, isto é, o direito ao fato, a causa à origem e a essência às contingências empiristas, dissolve a moral."

Aliás, "vêm os séculos ensinando que os alicerces da sociedade são os princípios morais e espirituais. Sem eles virá a ruína, mesmo que o povo goze de saúde invejável e vida na abundância".

Por isso mesmo, a Ética é substância do Direito. Nenhuma lei ou instituição é possível ou duradoura se se opõe às regras da moral (**quid leges sine moribus?**).

## 6. A técnica da inseminação

Cumprе frisar, desde logo, que o art. 53 do **Código de Ética Médica** dispõe: "A inseminação artificial heteróloga (com sêmen de doador estranho) não é permitida; a homóloga (com sêmen do próprio marido) poderá ser praticada se houver o consentimento expresso dos cônjuges."

Não se proscreeve, necessariamente, o emprego de certos meios artificiais destinados, apenas, a facilitar o ato natural, ou a fazer o ato

natural, normalmente cumprido, atingir sua finalidade (Pio XII, Congresso Internacional de Médicos Católicos, 1949).

Lamentavelmente, o promulgado e ainda não vigente Código Penal de 1969, antecipando-se à legislação civil, permitirá (art. 267) a fecundação artificial heteróloga, desde que o marido a consinta ("permitir a mulher casada a própria fecundação por meio artificial com o sêmen de outro homem, sem que o consinta o marido: Pena: detenção, até dois anos"). A **contrario sensu** introduz essa prática na legislação brasileira. Flamínio Fávero dissecou o assunto em conferência publicada na revista **Problemas brasileiros**, de abril de 1974.

O processo de inseminação reponta ilícito porque a obtenção do esperma pela masturbação contraria a ética natural, a ética médica, a ética religiosa. Atenta, ainda, contra a ordem natural a colheita do sêmen na própria efetivação do congresso carnal, pelo uso de envoltórios de borracha ou "condom", ou camisas-de-vênus, para posterior injeção uterina, visando a maior segurança na fecundação. Igualmente, a múltipla indignidade da realização do ato sexual pelo homem com mulher estranha e, a seguir, a coleta de sêmen na vagina desta para a prática da fecundação artificial na própria esposa.

Marcha-se, afinal, para a obtenção do sêmen de homem estranho, sem conjunção carnal, para fecundar a mulher com o consentimento do marido. E, daí, para os bancos de esperma, cuja equiparação aos bancos de sangue constitui evidente escárnio.

A captação do material espermático sem o ato sexual configura também ilicitude, a exemplo da colheita do sêmen nas vesículas seminais, ainda que do próprio esposo. De igual tope, o uso do sêmen, por assim dizer anônimo, guardado nos bancos de esperma, quando mesmo se cogite de estabelecer diretrizes referentes ao sigilo, à escolha do doador e ao consentimento marital (como se fora a alienação de um bem do casal).

Deve o doador ignorar a identidade do casal, e o casal, a do doador (sendo o doador homem casado, ainda há a ofensa à ordem matrimonial, e, solteiro, não se sabe qual a obrigação que assumiria, podendo, ao contrair novo matrimônio, sofrer a alegação, por parte da mulher, de ter incorrido em erro essencial quanto à sua pessoa).

"Tout s'arrange, mais mal" (A. Capus).

Surgem problemas psicológicos: o marido, tendo consentido na inseminação, vem a arrepende-se após a fecundação (há casos em que os maridos suplicam ao médico a interrupção da gravidez tão custosamente obtida). A seu turno, a mulher inclina-se afetivamente para o doador, projetando sobre o marido sua indiferença. A ânsia de conhecer o "pai biológico" da criança, cujo nome foi conservado em segredo, já deu causa ao furto de fichas nos arquivos do laboratório de um especia-

lista de inseminação, o Dr. E. Georgett, de Los Angeles. As fichas desse médico traziam os nomes de mais de quinhentas atrizes e vedetes de cinema. Apurou-se que fora uma das próprias clientes a instigadora do furto, impelida pela curiosidade de saber o nome do "doador", de quem ela concebera o filho ("combien d'enfants ont reçu de leur mères des baisers qui n'étaient pas pour eux!").

## 7. Procriação

No sêmen, a vida não pertence ao indivíduo só, mas à espécie humana. Por isso, "a fecundação no homem é função não apenas da matéria, mas de um mundo interior, espiritual. A fusão do esperma e do óvulo traduz, normalmente, a última expressão do amor que une duas personalidades. A fecundação exprime a consumação normal do ato consciente e recíproco de dois seres humanos, que se unem para serem esposo e esposa, e, conseqüentemente, pai e mãe" (P. Estêvão Bettencourt, OSB). Como corolário, a procriação de modo algum se nivela a um processo de laboratório, nem deriva dos chamados "homens em conserva", mas há de ser "fruto de uma relação pessoal entre os cônjuges, que têm direito recíproco sobre o seu corpo, a fim de fazer surgir uma vida nova: direito exclusivo, inacessível, inalienável", isto em consideração também ao filho, o qual, se é fruto do sêmen de terceiro (admitindo-se o consentimento do marido), fica à margem de qualquer laço moral e jurídico de procriação conjugal (Pio XII).

## 8. Religião

No que respeita à Religião, a Igreja Católica tem repellido firmemente, por imoral, a fecundação artificial fora do casamento, e, no casamento, mas produzida por elementos ativos de terceiro.

A fecundação artificial ultrapassa os limites do direito que os esposos adquirem pelo contrato matrimonial, isto é, o de exercerem plenamente sua capacidade sexual natural, no cumprimento natural do ato matrimonial. Assim, a fecundação artificial viola a lei natural e é contrária ao Direito e à Moral.

Os protestantes são unânimes em condenar a inseminação extra-conjugal. E seus teólogos concluem: "um processo que quebra tão patentemente a comunhão total e exclusiva entre esposos não pode ser apreciado de outro modo que não pela noção do adultério".

Os israelitas (cuja moral religiosa baseia-se no desejo de descendência) impugnam formalmente a utilização do esperma de uma ter-

ceira pessoa, visando a fecundação da mulher. Equiparam tal operação ao adultério, pois a heteroinseminação ataca as bases da própria família.

## 9. Moral leiga

Serpa Lopes traz à colação o pronunciamento da Academia de Ciências Morais e Políticas da França sobre a inseminação artificial, como um dos episódios importantes da crise que temos o triste privilégio de viver: entre o avanço da técnica e a natureza imutavelmente biológica do homem, considerando, afinal, que a heteroinseminação utilizada para suprir a esterilidade do homem suscita no casal, do ponto de vista moral, jurídico e social, objeções tais que se torna nitidamente desaconselhada.

## 10. O Direito

Em nosso País, o anteprojeto do Código Civil não prevê a inseminação artificial, nem regulamenta os respectivos efeitos. Tramita, apenas, um projeto de lei na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

Na área penal surgiu o esporádico dispositivo já aludido, encartado no Código Penal de 1969, ainda não vigente.

Decerto a posição do Direito Positivo diante da inseminação artificial não seria a de renegar a meta de garantir o que *deve-ser*, coonestando, direta ou indiretamente, como dúctil caudatário dos frenéticos pruridos das coisas novas, nas turbulências dos tempos — prática tão aberrante das leis naturais. Mas há de cogitar das conseqüências desse movimento antinatural, ou seja, a posição do filho assim nascido em relação ao direito, a um estado civil.

Ponderada, a respeito, é a posição do Direito Positivo em quase todas as nações, reafirmando, dessarte, o primado do conteúdo normativo, ético e jurídico, no instante em que tantos se deslumbram com o progresso vertiginoso das ciências naturalísticas e da técnica, a ponto de relegar os autênticos valores realmente dignos da proteção jurídica.

Veríssima, a increpação da Professora Armida Miotto: “É de admirar que, assim sendo, o Direito Penal interno esteja desacreditado, a ponto de haver quem entenda e proclame que a meta dele não é garantir o que *deve-ser*, mas limitar-se a coonestar o que é, e dar legitimidade às expansões anômicas!” (“Da certeza do Direito à anomia”, *Rev. de Informação Legislativa*, outubro-dez. de 1973, pag. 93).

Como exemplo de norma positiva sobre o tema, o art. 1.799 do Cód. Civil português dispõe que a fecundação artificial não pode ser invocada para estabelecer a paternidade do filho por meio dela, no caso em que o sêmen seja de outro homem, que não o marido. Aquele que fornece o sêmen não pode invocar esse fato para alegar que é pai da criança.

Na ausência de legislação específica, a doutrina e os precedentes judiciais vêm solucionando, em todos os países, situações emergentes, à luz dos princípios gerais do Direito.

Segundo resolução do IX Congresso de Direito Penal realizado em Haia, "a lei penal não deve punir a prática da inseminação artificial, exceto no caso em que a inseminação se realize sem o consentimento da mulher e do marido".

No Direito pátrio será reformulada, provavelmente, a regra do *pater is est*, como presunção *juris et de jure*, para acomodá-la ao princípio canônico que a considera *juris tantum*. Muito embora a inseminação artificial não passe de um fato antijurídico, importa resguardar a situação da criança assim nascida (Serpa Lopes).

## 11. Pro mihi (a mim primeiro)

De Terêncio nos veio esta sentença: *Verum illud verbum est: omnes sibi malle melius esse quam alteri* (é ditado bem verdadeiro que amamos mais a nós mesmos que ao próximo). E Eurípides, traduzido por Duprê: "L'amour de soi passe chez tout le monde avant l'amour du prochain."

Alega-se que a inseminação artificial é um direito do ser humano. Não se pode recusá-la à mulher casada e à solteira que desejam chegar à maternidade. A casada, esposa sem filhos, sentindo o lar deserto por defeito do marido. A solteira, frustrada na vida por lhe faltar a alegria de um sorriso de criança, percebendo o assoalhado e especioso "direito à maternidade sem pecado", por meio da inseminação artificial.

Então, "proximus sum egomet mihi" (o meu próximo para mim sou eu mesma).

Para chegar à maternidade socorrendo-se daquela prática, deverá a mulher casada ultrapassar os limites dos direitos que o casal adquiriu pelo matrimônio; violar a obrigação pessoal da cooperação criadora de duas personalidades humanas, por meio dos atos naturais capazes de engendrar uma nova vida; contrariar a lei do amor, a da procriação e o princípio da monogamia; suscitar crises de ordem psicológica ao marido e a si mesma; receber, no interior dos órgãos genitais,

o sêmen de outro homem — sêmen comumente oriundo de ato contra a natureza; desencadear problemas graves da **turbatio sanguinis** e situações pungentes ligadas ao consentimento do marido (consentimento adverso à ordem pública, dada a irrenunciabilidade dos direitos do marido sobre o corpo da mulher); ensejar futuras relações incestuosas; assumir contingências de hereditariedade, e outras de natureza civil; integrar, fraudulentamente, na família, uma criança que receberá o nome do pai legal e que se acreditará filho, tudo importando em atentado contra a criança, o matrimônio, a família, a sociedade, enfim uma trama de iniquidades e ignomínias.

A mulher solteira, pela inseminação artificial, lançará no mundo, pelo mesmo processo antinatural, um semi-órfão, sendo que o doador vai procriar um filho que jamais o conhecerá e do qual estará isento de qualquer responsabilidade.

Ora, a lei põe a salvo, desde a concepção, o direito do nascituro. Impor ao nascituro uma procriação antinatural, a integração fraudulenta numa família, de modo algum pode constituir direito da mulher, nem liberdade individual de escolha. “A liberdade” — ensina Pontes de Miranda — “é conceito social, portanto, relativo. As liberdades individuais não existem por si e para si; não são incompressíveis, ilimitáveis em seus enunciados apriorísticos”.

O Direito não consagra o egoísmo atentatório das bases da família e da sociedade. O egoísmo deseja, não ama: por isso mesmo, seca os sentimentos humanos, como no caso da inseminação artificial.

A Declaração dos Direitos da Criança (Nações Unidas), no seu Princípio 2, realça o gozo de uma proteção especial (condições de liberdade e dignidade) e recomenda que, ao promulgar leis com tal fim, dever-se-á considerar fundamentalmente o interesse superior da criança. E o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem enfatiza que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

Decerto não há dignidade alguma na procriação contrária à natureza.

“As melhores condições se realizam quando o filho é desejado não tanto como filho, mas como consagração do amor mútuo, quer dizer, quando a mulher deseja um filho “de seu marido” (e o marido, de sua mulher)”, segundo preconiza Courtois (*A arte de educar as crianças de hoje*, Agir Editora, pág. 29, 1958).

Ocorre, porém, a persistência da tentativa, sofisticada e virulenta, de contorno ou devastação do caminho da dignidade e da submissão da moral e do direito aos vícios do nosso tempo, recorrendo-se, aqui, ao sentimentalismo, que é a degenerescência do sentimento não controlado e fecundado pela razão.

## 12. *Primo non nocere* (o primeiro é não prejudicar)

Essa expressão se enlaça com o irrefutável aforismo jurídico: *facere non debet quis alteri, quod sibi fieri nolit* (não façam a outrem o que não querias que te fizessem).

Condensadas acima, as incompatibilidades da inseminação artificial com as leis morais e naturais, a ordem jurídica, a religião, e salientadas suas deploráveis conseqüências, tudo infunde a conclusão de que, em face da sentença de Quílon, a prática da inseminação artificial, tocada pelo fogo das idéias, retém, no fundo do cadinho, o multissecular ensinamento: *non est hoc aurum totum, quod lucet, ut aurum* (nem tudo que reluz é ouro).

Por esse ouro falacioso prova-se a mulher, e, pela mulher, o homem.

## 13. A solução

Cumpra relembrar, então, a advertência de Locke: “Não basta indicar o erro, é preciso fornecer a verdade.” Aqui, a verdade se configura na solução que o Direito enseja para elidir a idéia da inseminação artificial.

Pelo moderno instituto da adoção (adoção plena e legitimação adotiva) o Direito pátrio “dá filhos a quem os não tem pela natureza, desenvolvendo sentimentos afetivos do mais puro quilate, aumentando, na sociedade, o capital de afeto e de bondade necessário ao aperfeiçoamento moral; chamando para o aconchego da família e para as doçuras do bem-estar filhos privados de arrimo ou de meios idôneos; aproveitando e dirigindo capacidades que, de outro modo, correriam risco de se perderem, em prejuízo dos indivíduos e do grupo social a que pertencem” (Clóvis).

A adoção deve ser motivada para o bem da criança. Quando possível, um prévio estudo médico-psicossociológico dos pais naturais, do adotante e do adotado. A mãe adotiva deve tomar consciência total de que se trata realmente de um filho e, por isso mesmo, não exigir testemunho de reconhecimento por parte do adotado que, o mais cedo possível, deve conhecer a sua exata situação na família.

“A adoção” — afirma o Dr. F. Goust — “tem um valor humano talvez maior do que o parentesco pelo sangue. Ela comporta, como este último, sempre um risco, não se podendo prever o destino de um ser que se põe no mundo ou que se adota”.

Tudo, porém, se sublima no pensamento lapidar de Vieira:

“O filho por natureza ama-se porque é filho; o filho por adoção é filho porque se ama.”

# Obra sob encomenda

CARLOS ALBERTO BITTAR  
Mestre em Direito pela USP

## SUMÁRIO

1. Noção
2. Importância
3. A encomenda na História
4. A encomenda no direito comparado
  - 4.1. Na doutrina
  - 4.2. Na legislação
5. A encomenda no direito brasileiro
  - 5.1. No sistema do Código Civil
  - 5.2. No sistema da Lei nº 5.988, de 14-12-73
6. Sistematização da encomenda
  - 6.1. Formas de encomenda: o contrato de encomenda
  - 6.2. Tipos de obras de encomenda e direitos e obrigações das partes
  - 6.3. Nossa contribuição para a definição estrutural do instituto da encomenda

### 1. Noção

A obra intelectual pode ser produzida por iniciativa de seu criador (escritor, artista, cientista) ou por iniciativa de outrem, que a sugere, solicita, orienta ou dirige, cuidando da respectiva reprodução e da divulgação, quando a tanto se destinar a obra.

---

Resumo de conferência pronunciada no Ciclo de Estudos sobre Direito de Autor, em 21-11-77, no Sindicato dos Escritores, em São Paulo.

A obra nascida por iniciativa de terceiro, que contrata ou dirige a produção do autor, chama-se obra de encomenda, conforme defendemos em dissertação apresentada à Faculdade de Direito da USP, em 19-11-1975, na qual procuramos sistematizar os seus diferentes aspectos, oferecendo também, em introdução, visão global e atualizada sobre o Direito de Autor (Vide: CARLOS ALBERTO BITTAR: *Direito de Autor na obra feita sob encomenda*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, n.os 22, 47 e segs.)

## 2. Importância

A encomenda pode ter por objeto qualquer tipo de obra de engenho: literárias, artísticas ou científicas, *verbi gratia*: comentários, coletâneas, dicionários, enciclopédias, no domínio literário; telas, quadros, bustos, ornamentações, fotografias, produções publicitárias, no domínio artístico; projetos, pesquisas e estudos, no plano científico.

Daí a enorme difusão de obras de encomenda, em diferentes aspectos da atividade diuturna, intelectual e econômica. São obras de encomenda, por exemplo: o texto de novela produzido por um escritor contratado por um produtor de televisão, que lhe traça um plano ou lhe ministra as linhas fundamentais, ou apenas sugere a obra; a fotografia produzida por um profissional para uma agência de propaganda, a fim de integrar determinada campanha; o texto de um programa preparado por um escritor para emissora radiofônica; o texto de uma peça teatral produzida para certa companhia; a composição musical feita por um artista para determinado evento ou feita por um profissional para efeito de publicidade; o texto de um verbete elaborado por um jurista a pedido de editora de enciclopédia; o estudo realizado e escrito por um cientista sob a iniciativa do Estado e outras tantas.

## 3. A encomenda na História

A História está pontilhada de obras nascidas sob encomenda, muitas das quais definem períodos da evolução da humanidade ou traduzem expressões eloqüentes do gênio criador do homem.

Basta que, a *vol d'oiseau*, lembremos as seguintes: os "Jardins Suspensos da Babilônia"; "o templo de Diana", em Éfeso; o templo de Jerusalém (na Antiguidade); a "Gioconda" (Mona Lisa), a "Santa Ceia" (de Leonardo da Vinci); a cúpula da basílica de São Pedro (de Michelângelo); a série "História Sagrada" (de Rafael) que caracterizou o Renascimento; e, no Brasil, as obras do Aleijadinho, em Ouro Preto, e do Mestre Valentim, no Rio colonial.

## 4. A encomenda no direito comparado

### 4.1. Na doutrina

Muito se discutiu, na doutrina e na jurisprudência — principalmente francesa — a respeito da obra de encomenda, tendo sido formuladas diversas teorias para enunciar e explicar a titularidade dos

direitos de autor nesse tipo de obra. Prevalece hoje a orientação geral de que o encomendante adquire, a título derivado, direitos patrimoniais relativos à utilização da obra na forma específica avençada, permanecendo na esfera do autor os direitos morais, com restrições decorrentes da natureza da obra e do grau de participação do comitente na elaboração, à exceção do sistema anglo-norte-americano, em que se atribui o **copyright** originariamente ao comitente (V. nossa dissertação citada: n.ºs 25 e segs.).

Alguns autores referem-se à obra de encomenda e discutem certos aspectos de sua problemática. Dentre eles, podem ser lembrados: **EDUARDO PIOLA CASELLI** (*Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione*, Torino, Ed. Torinese, 1927, 2ª ed., espec., págs. 221 e segs.); **ALFREDO DE GREGORIO** (*Il contratto de edizione*, Roma, Athenaeum, 1913, págs. 130 e 131); **VALERIO DE SANCTIS** (*Contratto di edizione-contratti di rappresentazione e di esecuzione*, Milano, Giuffrè, 1965, págs. 27 e segs.); **PAUL DANIEL GÉRARD** (*Los derechos de autor en la obra cinematográfica*, trad. de MANUEL PARÉS MAICAS, Barcelona, Ediciones Ariel, 1958, págs. 80 e segs.); **PAOLO GRECO** e **PAOLO VERCELLONE** (*I diritti sulle opera dell'ingegno*, Torino, Torinese, 1974, págs. 105 e segs.); **EUGENIO MORDEGLIA** (*El contrato de edición*, Buenos Aires, Centro de Estudiantes de Derecho, 1929); **OSCAR CAROSONE** (*L'opera dell'ingegno per commissione*, Milano, Giuffrè, 1970 — obra específica) e **ANDRÉ KEREVER** (*Le droit d'auteur en Europe Occidentale*, in "Homage à Henri Desbois", Paris, Dalloz, 1974, pág. 72).

#### 4.2. Na legislação

A lei tcheca, de 22-12-53, define expressamente o contrato de encomenda como o ajuste em que o autor se compromete a criar para aquele que o tenha encarregado, e mediante uma remuneração, uma obra literária, artística ou científica, e outorga seu consentimento para a utilização da obra, segundo os fins estabelecidos no contrato (art. 27).

A lei italiana, de 22-4-41, fala em obra sob encomenda de empresa ou de instituição sem fim lucrativo (art. 11) e em fotografia sob encomenda (art. 88). As leis inglesa (seção V), norte-americana, de 1976 (§ 101) e canadense (arts. 11 e 12) contêm, também, disposições sobre obras de encomenda, com vínculo de emprego entre comitente e comissário ("works made for hire" — um dos tipos de obra encomendada: esta última fala também em contribuições para coletâneas, enciclopédias e outras obras do gênero, mediante contratação).

### 5. A encomenda no direito brasileiro

#### 5.1. No sistema do Código Civil

A encomenda é prevista na legislação brasileira, desde o Código Civil, que dizia, referindo-se ao contrato de edição (art. 1.347): "Pelo

mesmo contrato pode o autor obrigar-se à feitura de uma obra literária, científica, ou artística, em cuja publicação e divulgação se empenha o editor.”

Em outro texto, enunciando as formas de reprodução que não constituíam violações aos direitos autorais, falava em “retratos ou bustos de encomenda particular” (art. 666, item X).

Comentando a disposição do art. 1.347, informa CLÓVIS BEVILÁQUA que o texto veio do art. 1.569 do Projeto revisto e inspirou-se no Código Civil austríaco (art. 1.170) e no suíço de obrigações (art. 393). Destaca que constitui uma das formas do contrato de edição, acentuando que a obra é feita segundo plano do editor, e existindo, *in casu*, locação de serviços, reservados ao autor a sua remuneração e o direito autoral sobre a sua produção (**Código Civil Comentado**, Rio de Janeiro, F. Bastos, 6ª ed., vol V, pág. 78); é a posição de EUGENIO MORDEGLIA, frente a texto semelhante do direito argentino: ob. cit., pág. 49. Vide também: ORLANDO GOMES: (**Contratos**, Rio, Forense, 1966, pág. 416).

CARVALHO SANTOS também, em face do mesmo artigo, aproxima esse contrato da locação de serviços, assemelhando a edição à compra e venda (**Código Civil Brasileiro interpretado**, Rio, F. Bastos, vol. XVII, pág. 429).

O Prof. SILVIO RODRIGUES considera a encomenda, em face do Código Civil, uma das modalidades previstas para a edição, mas assinala que o contrato de encomenda daquele se difere, pela iniciativa e pelos efeitos. Na edição, a obra é apresentada pronta ao editor, enquanto na encomenda a iniciativa é deste, que contrata o autor para a realização da obra. Exalça a relevância da distinção, dada a natureza peculiar da encomenda, que produz efeitos *sui generis*. E, com remissão a EDUARDO ESPÍNOLA, acentua que, muitas vezes, as partes avençam a transferência de certos direitos ao editor, como a autorização para tradução, inexistindo, para este, obrigação de publicar ou de reproduzi-la novamente, quando esgotada a obra (**Direito Civil — “Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade”**, SP, Max Limonad, 3ª ed., pág. 342).

## 5.2. No sistema da Lei nº 5.988, de 14-12-73

A lei brasileira de direitos autorais (nº 5.988/73) manteve, *ipsis litteris*, a disposição do art. 1.347 do Código Civil (art. 58, *caput*), mas inseriu-lhe três parágrafos, a respeito de: fixação de prazo para entrega da obra (§ 1º, que repete a norma do art. 1.348 do Código Civil); sobre a não conclusão da obra por falecimento do autor; e sobre publicação em parte (§§ 2º e 3º).

Mas, no capítulo relativo aos direitos patrimoniais, introduz normas especiais sobre encomenda (art. 36 e parágrafos, *verbis*):

“Art. 36 — Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação

de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo Conselho Nacional de Direito do Autor.

§ 1º — O autor terá direito de reunir em livro, ou em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano da primeira publicação.

§ 2º — O autor recobrará os direitos patrimoniais sobre a obra encomendada, se esta não for publicada dentro de um ano após a entrega dos originais, recebidos sem ressalvas por quem a encomendou.”

Além disso, nas limitações ao direito do autor, ao enumerar as formas de reprodução que não configuram ofensas, referem-se à de “retratos, ou de outra forma de representação da efigie, feitos sob encomenda” (Art. 49, I, letra f).

O texto resultou de aproveitamento de emendas oferecidas na discussão do projeto no Congresso, em que a matéria suscitou muitos debates (V. a respeito: EDUARDO J. V. MANSO: *A obra de autor assalariado*, S. Paulo, 1975, págs. 9 e segs.).

## 6. Sistematização da encomenda

### 6.1. Formas de encomenda: o contrato específico

Sugere o artigo 36 citado que existem três formas de encomenda: a funcional, a de prestação de serviços e a decorrente de relação de emprego. Mas, em verdade, há também a encomenda pura e simples, ligada a contrato específico de encomenda, como a própria Lei admite (art. 49, I, f) (ex.: encomenda a um pintor, de um retrato, ou a um escultor, de um busto). Nesses casos, o artista é vinculado ao encomendante por um contrato de encomenda, de natureza autoral, sujeito a obrigações específicas e titular de direitos morais, que lhe permitem, inclusive, recusar-se a entregar a obra, se não resultar perfeita, conforme seu entender. Mas, conforme o caso, poderá àquele caber indenização.

Com efeito, nem o contrato de encomenda se restringe às hipóteses enunciadas no art. 36 da lei brasileira — porque envolve também a obra de produção independente do autor e outras: obra dirigida, em colaboração, obra de assalariado (V. nossa dissertação: n.ºs 47 e segs.) — nem se confunde com as figuras contratuais retromencionadas pela doutrina, embora com elas apresente pontos de contato.

No sistema do Código Civil brasileiro, inquestionável é o posicionamento do contrato de encomenda como forma especial da edição, porque inserido, **ab origine**, na disciplina legal daquele instituto (arts. 1.346 e segs.), embora já se vislumbrasse a encomenda pura e simples, para fins particulares (art. 666, X).

Mas, com o advento da lei especial — em cuja discussão o legislador se conscientizou da necessidade de regular a matéria, apercebendo-se de suas múltiplas facetas — já esse negócio jurídico recebe tratamento particular, embora discutível a orientação assumida, que é criticada pela doutrina (Cf. ANTÔNIO CHAVES: “Direito de Autor — obra sob encomenda”, separata da Revista Forense, nº 255, de 1976: tese apresentada em reunião da CISAC, em 11-5-76, Jerusalém; e a Nova lei brasileira de Direito de Autor, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1975: comentários ao art. 36).

**In factu**, a lei refere-se, em particular, à encomenda, nos arts. 36 e 49 (item I, alínea f), além de reproduzir literalmente o texto do art. 1.347 do Código (art. 58). Em face disso e levando-se em consideração a potestatividade do último texto (art. 58 da lei), entendemos que:

a) a lei admite outras formas de encomenda, além das enumeradas no art. 36 (como a de produção independente do autor);

b) o contrato de encomenda não se confunde com o de edição, representando figura especial;

c) pode, no entanto, coexistir com a edição, sentido em que é disciplinado pela lei (Código Civil, art. 1.347, e Lei nº 5.988/73, art. 58);

d) pode, ainda, coexistir com outros contratos, como a cessão de direitos.

## 6.2. Tipos de obras de encomenda e direitos e obrigações das partes

Com efeito, existem formas outras de encomenda: a encomenda pura e simples, ou de prestação autônoma de serviços, com vários tipos de obras resultantes: obra independente, dirigida ou em colaboração, entre autor e encomendante; a vinculada a contrato de trabalho, com a obra individual de assalariado e a obra coletiva (desenvolvidos na referida dissertação, n.ºs 47 e segs.).

De outro lado, a encomenda coexistirá com a edição, sempre que se referir a obra destinada à reprodução e à divulgação (obras literárias, musicais, cinematográficas etc.), encerrando a licença para publicação, porque a encomenda se destina mesmo a esse fim, ou à cessão, se o autor se obrigar nesse sentido, despojando-se de seus direitos patrimoniais. Mas a encomenda pode não objetivar a divulgação: ao revés, pode visar fim particular (ex.: tela, retrato, busto, escultura etc.), quando então as relações entre as partes se regerão pelo contrato específico (Cf. HENRI DESBOIS: *Le droit d'auteur en France*, Paris, “Manuel de la propriété littéraire et artistique”, Paris, Dalloz, 1966, 12ª ed., pág. 548; ALAIN LE TARNEC: págs. 301 e 302; ANDRÉ KEREVER: ob. cit., pág. 48; EDUARDO J. V. MANSO: “Contratos de direitos autorais”, sep. da Revista dos Tribunais, nº 467, pág. 11).

É o que ocorre, de regra, na contratação autônoma do autor (exs.: encomenda de um retrato a um pintor; de um busto a um escultor; de

música a um compositor, e assim por diante, em que a obra é solicitada para fins particulares ou determinados: para ornamentação, para uso público etc.).

Nesse caso, diferentes tipos de obras podem surgir, em função da participação do encomendante na elaboração da obra. De fato, a ingerência do comitente na definição da obra e em sua consecução pode até alçá-lo à condição de autor ou colaborador, dependendo das circunstâncias. A atuação do autor pode reduzir-se a mera execução mecânica. Nessas hipóteses, o comitente terá os direitos de autor ou de colaborador, mas sempre em relação ao mesmo fundamento, ou seja, a criação, único título originário de atribuição de direitos de autor. Os tipos de obras resultantes são: a obra de produção livre do autor (sem participação do comitente); a obra dirigida (em que há colaboração do comitente ou autoria deste, conforme o grau).

Os direitos e obrigações das partes reger-se-ão pelo contrato específico, obedecidas as normas definidas na lei (retroindicadas: arts. 58, 36, 49 e outros da Lei nº 5.988/73), em especial quanto aos direitos morais do autor.

Mas o autor pode vincular-se ao encomendante através de contrato de trabalho. Dessa situação podem surgir, conforme o caso, a obra individual de autor assalariado e a obra coletiva. Na obra de assalariado, que recebe remuneração para prestar trabalho intelectual, os direitos de autor, no aspecto patrimonial, pertencem à empresa ou empresário que o contrata, mas na forma avençada e normal de produção da empresa. Por exemplo, se se trata de uma editora de livros, a obra pode ser reproduzida pela empresa sob essa forma, cabendo a esta os proventos econômicos, salvo se se convencionar em contrário. Não pode, pois, a empresa utilizar a obra sob outra forma, sem autorização e remuneração específica ao autor. Nem pode empresa de televisão reproduzir e alienar novela produzida por autor assalariado, sem pagarlhe direitos autorais, e assim por diante. Já na obra coletiva, em que se não individualizam as contribuições particulares de cada autor, os direitos autorais pertencem à empresa que a dirige (exs.: enciclopédia, dicionário, compêndio e outras). Mas também em virtude do fenômeno da criação a pessoa jurídica é considerada autora, em função de sua posição, por idealizar e levar a termo, através de seus colaboradores, a obra.

Os direitos e obrigações das partes reger-se-ão pelo contrato de trabalho, pelas leis trabalhistas (quanto à prestação do serviço) e pelas normas e princípios especiais de Direito de Autor (quanto à obra produzida), em particular os relativos aos direitos morais de autor.

### **6.3. Nossa contribuição para a definição estrutural do instituto da encomenda**

Com base nos estudos e pesquisas realizados para a apresentação de nossa mencionada dissertação (nº 43), deduzimos, por vez primeira na doutrina, os elementos informativos da estrutura desse complexo ne-

gócio jurídico que é a encomenda (alguns dos quais enunciados, mas não sistematicamente, pelos doutrinadores — V. autores e obras citadas — e, mesmo, em disposições legais).

A encomenda apresenta características próprias, definidas, que lhe conferem feição particular dentre os tipos de contratos existentes. São seus elementos estruturais, dentre outros, os seguintes (embora alguns subsistam, aqui e ali em outros contratos):

- a) a iniciativa pertence sempre ao encomendante, que contrata o autor, podendo aquele ser empresário ou particular;
- b) o objeto — sempre obra intelectual — pode constituir obra destinada à utilização econômica ou a uso particular ou de terceiro;
- c) na consecução da obra, pode existir plena liberdade do autor ou ingerência do comitente, em diferentes graus, gerando as diferentes espécies de obras indicadas, distintas entre si, e sujeitas a regimes jurídicos próprios;
- d) daí ou o encomendante apenas sugere a obra, ou traça plano inicial para o autor; ou então, nele trabalha ou colabora, não se limitando à simples solicitação ou indicação;
- e) a remuneração é elemento necessário à encomenda em geral, podendo, porém, o autor obrigar-se a título gratuito;
- f) devem, de regra, ser respeitados os direitos morais do autor, que podem, conforme o caso, obstar a publicação da obra (direito de inédito), conferir a sua participação na mais-valia obtida na alienação posterior da obra de arte, ou de manuscritos originais (lei brasileira: arts. 25, 28, 39, 52, parágrafo único — direito de seqüela, no caso), além de outros;
- g) o vínculo jurídico entre as partes pode variar, conforme as circunstâncias, compreendendo, desde a prestação autônoma de serviços até o contrato de trabalho — com as características próprias de direção, subordinação e continuidade dos serviços — e os efeitos próprios de cada posicionamento;
- h) o descumprimento de obrigações contratuais apresenta consequências diversas, conforme a hipótese: assim, o mesmo direito moral do autor possibilita a este a recusa de entrega da obra; mas, no caso de obra de assalariado, o direito de inédito sofre restrições, não podendo o empregado opor-se à publicação da obra que a empresa especializada lhe encomendou e, assim por diante, cogitando-se, inclusive, conforme o caso de reparação de prejuízos.

Dessa forma, para a definição do *typus* e a resolução de questões que se ofereçam, com a especificação dos direitos das partes, deverão ser examinados os contratos e estudadas as circunstâncias do caso concreto.

# A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais

ANA VALDEREZ AYRES NEVES DE ALENCAR

Técnico Legislativo  
da Subsecretaria de Edições Técnicas

- I. Introdução.
- II. O art. 91, IV, da Carta de 1934. Assimilação da norma pela Carta de 1946. A Emenda nº 16/65.
- III. O entendimento dos constitucionalistas.
- IV. O Supremo Tribunal e o Senado Federal: opiniões divergentes. O sistema adotado pelo Supremo.

## I — Introdução

O legislador brasileiro, inspirado na lição do direito público americano, implantou no País o controle posterior da constitucionalidade por órgão jurisdicional. Fê-lo, contudo, consagrando o princípio no próprio texto da Lei Maior, quando, na América do Norte, a idéia surgiu, tomou forma e cristalizou-se por via da jurisprudência.

Já a Constituição provisória da República, (1) expedida com o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, adotou o sistema, ao prever, nos termos do art. 58, § 1º:

“Art. 58 — .....

§ 1º — Das sentenças da justiça dos Estados em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os atos, ou leis impugnados.”

Sublinhando a superioridade das normas constitucionais, o art. 59, alínea a, da mesma Carta provisória (2), deferiu aos juizes ou tribunais federais a decisão das causas em que alguma das partes fundamentasse a ação ou a defesa em dispositivo da lei básica:

“Art. 59 — Compete aos juizes ou tribunais federais decidir:

a) as causas em que alguma das partes estribar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;

.....”

O Decreto nº 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que procedeu à organização da Justiça Federal, regulou a matéria do § 1º do art. 58, supra, de forma bem mais explícita e abrangente, quando, na conformidade do art 9º, parágrafo único, dispôs: (2)

“Art. 9º — .....

**Parágrafo único** — Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juizes dos Estados:

a) quando a decisão houver sido contrária à validade de um tratado ou convenção, à aplicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercício de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União — qualquer que seja a alçada;

b) quando a validade de uma lei ou ato de qualquer Estado seja posta em questão como contrário à Constituição, aos tratados e às leis federais e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou ato;

c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da cláusula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contrária à validade do título, direito e privilégio ou isenção, derivado do preceito ou cláusula.”

A Carta de 1891 acolheu, igualmente, o princípio do controle dos mandamentos constitucionais pelo Supremo, repetindo no § 1º, alíneas a e b, do art. 59, os termos do art. 58, § 1º, alíneas a e b, supratranscritos da Carta provisória:

“Art. 59 — Ao Supremo Tribunal Federal compete:

.....

II — julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juizes e tribunais federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;

III — rever os processos findos, nos termos do art. 81.

§ 1º — Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se constatar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

.....”

O dispositivo que cometeu aos juizes e tribunais federais, com exclusividade, as causas fundadas em regra da Carta Magna, desdobrou-o o legislador de 1891, deixando explícito que, entre essas causas, figuravam aquelas propostas contra o Governo da União ou a Fazenda Nacional:

“Art. 60 — Compete aos juizes ou tribunais federais processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;

b) todas as causas propostas contra o governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo governo;

.....”

Completando a organização da Justiça Federal, a Lei nº 221, (\*) de 20 de novembro de 1894, (3) emprestou clareza definitiva à matéria, ao estabelecer: a) a competência, não só dos tribunais, mas também dos juizes para julgar da inconstitucionalidade das leis e regulamentos; b) a inaplicabilidade do ato declarado inconstitucional, apenas, ao caso concreto; c) a obrigatoriedade de os regulamentos conterem-se no âmbito da lei, na medida em que esta se deve manter nos limites impostos pela Constituição; d) a exigência de inconstitucionalidade manifesta para que a lei ou regulamento fossem declarados inconstitucionais.

Leia-se a norma:

Lei nº 221, de 1894, art. 13, § 10: (3)

“§ 10 — Os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.”

(\*) Comentando a Lei n.º 221, de 1894, escreveu Alfredo Buzaid:

“Ainda não se estudou bem a importância que representa essa lei no direito público e processual do País. O art. 13 conferia a quem se sentisse lesado em seus direitos individuais a facilidade de recorrer ao Poder Judiciário, a fim de obter a anulação do ato administrativo; e a sentença, passada em julgado, obrigava assim as partes como a administração (art. 13, § 11), acarretando responsabilidade civil e criminal para a autoridade que violasse o julgado (art. 13, § 12).”

(“Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro” São Paulo, Ed. Saraiva, 1958, pág. 30.)

A Emenda Constitucional de 1926 deslocou o § 1º do art. 59 (competência do Supremo Tribunal Federal) para o art. 60 (competência dos juizes e tribunais federais), modificando a alínea a do mesmo parágrafo, segundo se observa da comparação abaixo:

CONSTITUIÇÃO DE 1891	EMENDA DE 1926
<p><b>Art. 59</b> — Ao Supremo Tribunal Federal compete:</p> <p>.....</p>	<p><b>Art. 60</b> — Aos juizes e tribunais federais (compete) processar e julgar:</p> <p>.....</p>
<p><b>§ 1º</b> — Das sentenças das justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:</p> <p>a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela;</p> <p>b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos ou essas leis <i>impugnadas</i>.</p>	<p><b>§ 1º</b> — Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:</p> <p>a) quando se questionar sobre a vigência, ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do tribunal do Estado lhes negar aplicação;</p> <p>b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos ou essas leis <i>impugnadas</i>;</p>

Relata Loureiro Júnior (4) que se deve a modificação da citada alínea a à Emenda nº 51 e apresenta o parecer à sugestão exarado pelo relator da matéria, Herculano de Freitas:

“O texto vigente da Constituição contido na letra a do § 1º do art. 59 tem suscitado numerosas e notáveis controvérsias e facilitado por tal forma os recursos das sentenças dos juizes dos Estados para o Supremo Tribunal Federal, que o acúmulo de serviço neste tem lhe perturbado a regularidade das funções.

A Emenda nº 51 procura evitar esse mal, tornando positivo que, na hipótese, só caberá recurso de decisões do Tribunal do Estado para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a vigência e a validade das leis federais, em face da Constituição.

Desde que o tribunal local considera a lei vigente, ou a lei válida, em face da Constituição, decide soberanamente. O recurso é

só para o caso em que ele baseia sua sentença na inaplicabilidade da lei, por vício de inconstitucionalidade ou na sua não existência.

A hipótese da errônea aplicação não legitima o recurso.

Não só as razões acima expostas, como o respeito à competência das justiças estaduais, recomendam a adoção desta emenda, cujo pensamento parece ser o mesmo contido no texto atual, adulterado pelas interpretações."

Loureiro Júnior, em seguida, chama a atenção para "um grave cochilo" da reforma ao operar essa modificação:

"... esqueceu-se dos tratados, cuja superioridade em face das legislações estaduais a Constituição Federal estatuiu. Dessa forma, do ponto de vista estritamente jurídico, os tratados perderam o lugar que ocupavam ao lado das leis federais no quadro hierárquico da legislação constitucional brasileira."

A gravidade dessa omissão ressalta das seguintes palavras de João Barbalho, <sup>(5)</sup> escritas a propósito do § 1º, alínea a, do art. 59 da Carta de 1891:

"**Tratados.** Incluem-se nesta denominação, para os efeitos deste artigo, todos os pactos, ajustes, convênios, de qualquer natureza e sobre quaisquer assuntos, entre a União e governos estrangeiros. E é óbvio que, tratando-se assim de interesses de ordem internacional, não fique a última palavra às justiças estaduais quando acaso, mesmo indireta e incidentemente, eles venham à baila em questões perante elas intentadas.

É da maior gravidade e pode trazer complicações e perigos para a União a declaração de nulidade ou não aplicabilidade de tratados, em que se achem comprometidas a fé e a honra da Nação.

O recurso extraordinário evitará que venham a ser sacrificados tão altos interesses da Nação."

O legislador de 1926, não só "cochilou" em relação aos tratados, como não considerou a iniciativa do legislador ordinário, preocupado, desde 1902, em fixar o **quorum** para as decisões finais proferidas em causas que envolvessem questões constitucionais.

Leia-se o art. 1º do Decreto nº 938, <sup>(6)</sup> daquele ano de 1902, datado de 29 de dezembro:

"**Art. 1º** — Sempre que o Supremo Tribunal Federal tiver de julgar, nos casos de sua competência, compreendida no art. 59, n.ºs 1 e 3, da Constituição, ou quando em qualquer pleito se envolver questão de inconstitucionalidade das leis da União ou dos Estados e de tratados federais, as decisões finais serão proferidas com a presença de dez, pelo menos, dos seus membros desimpedidos."

E o art. 8º do Decreto nº 1.939, de 28 de agosto de 1908: (7)

“**Art. 8º** — Quando contra os atos ou decisões das autoridades administrativas for alegada a inconstitucionalidade de tais atos ou decisões, não obstante serem os mesmos conformes com as leis ou regulamentos em vigor, a decisão final do Supremo Tribunal Federal deverá ser proferida estando presentes, pelo menos, 10 de seus membros desimpedidos” (Decreto nº 938, de 29 de dezembro de 1902, art. 1º)

Deram-se conta da lacuna os construtores da lei subsequente, consoante a seguir se observará.

O Diploma de 1934 assimilou os princípios contidos nas disposições citadas da Carta de 1891, sem, contudo, deixar de introduzir, no quadro dessas normas, significativas modificações. Assim, reconduziu o tratado ao nível em que o colocara a lei precedente, antes da reforma de 1926, para o efeito de conferir à Corte Suprema o julgamento, em recurso extraordinário, das causas decididas a respeito, em única ou última instância pelas Justiças locais (art. 76, III, a); exigiu a fundamentação direta e exclusiva da ação ou da defesa, por alguma das partes litigantes, em dispositivo constitucional, tendo em vista a atribuição de competência aos juizes federais para processar e julgar o pleito em primeira instância (art. 81, b); dispôs no sentido de que só pela maioria dos votos da totalidade de seus juizes, poderiam os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato do poder público (art. 179).

E mais as seguintes inovações de fundamental importância: na conformidade do art. 12, V, permitiu a Carta de 1934 a intervenção da União nos Estados em diferentes hipóteses, entre as quais figura a da desobediência aos princípios constitucionais expressos nas alíneas a a h do art. 7º, I, (\*) condicionando a intervenção à declaração pelo Supremo Tribunal Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República, da inconstitucionalidade da lei que a houvesse decretado (art. 12, § 2º).

Inovação de vulto contém-se, também, no art. 113, item 33, que abriu margem à intensificação do controle da obediência aos ditames da Constituição, ao prescrever a concessão do mandado de segurança para defesa do direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.

Finalmente, entre as novidades apresentadas pela Carta de 1934 na área em foco, *alinha-se a atribuição conferida ao Senado para suspender*

(\*) Art. 7º — Compete privativamente aos Estados:

I — decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios:

- a) forma republicana representativa;
- b) independência e coordenação de poderes;
- c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato;
- d) autonomia dos Municípios;
- e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais;
- f) prestação de contas da administração;
- g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la;
- h) representação das profissões;

a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, IV). Para tanto, o legislador deu ao Procurador-Geral da República a incumbência de que trata o art. 96:

**“Art. 96 —** Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador-Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.”

A partir daí, através da suspensão do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal, passou o Senado a participar do processo instituído em função da supremacia das normas da Lei Maior, exceto no período coberto pela vigência da Carta de 1937, a seguir considerada.

A Carta outorgada a 10 de novembro de 1937, ao estabelecer a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar em recurso extraordinário, reproduziu, no art. 101, III, alíneas **a**, **b** e **c**, os termos do art. 76, III, alíneas **a**, **b** e **c**, da Carta de 1934.

Continuaram, portanto, de pé os princípios vigentes a partir de 1891 sobre a matéria. Persistiu, também, a exigência do voto da maioria da totalidade dos membros do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de acordo com o **caput** do art. 96. O parágrafo único dessa disposição, contudo, rezava:

“No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.” (\*)

O dispositivo acobertava um processo **sui generis** de emenda à Constituição, em face da impossibilidade de coexistirem a norma constitucional e a lei ordinária a ela inadequada, eis que a coexistência de ambas implica na supremacia de uma sobre a outra.

Em que pese ao parecer de Cândido Mota Filho <sup>(8)</sup> que o qualificou de “inovação de extraordinário alcance” e lhe exaltou o sentido, dizendo:

“A subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento coloca o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despido do caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo. Leone, em sua **Teoria de la Política**, mostra com surpreendente

(\*) Essa disposição seria revogada por força do artigo único da Lei Constitucional nº 18, de 11 de dezembro de 1945, expedida pelo Governo José Linhares.

clareza, como a tendência para controlar a constitucionalidade das leis é um campo aberto para a política, porque a Constituição, em si mesma, é uma lei *sui generis*, de feição nitidamente política, que distribui poderes e competências fundamentais.”

O texto de 1937 não poderia assimilar, como não assimilou, o mandado de segurança previsto pelo art. 113, nº 33, da Carta precedente. Da mesma forma, subtraiu ao Conselho Federal — agora, não mais órgão da coordenação dos poderes, mas, uma das Câmaras integrantes do Parlamento Nacional — a competência para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais pelo Judiciário.

Em suma, sob o regime ditatorial que, muitas vezes, marginalizou a própria Carta outorgada, nada se somou de positivo à sistemática implantada em 1891 e melhorada em 1934, com vistas à observância dos mandamentos básicos nacionais.

A Constituição de 1946 deu continuidade, em princípio, ao sistema de 1934: elevou, igualmente, o mandado de segurança à categoria constitucional, nos termos do art. 141, § 24, concedendo-o como meio de acobertar-se direito líquido e certo, qualquer que fosse a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso do poder; manteve o controle por via de exceção, na conformidade do art. 101, III, alíneas *a*, *b* e *c*, e consagrou a exigência da maioria absoluta dos votos dos membros do tribunal para a declaração da inconstitucionalidade da lei ou ato do poder público.

A despeito de o Senado Federal haver retomado, no novo diploma, a posição em que o colocara a Carta de 1891, ressurgindo, não como órgão coordenador dos poderes, mas, como ramo do Poder Legislativo, atribuiu-lhe assim mesmo o legislador de 1946, seguindo as pegadas da Carta de 1934 (art. 91, IV), a incumbência da suspensão da execução dos atos declarados inconstitucionais pela Corte Suprema (art. 64).

É verdade que não repetiu a regra que lhe serviu de padrão: concedeu ao Senado atribuição expressa para suspender a execução de “leis e decretos”, apenas, e, para tanto, exigiu que a lei ou decreto fossem declarados inconstitucionais por sentença “definitiva” do Supremo.

Essa particularidade, no entanto, não modificou essencialmente o sistema anterior a 1937. O mesmo se podendo dizer no que tange à não assimilação pelo texto de 1946 do art. 96 da lei de 1934 que cometia ao Procurador-Geral da República a função de intermediário entre o Supremo e o Senado, para comunicar a este a sentença daquele pela inconstitucionalidade de qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, tendo em vista a suspensão da execução das normas inconstitucionais.

No Capítulo I (Das Disposições Preliminares) do Título I (Da Organização Federal), ao tratar das hipóteses de intervenção do Governo Federal nos Estados, é que o legislador de 1946 introduziu modificações de porte, em relação à Carta anterior.

Os dois Diplomas, o de 1934 e o de 1946, previram, igualmente, a possibilidade de a União intervir no Estado, em diferentes circunstâncias

que enumeram, respectivamente, nos arts. 12 e 7º, entre as quais figura a inobservância de determinados princípios constitucionais. Mas, seguiram rumos diferentes, ao fixar o tratamento da decretação da intervenção.

Ao legislador de 1934 pareceu eficaz a disposição do § 2º do art. 12, segundo o qual a intervenção se efetivaria depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomasse conhecimento da lei federal que a decretara e declarasse a constitucionalidade da mesma lei federal. Já o legislador de 1946, de acordo com o art. 9º, parágrafo único, cometeu ao Procurador-Geral da República submeter ao Supremo Tribunal, não a lei portadora da decretação da intervenção — e aqui está a inovação de vulto —, mas o próprio ato argüido de inconstitucionalidade.

A nova disposição foi regulada pela Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954, (º) e, em seguida, pela Lei nº 4.337, de 1º de julho de 1964, (1º) que revogou o ato anterior.

Instituiu-se, dessa forma, o sistema do julgamento *a priori* da inconstitucionalidade dos atos expedidos, na esfera estadual, ofensivos a determinados princípios constitucionais, tendo em vista a decretação da intervenção no Estado (art. 8º, parágrafo único) ou a suspensão da execução dos mesmos atos pelo Congresso Nacional, na hipótese de a medida resultar eficaz para o restabelecimento da normalidade (art. 13).

Mais tarde, a Carta de 1946 seria modificada para permitir a aferição de qualquer ato normativo, federal ou estadual, com os princípios constitucionais. Operou-se a mudança, por força da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, cujo art. 2º, alterando integralmente a alínea k do inciso I do art. 101 da lei, conferiu competência ao Supremo Tribunal para processar e julgar, originariamente, “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

Ainda a Emenda nº 16/65, na forma do art. 19, somou ao art. 124 da Carta de 1946 o inciso XIII e seus parágrafos, para prever a instituição, através de lei, de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato dos Municípios contrários à Constituição estadual. A inovação, contudo, não foi objeto da necessária legislação ordinária.

A Carta de 1946 consolidou, pode-se dizer, a matéria pertinente ao controle dos mandamentos constitucionais. Posteriormente a Carta de 1967 e a Emenda nº 1/69, praticamente, seguiram-lhe as diretrizes. Algumas alterações, entretanto, ressaltam da comparação entre aquela Constituição e a Constituição vigente. Haja vista que:

a) o texto de 1967 não assimilou a inovação constante do art. 19, retromencionado, da Emenda nº 16/65 (art. 144 da Emenda nº 1/69; 136 da Constituição de 1967 e 124 da Carta de 1946);

b) ao tratar da intervenção da União nos Estados para assegurar a observância dos princípios constitucionais que enumera, a Carta vigente

(art. 10, VII) defere ao Presidente da República (art. 11, § 2º) e não ao Congresso Nacional (art. 13 da Carta de 1946) a competência para suspender a execução do ato impugnado;

c) a lei em vigor (art. 111 da Carta de 1967, 116 da Emenda nº 1/69), ao estabelecer o **quorum** da maioria absoluta dos membros do Tribunal (o mesmo **quorum** do art. 200 da Carta de 1946), para a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato do poder público, deslocou a norma, que o legislador anterior colocara sob a epígrafe — “Disposições Gerais” — para o capítulo relativo ao Poder Judiciário.

Continua-se, no entanto, a velar pela supremacia da lei fundamental, dentro do mesmo campo estabelecido pela Carta de 1946, dilatado com a expedição da Emenda Constitucional nº 16/65.

A análise elaborada pelo professor Celso Seixas Ribeiro Bastos, <sup>(11)</sup> sobre a amplitude conferida pelo art. 2º da mencionada emenda ao controle da constitucionalidade, oferece um resumo das modificações impostas à matéria e define os caminhos traçados pelas atuais normas constitucionais para o equacionamento dos problemas situados nessa área:

“Apenas com a Emenda Constitucional nº 16, de 26-11-1965, ganhou o controle da constitucionalidade, em nosso sistema, uma plenitude total. Com efeito, até então, muito embora tivesse estado a linha orientadora do nosso Direito na matéria voltada para uma sempre crescente extensão do controle, o fato é que a indagação jurisdicional de constitucionalidade se ressentia ainda de certas deficiências.

A ausência de direito subjetivo agredido ou ameaçado vedava o exercício da via de defesa ou exceção. De outra parte, a propositura de representação arguindo diretamente a inconstitucionalidade de texto normativo condicionava-se à circunstância de ser a norma violadora capitulável em algumas das hipóteses previstas para intervenção da União nos Estados-membros, isto é, somente quando o conteúdo da norma a ser fulminada pela declaração de inconstitucionalidade traduzisse a infringência no âmbito estadual de princípio a cuja obediência estivesse o Estado-membro forçado por disposição da Constituição Federal abrir-se-iam ensanchas ao desencadeamento do processo declaratório de inconstitucionalidade.

Percebem-se nitidamente as deficiências apresentadas ainda pela via de ação: sua abrangência ficava restrita aos casos de inconstitucionalidade verificada no campo dos Estados-membros, permanecendo fora de sua compreensão os casos de inconstitucionalidade perpetrados pela própria União. Ademais, mesmo na esfera estadual, apenas as normas que configurassem inconstitucionalidade a certos princípios do Texto Maior eram atingidas pelo processo controlador. Consubstanciassem elas, porventura, violência a normas da Carta Magna cujo desrespeito não configurasse hipótese de intervenção, estariam, nesse caso, ao desabrigo do

mecanismo saneador da inconstitucionalidade, a não ser, claro, pela via de exceção, uma vez preenchidos seus pressupostos.

**Emenda Constitucional nº 16, de 1965: plenitude do sistema** — A introdução pela Emenda nº 16, no seu art. 2º, dentre as competências do STF, daquela de processar e julgar originariamente representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, desvinculou o exercício da via de ação de certos pressupostos que o restringiam anteriormente.

Já agora, qualquer ato normativo, federal ou estadual, é suscetível de contraste constitucional. O julgamento da norma em tese, isto é, desprendida de um caso concreto, e, o que é muito importante, sem outra finalidade senão a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconcipientes. A proteção dos direitos individuais já era e continua sendo assegurada pela via de defesa. Uma ação cujo único objeto é a perquirição do ajustamento da lei às disposições constitucionais repousa sobre fundamentos outros daqueles justificadores do controle constitucional pela via de exceção. Na verdade, é a preocupação de defesa do sistema jurídico, do direito objetivo enfim, que se encontra na base de tal instituto.

Com efeito, a partir da referida emenda, a mecânica de controle constitucional enriqueceu-se pelo alargamento da amplitude conferida à via de ação direta, de iniciativa do Procurador-Geral da República, a ponto de podermos afirmar que, atualmente, levando em conta conjuntamente os critérios da iniciativa para provocar a manifestação jurisdicional e da finalidade com que é feita, dividem-se em três os caminhos para se atingir o controle constitucional: a) provocação da questão constitucional pelo lesado ou ameaçado de sofrer lesão, que pode fazê-lo na posição de réu, como tomando a iniciativa do processo, através, por exemplo, de mandado de segurança; b) provocação do Judiciário pelo Procurador-Geral da República, em vista de uma intervenção nos Estados-membros ou de suspensão da eficácia do ato inconstitucional, decretada pelo Presidente da República; c) provocação do Judiciário pelo Procurador-Geral da República, com a finalidade de defesa do ordenamento jurídico, mais especificamente, de fazer cumprir a vontade constitucional de respeito à hierarquia normativa (Constituição, lei ordinária e regulamento).”

Esse mesmo esquema permanece sob as normas constitucionais vigentes.

\* \* \*

## II — O art. 91, IV, da Carta de 1934. Assimilação da norma pela Carta de 1946. A Emenda nº 16/65

A Carta de 1891 adotou, segundo vimos, o controle posterior da constitucionalidade por órgão jurisdicional, utilizando o sistema que pressupõe

a existência de um processo em curso, no qual uma das partes pretende a aplicação de uma lei para regular a relação jurídica em discussão; e a outra procura subtrair-se à aplicação da norma, alegando-lhe o desacordo com a Lei Maior. É o clássico processo do controle por via da exceção que, nos Estados Unidos, adquiriu contornos definitivos sob o cinzel do Juiz Marshall, quando do julgamento do célebre caso *Marbury contra Madison*.

Na declaração por via de exceção, o judiciário declara a inconstitucionalidade do ato e deixa de aplicá-lo à espécie, não lhe cabendo outra qualquer providência a respeito do mesmo ato. Dessa forma, faz-se necessário que os tribunais renovem, em cada caso, aquela declaração a fim de que ela produza efeitos.

Os construtores da Carta de 1934 entenderam de modificar esse sistema de tal forma que, uma vez declarada a inconstitucionalidade da norma, os efeitos da declaração não se cingissem ao caso particular, mas aproveitassem a todos.

A partir dos primeiros momentos do estudo do anteprojeto daquela lei, o problema suscitou a atenção de diversos senhores deputados.

Instalada a Assembléia Constituinte a 15 de novembro de 1933, lida, a 16, a proposição governamental, posta em mesa para receber emendas, logo se fez sentir o interesse pela reformulação do art. 57 assim redigido:

**Art. 57** — Não se poderá argüir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos.

§ 1º — O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços dos seus Ministros.

§ 2º — Só o Supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou de um ato do Presidente da República. Sempre que qualquer tribunal ou juiz não aplicar uma lei federal, ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá **ex officio**, e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal.

§ 3º — Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para garantia de todo direito certo e incontestável."

Uma das primeiras, senão a primeira emenda sugerida ao dispositivo foi a de nº 273 da lavra do Deputado Godofredo Vianna — que os **Anais** da Assembléia publicam com data de 16 de dezembro de 1933 — e que proponha o seguinte acréscimo à disposição: (12)

"Nº 273

**Art. 57** — Acrescente-se:

§ 4º — Sempre que o Supremo Tribunal declarar, em mais de um aresto, a inconstitucionalidade de uma lei, esta será consi-

derada como inexistente. O Procurador-Geral da República mandará publicar a decisão no órgão oficial da União e no do Estado, a fim de que comece a obrigar nos prazos estabelecidos pela lei civil.

Sala das Sessões, 16 de dezembro de 1933. — **Godofredo Vianna.**”

O constituinte, consoante suas próprias palavras, visou, com o alvitre, a dar ensejo ao debate da questão, tendo em vista a escolha da melhor solução para o o assunto.

Rezava a justificação da emenda: <sup>(12)</sup>

### “Justificação

I. A questão da inconstitucionalidade das leis, na vigência da primeira República, foi posta em seus devidos termos nos excelentes “Comentários” do eminente Sr. Carlos Maximiliano, nº 89: “Intérprete da Constituição, e mais autorizado que os outros, é o Poder Judiciário. Não age, todavia, **sponte sua**; pronuncia-se contra a validade de atos do Executivo ou do Congresso Nacional, quando os prejudicados o reclamam, empregando o remédio jurídico adequado à espécie, obedecendo aos preceitos formais para obter o restabelecimento do direito violado. Os tribunais, ao tomarem conhecimento de casos concretos, não se sobrepõem ao Executivo, nem ao Congresso. Evitam, apenas, incorrer na mesma falta de qualquer daqueles poderes, com o decidir em desacordo com o estatuto fundamental. Interpretam, autonomicamente, o dispositivo básico, e concluem adotando a exegese do litigante embora contrária à das Câmaras ou do Chefe do Estado. Forçado pela propositura da ação a restabelecer o direito violado e achando-se em face de dois textos em conflito, optam e de malgrado, com a mais discreta reserva, pelo que tem a preeminência; aplicam a Constituição em vez da lei ordinária; preferem esta ao simples regulamento, decreto executivo, aviso ou portaria. Não anulam a lei em seu conjunto, de modo que deva a mesma ser excluída do repositório oficial respectivo; declaram-na sem efeito, como se nunca tivesse existido, em relação ao caso especial sujeito a julgamento.” Não é outra a lição de João Barbalho, “Com.”, nem outra a de Araujo Castro, “Manual da Constituição Brasileira”. Assentam na doutrina norte-americana e na “torrent” dos julgados do Supremo Tribunal Federal.

II. Como encaram a matéria as modernas Constituições? “A questão do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis tem sido abundantemente estudada. A própria idéia do poder constituinte, a idéia da supremacia da Constituição, deu como resultado a superlegalidade constitucional em relação com a legislação ordinária. A partir do fim do século dezoito, a idéia dessa superlegalidade dos textos constitucionais espalhou-se pelo mundo. Diversas constituições novas reconheceram o controle da constitucionalidade das leis. Na Irlanda, na Rumânia, na Grécia, foi

adotado o sistema americano. Na Áustria, na Tchecoslováquia, ao contrário, foi criado um organismo especial de controle constitucional que funciona, não por iniciativa particular, mas por exigência das instituições do Estado; a lei reconhecida como não constitucional para um caso dado perde sua força por esse fato e é revogada. O sistema tchecoslovaco oferece a vantagem de que em lugar de ser necessária uma recusa individual de aplicar a lei inconstitucional, esta é formalmente revogada para o país todo. Na Áustria o reconhecimento do caráter não constitucional de uma lei exige a publicação da anulação” Mirkine — Guezevitch. *Les Constitutions de l’Europe Nouvelle, 2<sup>ème</sup> édition*, pág. 31 e as *As novas tendências do Direito Constitucional*, trad. de Cândido Mota Filho, pág. 71. Interessantíssimo também o que a respeito escreve o Dr. Pontes de Miranda no seu magnífico livro *Os fundamentos atuais do Direito Constitucional*, págs. 393 e seguintes.

III. O anteprojeto procurou resolver de modo inteligente o assunto. Eis o texto do art. 57: “Não se poderá argüir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de 5 anos. § 1º — O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços dos seus ministros. § 2º — Só o Supremo Tribunal poderá definitivamente declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal ou de um ato do Presidente da República. Sempre que qualquer tribunal ou juiz não aplicar uma lei federal, ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá *ex officio* e com efeito suspensivo para o Supremo Tribunal. § 3º — Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso o remédio judiciário instituído para garantia de todo direito certo e incontestável.”

Vê-se pelo anteprojeto que, apesar de ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, a lei continua de pé, ao contrário do que se passa no sistema austriaco, como vimos acima.

Vale dizer que esta continua a obrigar. De modo e maneira que o Executivo pode utilizar-se dela e às vezes tem mesmo o dever de se utilizar dela. Nem só o Executivo, senão o próprio Legislativo. Continua, também, a reger nos casos futuros as relações de direito que lhe derem origem. Não estanca a fonte de atos inconstitucionais e, conseqüentemente, de novos ônus para a Fazenda Pública.

Ora, não parece que devemos manter essa situação.

Bem sei que se vai argumentar com a independência harmônica dos poderes, com a necessidade de evitar a supremacia de um em prejuízo de outro, mesmo em se tratando do Judiciário — Carlos Maximiliano, comentários ao artigo 55, *passim*.

Mas, convém que não nos aferremos a princípios por demais rígidos. Precisamos defrontar com segurança a realidade.

É o que propõe a emenda, de resto como simples sugestão e base provisória para estudo do assunto. Por ele talvez se encontre uma fórmula melhor.

A leitura do artigo 57 desperta ainda outras considerações. O texto fala em **lei federal, em ato do Presidente da República**. E quando se tratar da lei estadual ou postura municipal? De atos dos Presidentes de Estado ou de Prefeitos?

Sugere também reparos o § 3º desse artigo. Que remédio é esse a que se refere? Evidentemente o do § 21 do artigo 102. Mas, com as complicações neles contidas, não será melhor para "todas as pessoas que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso" propor uma verdadeira ação?

Levam apenas em mira estas observações chamar para o caso a esclarecida atenção da douta Comissão dos 26."

Solução diversa propôs o Deputado Nilo Alvarenga que optou pela instituição de uma Corte de Justiça Constitucional, competente para conhecer privativa e originariamente da arguição de inconstitucionalidade. Observe-se o § 3º da Emenda nº 1.107, portadora da sugestão: <sup>(13)</sup>

"Nº 1.107 (\*)

**Art.** — Compete à Corte de Justiça Constitucional, originária e privativamente, conhecer da arguição, suscitada por qualquer parte interessada ou pelo Ministério Público, em qualquer feito e perante qualquer juiz ou tribunal, de conflito de uma lei ou disposição de lei federal, ou de uma constituição ou lei estadual ou alguma de suas disposições, com a Constituição Federal, ou de uma lei estadual ou alguma de suas disposições, com a respectiva Constituição estadual.

§ 1º — Levantada a preliminar de inconstitucionalidade, o juiz ou tribunal sobrestará no prosseguimento da causa, depois de assegurar, quando necessário, a eficácia do direito reclamado, até que o tribunal se pronuncie.

§ 2º — O juiz ou tribunal mandará prosseguir o feito se a alegação de inconstitucionalidade for manifestamente improcedente ou protelatória, cabendo desta decisão carta testemunhável para a Corte de Justiça Constitucional que, a requerimento da parte, poderá mandar sustar o andamento do processo, até o seu pronunciamento.

**Art.** — Qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto, poderá pedir originariamente à Corte de Justiça Constitucional a declaração da nulidade no todo ou em parte, de uma lei ou de qualquer ato, deliberação ou regulamento, emanado do Poder Executivo, manifestamente contrários aos direitos e garantias estabelecidos por esta Constituição.

(\*) A Emenda n.º 1.107 foi reapresentada pelo autor, em 12-4-1934, sob n.º 1.744 (Anais, vol. XVIII, págs. 276 e seqs.)

§ 1º — A Corte só poderá conhecer do pedido, depois de informado, no prazo máximo de 30 dias, pelo poder do qual emanou a lei, o ato, deliberação ou regulamento.

§ 2º — A lei ordinária determinará a forma rápida pela qual se processará o pedido.

§ 3º — A sentença anulatória da Corte de Justiça Constitucional invalidará e tornará inexecutível para todos, em parte ou no todo, a lei, ato, deliberação ou regulamento por ela atingida e produzirá estes efeitos na data de sua publicação.

**Art.** — A Corte de Justiça Constitucional terá sua sede na Capital da República e compor-se-á de nove ministros, brasileiros natos, de notável saber jurídico e ilibada reputação, dois dos quais serão indicados pelo Supremo Tribunal Federal, dois pela Assembléia Nacional, dois pelo Presidente da República e três pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros entre as mais notáveis expressões culturais e morais de sua classe, especializados em direito público e constitucional.

§ 1º — Igual número de suplentes será simultaneamente indicado pelos poderes e pelo instituto acima indicados.

**Art.** — Os ministros da Corte de Justiça Constitucional exercerão as funções que lhes são atribuídas por esta Constituição pelo prazo de três anos, podendo ser renovadas as suas indicações e nomeações.

§ 1º — Os ministros não poderão ser destituídos de suas funções antes de findo o prazo para o qual forem nomeados e terão os mesmos vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

**Art.** — A Corte de Justiça Constitucional organizará seu regimento interno e Secretaria, cujos funcionários serão de sua nomeação e terão vencimentos equiparados aos da Secretaria do Supremo Tribunal Federal.

.....

### **Justificação**

Os mais belos e generosos princípios de direito público consagrados nos textos constitucionais, de nada valerão, sem as necessárias garantias de sua efetividade. Estas garantias são dadas pelo controle da constitucionalidade das leis.

Nos Estados Unidos, onde esta atribuição é conferida à Justiça comum, o controle é falho, imperfeito e incompleto. Por isso que à Justiça comum só cabe decidir das questões entre partes, os efeitos de suas decisões se restringem ao caso *sub judice*. A lei anulada para o litigante continua a vigorar em toda sua plenitude para a coletividade.

Por isso é imprescindível criar a jurisdição constitucional comendo-a a um tribunal especial, com a função de exercer este controle, anulando as leis e atos inconstitucionais, **erga omnes**.

Mas não basta a criação de tribunal com esta competência.

É necessário, ainda, assegurar a todos os indivíduos a sua proteção por meio de recursos fáceis e rápidos e baratos. É preciso que todo o cidadão ferido em seu direito disponha de meio seguro para o restabelecimento imediato deste direito.

É esta a única maneira pela qual poderão ser evitadas, de um lado, as grandes injustiças de que foram vítimas na primeira República, milhares de brasileiros, por abusos do poder, e de outro lado, as enormes sangrias que sofreu o Tesouro, que ainda hoje suporta a economia pública, resultantes de pesadas indenizações a cujos pagamentos a Nação foi condenada.

É preciso advertir com Gaston Jeze: "Para serem eficazes, os meios de defender as liberdades individuais devem ser fáceis, rápidos, baratos. Se a defesa é complicada, se é lenta e custosa, sua eficácia diminui ou desaparece mesmo praticamente. São armas enferrujadas para serem arrumadas na coleção das curiosidades constitucionais."

A Corte de Justiça Constitucional, com estas atribuições e competências, será o único aparelho eficaz de garantias constitucionais, do qual a República não poderá prescindir, para assegurar a defesa de todos os direitos e liberdades de seus cidadãos.

Sala das Sessões, 20 de dezembro de 1933. — **Nilo de Alvarenga.**"

O Deputado, em discurso proferido na sessão de 23 de dezembro, voltaria a considerar as imperfeições do sistema nacional de controle da constitucionalidade das leis e a insistir na adoção do tribunal que propusera na emenda transcrita.

A partir do enfoque das conquistas sociais no setor dos direitos do homem, disse o parlamentar, entre apertes de seus pares:

"....."

Mas, Sr. Presidente, de nada valeriam todas estas belas conquistas da humanidade de hoje, sem uma **garantia** para assegurar a sua efetividade, sem uma sanção para tornar real o seu exercício de fato e de direito. Esta sanção só pode ser dada pela jurisdição constitucional.

"Todo jurista sabe, afirma Gaston Jeze, que não basta proclamar o princípio de uma liberdade para que essa liberdade exista na realidade. Para que os homens verdadeiramente gozem dela, é preciso outra coisa além da declaração do princípio. É preciso **garantias.**"

Mas não só Gaston Jeze exige a sanção, a garantia para efetividade dos preceitos constitucionais.

Hans Kelsen, notável professor de Direito Público na Universidade de Viena, o insigne criador da teoria da hierarquia das regras de direito, assim se expressa:

“Uma constituição, a que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais, não é plenamente obrigatória no sentido técnico. Equivale, pouco mais ou menos, sob o ponto de vista propriamente jurídico, a um voto sem força obrigatória.”

Linhas adiante, o conspícuo professor vienense ainda afirma:

“Uma constituição, cujos dispositivos concernentes à legislação podem ser violados, sem que resulte daí a anulação das leis inconstitucionais, tem, em face dos graus inferiores da ordem estática, o mesmo caráter obrigatório que o direito internacional em frente do direito interno.”

Quer dizer: tem força obrigatória puramente platônica.

Em alguns países, como os Estados Unidos, o controle da constitucionalidade das leis é confiado ao Poder Judiciário. A função desse Poder não decorre, propriamente, do texto expresso e explícito da Constituição americana; é, antes, uma criação pretoriana; é obra, sobretudo, do grande juiz Marshall, presidente da Suprema Corte, proferindo, em 1803, a primeira sentença na questão *Marbury versus Madison*.

No longo período de 1803 a 1856, ficou estacionária, inteiramente estacionária, essa atribuição do Poder Judiciário, nos Estados Unidos.

De 1868 até nossos dias, foi que tomou grande impulso, naquela nação, o controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, a tal ponto que, no interregno de 1921 a 1927, foram anulados 27% das leis submetidas à apreciação e exame da Suprema Corte daquele país.

No Brasil, o controle da constitucionalidade das leis está igualmente confiado ao Poder Judiciário, sem a amplitude, sem a largueza, sem o desenvolvimento que tomou nos Estados Unidos da América.

O que é certo é que, tanto nos Estados Unidos, como no Brasil, o sistema de controle da constitucionalidade das leis pela justiça ordinária é imperfeito, falho e incompleto.

Por isso que à justiça comum cabe apenas julgar e decidir as questões entre partes, os efeitos de suas sentenças se limitam, se restringem, unicamente, ao caso **sub judice**. As decisões das Cor-

tes de Justiça ordinária, de justiça comum, não vão além das partes litigantes. A lei, anulada em favor dos que litigam, continua em pleno vigor, em plena efetividade para os demais membros da coletividade.

Aponto, Sr. Presidente, como prova desta minha asserção, um exemplo ocorrente aqui, no Distrito Federal. É o da lei do calçamento.

Essa lei tem sido julgada nula por vários acórdãos e decisões das cortes de justiça do Distrito Federal, e, no entanto, continua a vigorar para os demais membros da coletividade. E de uma maneira muito simples: a Prefeitura lança todos os contribuintes, impõe-lhes multa, mas não efetua a cobrança judicial das taxas resultantes dessa lei. No dia, porém, em que o proprietário morre ou pretende alienar o seu imóvel, a Prefeitura do Distrito Federal não aceita o pagamento do imposto de transmissão **causa mortis** ou **inter vivos** sem o prévio pagamento da taxa de calçamento.

**O Sr. Vitor Russomano** — É um hábito generalizado no Brasil.

**O SR. NILO DE ALVARENGA** — Quando o proprietário tenta hipotecar os seus imóveis, gravá-los com ônus real, a Prefeitura não dá a certidão negativa ou, antes, a certidão **positiva** do pagamento dos impostos, sem o prévio pagamento da taxa de calçamento.

Isto demonstra a imprestabilidade do sistema de controle constitucional das leis, tanto pelo regime americano, como pelo regime brasileiro, quando é confiado à justiça comum.

E assim, centenas de leis no Brasil anuladas pelo Poder Judiciário, têm os seus efeitos restritos às partes litigantes, continuando em pleno vigor para os demais membros da coletividade.

É preciso, pois, confiar a jurisdição constitucional a tribunais que tenham a faculdade de decretar a nulidade das leis e dos atos inconstitucionais **erga omnes**, que tenham a faculdade de derrogar, inteiramente, absolutamente, as leis julgadas inconstitucionais e os atos do Poder Público resultantes dessas leis.

A quem confiar, senhores, essa faculdade? Ao Poder Judiciário?

Mas aí se levanta um grave, um gravíssimo perigo. Iríamos criar a ditadura judiciária no País, dando ao Poder Judiciário a atribuição de julgar nulas **erga omnes**, as leis e atos emanados dos outros poderes.

.....

**O SR. NILO DE ALVARENGA** — Criemos, portanto, Srs. Deputados, um tribunal especial para o controle da constitucionalidade das leis.

**O Sr. Arruda Falcão** — Não poderíamos ampliar as funções do Tribunal Eleitoral a esse fim?

**O SR. NILO DE ALVARENGA** — Os membros do Tribunal Eleitoral, porém, são nomeados pelo Governo, pelo Presidente da República, e, assim, teríamos o predomínio de um sobre os outros poderes.

**O Sr. Arruda Falcão** — Modifiquemo-lo, então.

**O Sr. Cardoso de Melo Neto** — O orador cria um tribunal especial? Esse tribunal não fará parte do Poder Judiciário?

**O SR. NILO DE ALVARENGA** — Não, senhor.

**O Sr. Cardoso de Melo Neto** — Então, fará parte do Executivo.

**O SR. NILO DE ALVARENGA** — Também não: é uma como que delegação dos demais poderes da República. O ilustre colega terá a paciência de me ouvir um instante, pois vou dar plena explicação da minha idéia.

O tribunal, com jurisdição constitucional, representa como que uma delegação dos demais poderes. Não é poder que se sobreponha aos demais; não é um quarto poder que pretendo criar, sobrepondo-se a todos os poderes atualmente existentes, mas um poder que não é mais que uma delegação dos demais.

**O Sr. Vítor Russomano** — Essa delegação de poderes é perigosa.

**O SR. NILO DE ALVARENGA** — Esclarecerei esse ponto.

De acordo com as emendas por mim apresentadas, e que estou, no momento, defendendo, esse tribunal será composto de nove membros: dois indicados pelo Supremo Tribunal Federal, o mais elevado órgão do Poder Judiciário do País, dois pelo Poder Legislativo, isto é, pela Assembléia Nacional, dois outros pelo Presidente da República e os três restantes — tirados dentre as maiores expressões morais e culturais especializadas em Direito Público Constitucional — designados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros.

Os juizes, ou ministros dessa Suprema Corte de Justiça, não terão a inamovibilidade, nem a vitaliciedade dos demais magistrados; terão o exercício de suas funções restrito ao prazo de três anos apenas; serão em número igual, como delegados dos demais poderes constituídos, de modo que — repito — não representará um novo poder que se lhes sobreponha.

**O Sr. Agamemnon Magalhães** — A Constituição espanhola cria um tribunal como esse — o Tribunal de Garantias Constitucionais.

**O SR. NILO DE ALVARENGA** — Exatamente. É dessa natureza o tribunal cuja criação proponho, para acabar com os inconven-

nientes do judiciarismo, da ditadura do Judiciário ou da sua supremacia sobre os demais poderes.

**O Sr. Agamemnon Magalhães** — É um freio.

**O SR. NILO DE ALVARENGA** — Perfeitamente. Sobre a necessidade indeclinável da criação de um tribunal com semelhantes atribuições, trago a brilhante opinião de Hans Kelsen, na comunicação apresentada pelo sábio vienense ao Instituto Internacional de Direito Público, do qual extraio o seguinte trecho:

“Não é excessivo afirmar que a idéia política do Estado Federal não é plenamente realizada senão com a instituição de um tribunal constitucional.”

Ainda quero repetir, aqui, a opinião valiosa de Gaston Jese...

**O Sr. Cunha Melo** — Acho a idéia de V. Ex<sup>a</sup> muito interessante e original, aliás já praticada em alguns países. Todavia, o que melhor copiamos, o que melhor trasladamos da legislação americana para aqui foi, precisamente, isto: a supremacia do Poder Judiciário para interpretar as leis e julgar da constitucionalidade ou inconstitucionalidade delas. Apesar de concordar, em parte, com V. Ex<sup>a</sup>, não desejo abandonar aquilo que de melhor temos na Constituição de 1891.

**O SR. NILO DE ALVARENGA** — Mas V. Ex<sup>a</sup> sabe perfeitamente que o controle completo da constitucionalidade das leis não pode ser confiado à justiça comum, porque a esta somente cabe a função de julgar, como acabo de expor, as questões entre partes, e decidindo em espécie; não tem a faculdade de decretar a nulidade das leis *erga omnes*, porque assim teria desvirtuado as suas funções e instituiríamos no País a ditadura judiciária.

**O Sr. Cunha Melo** — A questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis surge, entretanto, na discussão de casos concretos.

**O SR. NILO DE ALVARENGA** — Acabo de citar o caso do calçamento, na Prefeitura do Distrito Federal, que é típico e está aos olhos de todos nós. Há dezenas de julgados de tribunais, julgando nula tal lei, e, no entanto, esta continua em pleno vigor. Como essa, há centenas de leis, vigorando no Brasil inteiro, quando os tribunais sobre elas já se pronunciaram, porque a estes apenas compete julgar os casos em espécie e não *erga omnes*.

**O Sr. Cunha Melo** — Nem mesmo neste aspecto V. Ex<sup>a</sup> tem razão, porque não podemos culpar o Poder Judiciário ou as leis pela negligência das partes, que deixaram de recorrer, nas hipóteses a que se refere o nobre Deputado, para o Supremo Tribunal, como intérprete máximo das leis e da Constituição. Se recorressem, certamente, encontrariam a proteção legal que àquele Poder cabia dar.

**O Sr. Vítor Russomano** — Nem todos dispõem de recursos pecuniários.

**O SR. NILO DE ALVARENGA** — V. Ex<sup>a</sup> respondeu muito bem: nossa justiça é cara, morosa e tardia.

**O Sr. Cunha Melo** — É outro aspecto da questão.

**O SR. NILO DE ALVARENGA** — Todos que lidam no foro da justiça federal, local, ou em qualquer foro brasileiro, sabem perfeitamente que as questões se arrastam, muitas vezes, dezenas de anos, se eternizam nos auditórios, enquanto os direitos individuais, as liberdades públicas e privadas ficam sacrificadas e oprimidas pela demora das decisões.

**O Sr. Cunha Melo** — Neste aspecto da questão estou inteiramente de acordo com V. Ex<sup>a</sup>

**O SR. NILO DE ALVARENGA** — Agradeço a declaração de V. Ex<sup>a</sup>

Quero trazer, ainda, a opinião de Gaston Jeze, cuja autoridade é indiscutível no assunto, quando, em apoio das idéias que sustento, afirma o notável autor de direito público:

“Uma coisa é essencial a um grande país, onde a atividade administrativa se desenvolve rapidamente. É preciso dar aos indivíduos garantias eficazes para defesa de suas liberdades contra a administração. Estas garantias eficazes só podem consistir em recursos jurisdicionais. Os tribunais devem ser os defensores das liberdades individuais contra todos os atentados inconstitucionais ou ilegais da administração.”

Não basta, porém, Srs. Deputados, criar um tribunal especial, com a atribuição de julgar da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis e dos atos arbitrários do poder, *erga omnes*. É preciso que se permita o recurso fácil, rápido e barato para tornar eficiente a defesa dos direitos.

**O Sr. Vítor Russomano** — Mas não existe.

**O SR. NILO DE ALVARENGA** — A minha emenda permite-o perfeitamente.

**O Sr. Arruda Falcão** — V. Ex<sup>a</sup> está abordando a matéria brilhantemente e o estamos ouvindo com toda a atenção. Deveríamos, entretanto, chegar ao meio de dar justiça gratuita aos cidadãos.

**O SR. NILO DE ALVARENGA** — V. Ex<sup>a</sup> fala com o mais elevado espírito de patriotismo.

.....

Sr. Presidente, a corte de Justiça Constitucional, criada e organizada por essa forma, com a atribuição de anular — *erga omnes*

— os atos inconstitucionais, de restabelecer todos os direitos ofendidos, de restaurar todas as liberdades calcadas pelos excessos do poder, será, incontestavelmente, a verdadeira realização da democracia em nosso País. Por ela vivemos a clamar; com ela vivemos a sonhar durante quarenta anos de República. Contribuamos, portanto, com esse elemento decisivo na garantia dos direitos e das liberdades públicas, para organizarmos uma República melhor e mais equilibrada.”

A sugestão de Nilo de Alvarenga seria comentada por Levi Carneiro que elaborou substitutivo à Seção III do Título I do Anteprojeto, pertinente ao Poder Judiciário: (15)

“.....

### **Tribunal de Garantias Constitucionais**

O nobre Deputado Sr. Nilo de Alvarenga ofereceu a Emenda que tomou o nº 1.107, justificada brilhantemente da tribuna, para criação de uma “Corte de justiça constitucional”.

Não aderimos à sugestão, supondo que as nossas condições não a recomendam. Acreditamos, com o Sr. Pontes de Miranda, que a criação de tribunais dessa espécie, adstritos unicamente a questões constitucionais, não é mesmo recomendável.

Demais, o nosso Supremo Tribunal Federal tem preenchido, vantajosamente, a missão que se atribuiria ao tribunal proposto — sem prejuízo das demais funções que exerce em relação a todo o Direito Privado.

A Corte proposta, anulando, com a maior rapidez as leis e atos inconstitucionais, revogando-os para todos os efeitos, e constituída por nove juizes nomeados por três anos, absorveria parte relevantíssima das funções do Supremo Tribunal Federal, diminuindo-o, e se tornaria provavelmente um órgão político. As suas decisões não se ateriam à apreciação jurídica, e legal, que é, aliás, a própria justificativa do pronunciamento judicial da inconstitucionalidade das leis. Retiramos, no entanto, da emenda do ilustre Deputado fluminense, o dispositivo contido no artigo do substitutivo, que, como dissemos, encerra uma nova e preciosa garantia da intervenção judiciária nessa matéria de tanto interesse social.

.....”

Realmente, o citado substitutivo parcial não atendeu à necessidade de estender-se a todos a regra da decisão em espécie. Mas, aproximando-se, não da emenda Nilo de Alvarenga e sim da emenda Godofredo Vianna, já transcrita, cometeu ao Procurador-Geral da República o encargo de transmitir à autoridade competente a sentença da Corte Suprema, em caso concreto, declarando a inconstitucionalidade de lei ou ato governamental.

Leia-se o § 2º do art. 26 desse substitutivo: (16)

### “CAPÍTULO III

#### do Ministério Público

**Art. 26** — O Ministério Público, órgão da lei e da defesa social, será regulado por lei ordinária.

(Fonte: A. P. 63; Emenda nº 1.009, banc. Bahia.)

§ 1º — O chefe do Ministério Público Federal é o Procurador-Geral da República, de livre nomeação do Presidente da República, aprovada pelo Conselho dos Estados, com os mesmos requisitos dos ministros do STF e iguais vencimentos, e demissível *ad nutum*;

(Correspondência: Proj. A. R., art. 3º, § 4º; A. P. 63.)

§ 2º — Quando o STF, no julgamento de algum feito, declarar inconstitucional, na conformidade do art. . . . . , dispositivo de lei ou ato governamental, compete ao Procurador-Geral da República comunicar, conforme a espécie, ao Presidente da República, ou ao governador do Estado, e ao Presidente da Assembléia Nacional, ou da Assembléia Legislativa Estadual, a decisão tomada.

(Fontes: Emenda nº 776, banc. S. Paulo; A. P. 68, § 3º Correspondência: Emenda nº 273, Godofredo Vianna, 1.236, J. Ferreira de Sousa.)

.....”

Nos seguintes termos, Levi Carneiro justifica o ponto de vista adotado: (17)

“ .....

**Art. 1º — § 2º** — Não me pareceu conveniente a revogação imediata e sistemática de toda lei, ou ato, declarado inconstitucional. Mantive a regra da decisão em espécie. Já é uma tradição de nosso Direito, que tem provado bem. Entretanto, estabelecemos a regra da comunicação dessa decisão, pelo Procurador-Geral da República, às autoridades executiva e legislativa interessadas. É uma advertência que lhes orientará a ação, e pode mesmo determinar a revogação total da lei, ou ato, pelo poder competente.

.....”

Essa, a posição endossada pela Comissão Constitucional ao elaborar seu Substitutivo ao Anteprojeto, onde a regra recebeu o mesmo tratamento, exceto pequenas modificações de redação.

Leia-se o § 3º do art. 120 do mesmo Substitutivo: (18)

“§ 3º — Quando a Corte Suprema, no julgamento de algum feito, declarar inconstitucional o dispositivo de lei ou ato governamental,

incumbe ao Procurador-Geral da República comunicar, conforme a espécie, ao Presidente da República, ou ao Governador do Estado, e ao Presidente da Assembléia Nacional, ou da Assembléia Legislativa Estadual a decisão tomada.”

Estudado o Projeto da Comissão Constitucional, a norma continuaria a receber emendas, muitas delas aceitas pela Subcomissão a que ficou afeto o Título IV — Do Poder Judiciário.

Do parecer desse órgão sobre tais sugestões, consta referência à Emenda nº 1.683, assinada por Arruda Câmara, Agamemnon Magalhães e outros, abrangente de todo o Título e cujo art. 100 previa o **quorum** da maioria absoluta dos juizes do Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos do Governo.

Aderindo à proposição, com restrições, a Comissão aventou que a esse art. 100 se acrescentasse, como parágrafo único, o § 3º supratranscrito do art. 120 do Substitutivo da Comissão Constitucional e que nesse § 3º, transformado em parágrafo único do art. 100, se introduzissem os seguintes acréscimos: (19)

“... depois de **estadual**, as palavras **e ao Presidente do Conselho Federal**, e, no final, transformado o ponto em vírgula, — **para revogação ou suspensão da lei ou ato** — tudo em harmonia com as sugestões constantes das Emendas nºs 227, 473 e 1.949.”

Acrescida das expressões indicadas, ter-se-ia a regra redigida na forma abaixo:

“Quando a Corte Suprema, no julgamento de algum feito, declarar inconstitucional o dispositivo de lei ou ato governamental, incumbe ao Procurador-Geral da República comunicar, conforme a espécie, ao Presidente da República, ou ao Governador do Estado, e ao Presidente da Assembléia Nacional, ou da Assembléia Legislativa e ao Presidente do Conselho Federal, a decisão tomada, para revogação ou suspensão da lei ou ato.”

Anote-se, sobre as emendas citadas pela Comissão, que a de nº 227 (20) propôs o deslocamento do parágrafo em foco, do Capítulo dedicado ao Ministério Público para o Capítulo pertinente às disposições gerais sobre o Poder Judiciário, a de nº 473 (21) sugeriu a introdução, naquele parágrafo, das expressões finais: “para revogação da lei ou ato”. E a de nº 1.949 (22) — responsável pelas mais significativas mudanças operadas na estrutura do Projeto — introduziu na proposição da Comissão Constitucional, o Capítulo — “Da Coordenação dos Poderes” —, em substituição à matéria dos arts. 60 a 66, relativos ao Tribunal de Contas; 79 a 85, pertinentes ao Conselho Nacional, e 119 a 121, relacionados com o Ministério Público. E, assim fazendo, substituiu o Conselho Nacional da propositura pelo Conselho Federal, entre cujas atribuições inseriu a de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Judiciário.

Lógico, portanto, que a Subcomissão tenha feito o acréscimo responsável pela obrigatoriedade da comunicação sobre a declaração de inconstitucionalidade, também, ao Presidente do Conselho Federal.

Essas inovações permaneceram, exceto a que previa a transposição do parágrafo para o Capítulo referente às disposições gerais do Poder Judiciário, consoante se observa do art. 105 (Seção I — Do Ministério Público, do Capítulo II — Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais — do Título VI — Dos Órgãos da Coordenação dos Poderes e de Cooperação nas Atividades Governamentais) do Projeto redigido pela Comissão de Redação:

**“Art. 105 —** .....

§ 2º — Quando a Corte Suprema, no julgamento de algum feito, declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, incumbe ao Procurador-Geral da República comunicar a decisão ao Conselho Federal, para os fins do art. 101, IV, (\*) bem como à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado o ato.”

Sem dúvida, a norma reapareceu profundamente modificada: para o fim especial da revogação ou suspensão da lei ou ato declarados inconstitucionais, restringe a comunicação do Procurador-Geral da República ao Conselho Federal. E se prescreve a medida em relação ao Presidente da República, ao Governador do Estado, ao Presidente das Assembléias Nacional ou Estadual, ou seja, à autoridade legislativa ou executiva competente, o faz com o propósito de dar-lhe conhecimento do fato. Mas as emendas da Subcomissão subsistiram. E note-se: a providência da suspensão da lei ou ato declarados inconstitucionais enfrentou a resistência de Levi Carneiro, (23) que não perdeu a oportunidade para se manifestar contrário à mudança do sistema implantado pela Carta de 1891, ao chamar a atenção “... para a parte final do parágrafo único que, realmente, pode dar lugar a certas dúvidas... O dispositivo do projeto, no parágrafo 3º do artigo 120, estabelecia a comunicação da decisão sobre a inconstitucionalidade das leis, apenas para que os Poderes Executivo e Legislativo tivessem ciência da decisão judicial, mas sem pretender impor a derrogação automática da lei declarada inconstitucional, porquanto nós nos mantivemos no sistema do nosso direito, que é o da decisão em espécie, sem obrigar, de modo geral, o Poder Legislativo ou o Executivo. Na emenda, entretanto, se diz: “para revogação ou suspensão da lei ou ato”, de sorte a poder entender-se, que essa comunicação tem por objetivo dar efeito à decisão judiciária, o que não deve ser.”

As demais modificações, posteriormente, impostas à regra correram à conta das seguintes emendas à redação final: (24)

**499-A**, da autoria de Levi Carneiro, pedindo a supressão do adjunto adverbial — “no julgamento de algum feito.”.

(\*) Art. 101 — Compete ao Conselho Federal:

IV — suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

**500**, da autoria de Clemente Mariani, Marques dos Reis, Odilon Braga e José Alkmin, propondo, entre outras alterações, a renumeração do parágrafo acima transcrito e a modificação da oração principal do período: "... incumbe ao Procurador-Geral da República comunicar...", para "... o Procurador-Geral da República comunicará...".

**711**, da autoria de Alcântara Machado, Barros Penteado, José Macedo Soares, Teotônio Monteiro de Barros e outros, sugerindo a mudança da denominação "Conselho Federal" para "Senado".

Transcrevemos esta última emenda, de curiosa justificação, considerando-se que o Conselho Federal não integrava o capítulo dedicado ao Poder Legislativo:

#### EMENDA Nº 711

"Em todos os dispositivos em que se lê "Conselho Federal", diga-se "Senado".

#### Justificação

Não há razão para mudar a denominação tradicional desse ramo do Poder Legislativo."

Registramos também a oposição que lhe moveu Prado Kelly, (25) defensor intransigente do Conselho Federal como órgão de coordenação dos poderes.

Encaminhando a votação da propositura, disse o representante do Rio de Janeiro, em pronunciamento não revisto pelo orador:

".....

Pela Emenda nº 711, o Conselho Federal perde a situação que se lhe dá no futuro texto para voltar a ser exclusivamente um ramo do Poder Legislativo.

Não sei, Sr. Presidente, que fundamentos — mesmo porque a emenda não está suficientemente justificada —, não sei que fundamentos poderiam autorizar a Assembléia, nesta fase, a reformar um passado recentíssimo, quando desde o Anteprojeto da Comissão do Itamarati se vinha discutindo a denominação desse órgão político.

A investida dos que pretendiam a sobrevivência impossível do espírito anacrônico da Constituição de 1891, fracassou desde os primeiros embates e não houve, nos dois turnos por que passou o projeto constitucional, alguém que viesse solicitar à Assembléia que ao Conselho Federal, órgão novo, criado pela Assembléia Constituinte, se viesse a dar a denominação do antigo Senado que diversifica em atribuições, em competência e em finalidade, na órbita política do regime do Conselho Federal que foi instituído.

Note V. Ex<sup>a</sup>, Sr. Presidente, que o Conselho Federal está claramente citado no Projeto. Não se o incluiu entre as disposições pertinentes ao Poder Legislativo; incluiu-se-o em título diverso, e o que é mais, até em capítulo diverso. O título é o “Dos Órgãos de Coordenação dos Poderes e da Cooperação das Atividades Governamentais”. Aí está a definição do Conselho Federal no Capítulo que vem a ser o da “Coordenação dos Poderes” e, mais ainda, no art. 98, que define as atribuições especiais e inconfundíveis desse órgão político.

Pelo art. 98, ao Conselho Federal — nos termos dos arts. 100, 101 e 102 — incumbe promover a coordenação dos poderes federais, entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura das leis e praticar os demais atos de sua competência.

Compare a Assembléia essas atribuições e as mais enumeradas com as atribuições do antigo Senado, na antiga Constituição, e verificará sem esforço que o que se pretende é amesquinhar a natureza especial e relevantíssima desse órgão instituído pela Revolução.

Prado Kelly indagaria ainda, em novas intervenções, sobre se a aprovação da Emenda nº 711 importaria na deslocação do Conselho Federal do capítulo que lhe fora dedicado, para outro qualquer do Projeto, em face de a justificação da propositura haver situado o mesmo Conselho como ramo do Poder Legislativo. E obteria a seguinte informação de Raul Fernandes:

“... a emenda tão-somente muda o nome. A entidade continua com as funções que lhe estão traçadas e com a colocação constitucional como órgão de coordenação dos poderes.

A emenda diz que a importância legislativa, que de fato tem o Conselho, recomendava que lhe fosse restituído o nome antigo, o que quer dizer que ele nem muda de funções, pois além das legislativas, tem outras de caráter administrativo, ou coordenador... nem tão pouco da colocação dada pela Assembléia.”

Aprovada a proposição (87 votos contra 63), definiu-se, assim, o preceito do art. 96 da Carta de 1934:

“**Art. 96** — Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador-Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado o ato.”

O art. 91, IV (art. 101, IV, do Projeto, na forma apresentada pela Comissão de Redação), citado no art. 96, acima transcrito, justifica a determinação ali contida referente ao Senado Federal, desde que confere à Casa legislativa a atribuição de suspender a execução, no todo ou em parte, de

qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Interessante a gênese dessa disposição proposta no seio da Constituinte, tão logo a corrente bicameralista, que ali se formara, conseguiu suplantat o sistema unicameralista do Projeto.

As primeiras diligências, nesse campo, visaram à criação do Conselho Federal que viria substituir o Conselho Supremo da proposição do Governo.

O Conselho Supremo enfeixava o Poder Coordenador idealizado por Alberto Torres, como complemento do regime democrático federativo, e foi definido por seu idealizador, nos termos seguintes: (26)

“.....

É instituição nova, no Direito Público; não é, porém, um invento de imaginação, como tantas outras. Se se lhe perscrutar a natureza íntima, chegar-se-á à conclusão de que é o órgão necessariamente integrante, nos países da nossa índole, do regime presidencial federativo.”

Diria mais Alberto Torres, ao condensar os objetivos do projeto de Constituição que ele próprio elaborara: (27)

“As idéias do projeto aqui desenvolvido são destinadas a corrigir os defeitos do regime democrático e a indicar os meios de o adaptar, bem como o regime federativo, à nossa terra e ao nosso povo. O Governo Federal recobra e mantém a supremacia que lhe cabe, como órgão soberano da Nação; as formas da representação e o processo das eleições preparam um sistema de escolha, próprio a assegurar a intervenção dos mais capazes, na direção da vida pública; a Constituição adquire, enfim, o caráter de uma lei prática e harmônica, onde os fins, os destinos e as modalidades da nação encontram seus instrumentos naturais de atividade. A criação do Poder Coordenador coroa, por fim, estas disposições — tendentes, todas, a fortalecer a ação governamental, a ligar solidariamente as instituições do país e a estabelecer a continuidade na prossecução dos ideais nacionais, a “realizar”, em suma, a soberania da lei, a democracia, a república, a autonomia e a federação — com um órgão, cuja função será concatenar todos os aparelhos do sistema político, como mandatário de toda a Nação — da Nação de hoje, como da Nação de amanhã — perante seus delegados. Não é uma criação arbitrária: é o complemento do regime democrático e federativo, sugerido pela observação da nossa vida e pela experiência das nossas instituições.”

Entre os órgãos do Poder Coordenador concebido pelo estadista fluminense figurava o Conselho Nacional que, além de outras importantes atribuições, possuía aquela de (28)

“... declarar, genérica e obrigatoriamente, a inconstitucionalidade das leis e atos dos poderes federais das Províncias e das auto-

ridades municipais, mediante representação de qualquer autoridade ou cidadão, ou **ex officio**;"

As primeiras emendas tendentes a substituir o Conselho Supremo do Anteprojeto pelo Conselho Federal não introduziam no elenco das faculdades deste a atribuição supratranscrita, cometida por Alberto Torres ao Conselho Nacional. Mesmo porque, o de que se cogitava, a princípio, era da criação de um órgão que garantisse o equilíbrio federativo.

Considere-se, por exemplo, a Emenda nº 40, (2º) por sinal, a primeira oferecida com essa finalidade:

"Nº 40

SEÇÃO V (\*)

Substituam-se os artigos 67 a 69 pelo seguinte:

#### CONSELHO FEDERAL

**Artigo** — Fica instituído, na Capital da República, o Conselho Federal, que se compõe de cidadãos elegíveis, maiores de trinta e cinco anos, em número de dois por Estado e o Distrito Federal e um por território, eleitos pelas respectivas Assembléias Legislativas locais, por escrutínio secreto e maioria absoluta dos seus membros.

.....  
**Art.** — Compete privativamente ao Conselho Federal:

1º) Organizar o seu regimento interno e a sua Secretaria, propondo à Assembléia Nacional a criação ou supressão de empregos, respeitadas, quanto a nomeação, licença e exoneração, os princípios estabelecidos nesta Constituição.

2º) Autorizar ou não a intervenção nos Estados, quando ela competir exclusivamente ao Presidente da República. A autorização só poderá ser dada, em votação por escrutínio secreto e por três quartas partes dos seus membros.

3º) Opinar previamente sobre os decretos, as instruções e os regulamentos que o Presidente da República ou o Conselho de Ministros houverem de expedir para a execução das leis.

4º) Elaborar, de cinco em cinco anos, quando oportuno, depois de ouvido o Conselho de Ministros e os Presidentes dos Estados, um projeto de lei, destinado a conciliar os respectivos interesses econômicos e tributários, impedindo a dupla tributação.

5º) Propor à Assembléia Nacional modificar a uniformidade dos impostos federais, no caso do nº 30 do art. 7.

6º) Resolver sobre a conveniência de manter-se ou não por mais de trinta dias a detenção política, ordenada na vigência do estado de sítio.

(\*) Os arts. 67 a 69 regular, no Anteprojeto, a matéria pertinente ao Conselho Supremo.

7º) Decidir sobre os recursos interpostos em caso de censura imediata.

**Parágrafo único** — Compete ainda ao Conselho Federal:

Convocar extraordinariamente a Assembléia Nacional e autorizar a sua dissolução, no caso do artigo — .

Sala das Sessões, 2 de dezembro de 1933. — **Agamemnon Magalhães.** — **José de Sá.**

### **Justificação**

Adotado pelo anteprojeto o sistema unicameral, impõe-se a criação de um órgão que represente a federação e assegure o seu equilíbrio.

Somos por uma só Câmara. A ação legislativa deve ser rápida e eficaz, atendendo à solicitação da vida política atual, agitada pelas transformações dos fatores econômicos, cuja repercussão é cada vez mais intensa no mundo contemporâneo. A elaboração legislativa por duas câmaras importa num processo lento, tardo e por vezes inútil.

A supressão do Senado sob o aspecto legislativo, afigura-se-nos, pois, plenamente justificada. Não estamos, entretanto, de acordo com o Conselho Supremo do anteprojeto. Parece-nos, no seu aspecto consultivo, uma reminiscência do Conselho de Estado do antigo regime. No segundo Império, a sua finalidade foi fortalecer o poder moderador e restringir, na interpretação do ato adicional, o direito das províncias. Na República, como está organizado no anteprojeto, teria, talvez, o mesmo destino. O Presidente da República encontraria no Conselho Supremo a chancela mais solene para os seus imensos poderes explícitos e implícitos na Constituição. Todos os seus atos passariam a ter, como justificativa, um parecer do Conselho Supremo. Seria este o estojo de damasco, onde o poder pessoal do Presidente da República se ostentaria com o luxo de todas as seduções. Preferimos substituí-lo por um Conselho Federal, órgão atuante de controle do Poder Executivo e equilíbrio da Federação. É o que consignam as nossas emendas."

Mas não se tardaria a propor que o Conselho Federal, na qualidade de órgão incumbido de promover a coordenação dos poderes, fosse chamado a participar, de uma forma ou de outra, do processo do controle das leis e atos do Governo em face da Carta Magna.

Em discurso pronunciado a 23 de março de 1934, Prado Kelly, ao criticar a clássica teoria da tripartição dos Poderes assimilada pelo Anteprojeto, mostrou a necessidade da instituição de um tribunal de jurisdição constitucional. E comentando a rejeição dessa idéia pela Comissão Revisora, opinou por que se desse ao Conselho as atribuições que teria aquele tribunal.

Transcrevemos o discurso, nos pontos relacionados com a questão: (30)

“ .....

21. Outro vício da falha teoria da tripartição dos poderes reside no problema do “**controle da constitucionalidade das leis**”, que é um tema de todas as constituições modernas, sendo de mencionar, entre os vários tipos adotados, o da Tcheco-Eslováquia (anulação judiciária e **erga omnes** do dispositivo ou do ato inconstitucional, e por iniciativa da Câmara, do Senado, da Alta Corte, do Supremo Tribunal Administrativo e da Dieta) e o da Áustria, com a Alta Corte Constitucional, cuja competência se regula nos artigos 137 e seguintes da Constituição de 1º de outubro de 1920, revista a 30 de julho de 1925.

Nós, como a Islândia (Const., art. 16) e a Rumânia, (art. 5º), adotamos o sistema americano. **Era esse o regime da Constituição de 1891. É esse o regime do atual projeto.**

Pelo sistema americano, a matéria é expressamente regulada nas relações dos poderes. Decorre, **implicitamente**, da competência que se atribui ao Judiciário de **interpretar as leis**, como vem em Story:

“O poder de interpretar as leis envolve necessariamente a função de verificar se elas se conformam à Constituição, declarando-as vãs e insubsistentes, se as ofendem. Sendo a Constituição a suprema lei do país, em qualquer conflito entre ela e as leis, sejam estas dos Estados ou do Congresso, é dever do Poder Judiciário aderir ao preceito, cuja obrigação for predominante. Esta consequência resulta da própria teoria dos governos republicanos.”

Mas, quer nos Estados Unidos, quer no Brasil, tal competência só pode ser exercida na esfera do direito privado, isto é, quando ocorre um dano individual e se instaura o litígio. “Não lhes cabe o poder de iniciativa, diz Wilson, não de esperar pela vontade dos litigantes”. “Nunca devem os juízes, ponderou Madison, pronunciar-se acerca de uma lei senão quando sobre ela se demandar perante eles”. Era, na frase de Dicey, a “luta judiciária”, que o federalismo substituiu à “luta legislativa”.

Assim, os efeitos das decisões se limitam às partes da demanda.

A elas, e não a terceiros, por mais fiel que seja a identidade de relação jurídica. Ou todos os interessados promovem ação regular, perante juiz competente, para se subtraírem aos efeitos do ato inconstitucional, ou esse ato é, ao mesmo tempo, eficaz e ineficaz, válido e nulo, conforme as pessoas a que se destina, enquanto não o revoga, para fins gerais e indistintos, o mesmo poder que infringiu a Constituição ao decretá-lo. É a lição de Cooley, de Lieber, de James Kent, de Bancroft, de Willoughby, de Charles Kent, de Mulford, de Hitchcock, de Tocqueville, de Curtis, de Stuart Mill, de Summer Maine, de Lowell, de Noailles, de Corbier, e

bem se resume nestas palavras de Walker: **O Poder Judiciário não estabelece preceitos senão para casos individuais.**

Ora, um dos objetivos da racionalização dos poderes é instituir um órgão de jurisdição constitucional, não só em atenção aos interesses individuais violados, mas no interesse público da harmonia da legislação e da supremacia dos códigos fundamentais. Essa nova tendência, desconheceu-a ou refugou-a a Comissão Revisora. Porque nada lhes ocorreria fora dos três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Nós outros aceitamos a teoria americana para o reconhecimento da inconstitucionalidade, quando argüida nos pleitos ordinários perante a Justiça. Mas também consultamos o interesse coletivo, dando ao Conselho Federal, que é o poder coordenador, a atribuição de declarar a nulidade de qualquer lei ou ato e regulamento emanados do Executivo e que contrariarem a Constituição: diretamente, por força de autoridade, ou na extensão *erga omnes* dos arestos lançados pela Suprema Corte, nas espécies sujeitas a seu julgamento.

.....”

Na sessão de 7 de abril, o Deputado Hugo Napoleão, declarando, em discurso, que se incorporara ao lado daqueles que propugnavam pelo estabelecimento de um Conselho Federal, em substituição à segunda Câmara, previu, praticamente, com precisão, uma das atribuições do novo órgão, ao dizer: <sup>(81)</sup>

“.....

E se lograrem aprovação as emendas que neste sentido serão apresentadas, ficará competindo ao Conselho Federal, onde os Estados têm representação igual, o seguinte:

**Art. D — Compete ao Conselho Federal:**

.....

**V —** suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, emanados do Poder Executivo, quando hajam sido declarados inconstitucionais ou ilegais, pelo órgão judiciário competente;”

Possivelmente, a essa altura, o Constituinte já houvesse tomado conhecimento das chamadas emendas das grandes bancadas, uma das quais, a de nº 1.949 — já mencionada —, apresentada a 13 de abril, trazia as linhas mestras do Senado que viria figurar na Carta, mas que, ali, aparecia, ainda, sob a denominação de Conselho Federal.

Essa proposição situava o Conselho entre os órgãos destinados a coordenar as atividades governamentais, e no esquema de sua competência, figurava a que lhe dava poder para

“Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.”

Essa norma integrou, sem qualquer modificação, o texto da Constituição de 1934 (art. 91, IV).

Considere-se o parecer da Comissão encarregada do estudo da aludida emenda: <sup>(32)</sup>

**"Parecer sobre emendas oferecidas ao Projeto número 1-A, de 1934, referente ao Título — Do Poder Legislativo, e ao Capítulo V do Título II — Do Conselho Nacional.**

## PODER LEGISLATIVO E CONSELHO NACIONAL

### PARECER

A Comissão incumbida de dar parecer sobre as emendas atinentes ao Poder Legislativo (Projeto, Título II) e ao Conselho Nacional (*Idem*, Tit. III, Cap. V), trabalhou seguida e exaustivamente desde a primeira hora do prazo que lhe estava assinado. Suas reuniões foram sempre presididas pela nobre intenção de bem servir à Assembléa e ao Brasil e realizadas em grato ambiente de sinceridade e de concórdia, inalterável mesmo no embate das opiniões divergentes.

Considerando que as Emendas de n.ºs 1.948 e 1.949 representavam um generoso e patriótico esforço de homogeneização e de síntese das inclinações mais pronunciadas no seio da Assembléa, esforço, aliás, consagrado pela significativa assinatura do Sr. Medeiros Neto, órgão de articulação das correntes políticas que a compõem, deliberou a Comissão perfilhá-las, desde logo, com ressalva, porém, do direito de lhes adir as subemendas que fossem recomendadas pelo estudo metuculoso da rica e vasta colaboração do plenário.

Lançados, dessarte, os sólidos fundamentos da tarefa a empreender, passou a Comissão a conferir as emendas uma por uma, comparando-as com os textos análogos dos dois mencionados substitutivos, para o fim de aproveitar as que contivessem indicações suscetíveis de os corrigir e completar.

Foram assim detidamente examinadas as 260 emendas distribuídas à Comissão, sendo aceitas e transformadas em subemendas — 21; rejeitadas — 56; julgadas prejudicadas por estarem em colisão com os ditos substitutivos anteriormente adotados — 118; e, finalmente, prejudicadas, por se acharem por estes atendidas — 65.

.....  
Findo o exaustivo estudo da colaboração do plenário, maior se lhe aprofundou a convicção de que fora acertada e justa a aprovação inicial das Emendas n.ºs 1.948 e 1.949, por vezes erroneamente denominadas "das grandes bancadas". Se elas fossem a expressão

da vontade dos grandes Estados, certo não corresponderiam, como correspondem, aos objetivos energeticamente visados pelas chamadas "pequenas bancadas". É manifesto, consoante, aliás, o confirma, com legítima autoridade, um dos membros da Comissão, que aqueles transigiram em pontos de suma relevância, tais como os atinentes à limitação indireta das suas deputações, à representação profissional, à suspensão da segunda Câmara e da delegação legislativa permanente e à estruturação do Conselho Federal.

"Emendas de coordenação", eis realmente o nome que mais à justa lhes cai, nome que por si só as recomenda à aprovação da Assembléia.

.....  
Sala das Comissões, 26 de abril de 1934. — **Odilon Braga — Pires Gayoso — Abel Chermont.**"

A Comissão daria ênfase à citada emenda em outras oportunidades, ao pronunciar-se pela rejeição de diferentes sugestões relativas ao Conselho Federal, dizendo, por exemplo:

"... A Emenda nº 1.949 (...) atinge o máximo a que se poderá chegar, dentro do sistema de nossas instituições constitucionais, em matéria de coordenação de poderes..." (83)

"... as Emendas n.ºs 1.948 e 1.949 (...) atendem aos patrióticos intuitos dos signatários..." (84)

Em que pese a tais manifestações em defesa da excelência da proposição, vozes houve que a rejeitaram com severidade.

Leia-se a declaração de voto de Pedro Vergara (85) contrário à Emenda nº 1.949, nos tópicos relativos à suspensão dos atos declarados inconstitucionais, onde o Deputado qualifica de "estranha" a atribuição pertinente conferida ao órgão encarregado da coordenação dos Poderes e acrescenta:

".....

Aí é que culmina a hipertrofia do Conselho; de uma parte, se apodera de uma atribuição legislativa, pois a tanto equivale o poder de suspender a execução, isto é, a validade de uma lei; de outra parte, usurpa a mais valiosa função do Judiciário, que é esta — de firmar a sua jurisprudência.

Até aqui, de fato, a jurisprudência dos tribunais só se considerou firmada quando existiram, pelo menos, três decisões uniformes, do mesmo tribunal, sobre a mesma matéria; nos termos, porém, da emenda, basta uma simples decisão, sobre uma única espécie, para que o Conselho suspenda a lei e a considere inconstitucional, embora o mesmo tribunal, julgando casos anteriores a essa suspensão possa voltar atrás, sobre o critério, que deu margem à deliberação do Conselho."

Considere-se, especialmente, a palavra de Levi Carneiro, (36) que encaminhou à Mesa da Assembléia uma exposição sobre apartes seus proferidos em plenário, a respeito do Conselho, onde analisou as emendas oferecidas à matéria, na primeira e segunda discussões do Projeto.

Ao tratar das emendas de segunda discussão, o expositor apontou as singularidades do Conselho Federal na forma idealizada pela Emenda nº 1.949, incluindo entre elas a competência do novo órgão em relação à lei, ato, deliberação ou regulamentos declarados inconstitucionais.

Transcrevemos o comentário:

“.....

Resulta a emenda de um pensamento de conciliação e transigência — que chegou, lamentavelmente, a comprometer a eficiência da organização constitucional, agravando os erros que se apontaram na Emenda nº 1.848-A.

O parecer da Comissão Constitucional reconhece e proclama o triunfo seguro da emenda assim formulada. Nela, examinaremos, portanto, a organização que vai ter o Conselho Federal. Começemos por destacar as suas numerosas singularidades:

.....

c) o Conselho não é formado pelo critério da competência técnica. De seus membros não se exige qualquer competência especializada. Serão eleitos livremente pelas Assembléias Legislativas. No entanto, cabe-lhe, também, rever as decisões do Poder Judiciário — pois ele decide da suspensão “da execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. O dispositivo acha-se redigido com pouco rigor técnico. O Judiciário pode declarar inconstitucional, não toda a lei ou todo o regulamento, mas, apenas, certo dispositivo de uma ou de outra e a emenda não abrange expressamente esse caso. Por outro lado, devia referir-se ao pronunciamento final e definitivo do Poder Judiciário. Não se trata de qualquer sentença ou decisão, como resulta da emenda. O pior é que o Conselho Federal fica com a atribuição imensa de decidir quais as sentenças judiciais que devam ser respeitadas e ampliadas a todos os casos análogos, mediante a revogação do ato ou lei por ela atingidos — e as que não mereçam essa consagração definitiva;

d) investido dessa prerrogativa altíssima, o Conselho a exercerá mesmo em relação a leis de cuja elaboração as emendas o excluem;

.....”

Contrário ao arbítrio do Conselho para suspender ou não a execução da lei, ato ou regulamento declarados inconstitucionais, Levi Carneiro rejeitaria, igualmente, a hipótese da inexistência desse arbítrio, ou seja, o exercício compulsório da atribuição conferida ao órgão.

“ .....

De mim direi que, desde muito, me parecia conveniente ampliar e fortalecer as soluções judiciárias (**Federalismo e Judicialismo**, pág. 189). Nesse sentido avançou o projeto; ainda mais avançaria pelas minhas emendas.

Não acredito, porém, que o Conselho Federal, perturbador e irritante, fique apto, realmente, a coordenar os demais poderes. Em primeiro lugar — nos conflitos entre a União e os Estados, que são os mais sérios e complexos, no regime federativo —, nenhuma interferência lhe cabe, nenhuma atuação terá.

Nos conflitos entre o Executivo Federal e a Assembléia também ele não tem parte; nenhuma atribuição exerce nesses casos.

Apenas nos conflitos do Judiciário com o Legislativo, ou o Executivo, terá ele intervenção — suspendendo a “execução, no todo ou em parte, de qualquer lei, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais”, por sentença. Já aludi a essa atribuição, mostrando os inconvenientes que dela podem resultar. Entendi-a como envolvendo discricção do Conselho. Pode, no entanto, entender-se que o Conselho não tem qualquer arbítrio no caso — e lhe cabe, sempre, suspender, automaticamente, a execução da lei declarada inconstitucional. Nesse caso, a sua intervenção será desnecessária: bastaria que se atribuísse à decisão judiciária — da Corte Suprema, e definitiva, seria preciso dizer — o efeito de revogar a lei inconstitucional. Isso seria, aliás, como já disse, possibilitar a temida “ditadura do Judiciário”.

Mas o principal é que, nem de um modo, nem de outro, o Conselho Federal agiria como “órgão de coordenação”, ou dirimiria os conflitos suscitados.

Num caso, continuando em vigor a lei, resolvendo que ela não fosse revogada, nem por isso impediria que o Judiciário continuasse a declará-la inconstitucional. A lei não convalesceria. Não se revalidaria. O conflito subsistiria. Noutra caso, teria prevalecido, apenas, a decisão judiciária. Seria o Judiciário que prevaleceria sobre os outros poderes.

Assim, o Conselho Federal sugerido nem poderá corresponder às esperanças que desperta no patriotismo dos que o sustentam.

.....”

Mais tarde, ao encaminhar a votação da emenda, em Plenário, ainda Levi Carneiro dialogaria com Prado Kelly e Odilon Braga (este, um dos signatários da proposição), procurando esclarecer-se e despreocupar-se em relação ao mesmo item da competência do Conselho.

Registrando-se o debate, a par da oposição à norma, tem-se dela a exegeze formulada por seus defensores: (37)

“.....  
O SR. PRADO KELLY — .....

Outra atribuição, ainda, de sabedoria política é a de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

**O Sr. Levi Carneiro** — Preciso de um esclarecimento de V. Ex<sup>a</sup> para a posteridade, para os exegetas do futuro. Essa atribuição é automática ou discricionária? Haverá suspensão? A redação comporta duas interpretações. O Conselho Federal suspende a execução sempre que a lei seja declarada inconstitucional, ou suspende e deixa de suspender a seu critério?

**O SR. PRADO KELLY** — Na sistemática preferida pelo nobre Deputado, Sr. Levi Carneiro, o Supremo Tribunal decretaria a inconstitucionalidade de uma lei, e os efeitos dessa decisão se limitariam às partes em litígio. Todos os demais cidadãos, que estivessem na mesma situação da que foi tutelada num processo próprio, estariam ao desamparo da lei. Ocorreria, assim, que a Constituição teria sido defendida na hipótese que permitiu o exame do Judiciário, e esquecida, anulada, postergada em todos os outros casos.

**O Sr. Levi Carneiro** — São dois sistemas diversos de pronunciamiento da inconstitucionalidade da lei: um, com efeito absoluto, outro, com efeito relativo.

**O SR. PRADO KELLY** — Certas constituições modernas têm criado cortes jurisdicionais para defesa da Constituição. Nós continuamos a atribuir à Suprema Corte a palavra definitiva da defesa e guarda da Constituição da República. Entretanto, permitimos a um órgão de supremacia política estender os efeitos dessa decisão, e estendê-los para o fim de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando o Poder Judiciário os declara inconstitucionais.

.....  
O SR. ODILON BRAGA — .....

Outro ponto a que se referiu o nobre Deputado Sr. Levi Carneiro é o que se contém no n<sup>o</sup> IV:

“Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.”

Estamos em face de duas hipóteses. A primeira, é aquela em que a inconstitucionalidade é evidente.

**O Sr. Levi Carneiro** — O Judiciário só declara a inconstitucionalidade quando é evidente. A doutrina é de que, em dúvida, não se decreta a inconstitucionalidade.

**O SR. ODILON BRAGA** — Mas o próprio Judiciário vacila; hesita na sua jurisprudência.

**O Sr. Levi Carneiro** — Quer dizer que será feita a revisão das decisões judiciais. É contra isso que me insurjo.

**O SR. ODILON BRAGA** — Não se fará tal.

Quando a fundamentação da inconstitucionalidade desde logo convence o Conselho, este, para evitar aos cidadãos o incômodo de repetir apelos ao Judiciário, antecipa-se na prática da atribuição que lhe conferimos, e suspende a lei ou ato inconstitucional.

Quando, porém, os fundamentos não são suficientes: quando o próprio Conselho não reconhece a liquidez dessa inconstitucionalidade, aguarda que outros cidadãos renovem a arguição perante o Poder Judiciário, para que se firme a jurisprudência.

**O Sr. Pedro Aleixo** — Não impede que o Judiciário conheça desses atos, no tocante a outros cidadãos.

**O Sr. Levi Carneiro** — Logo, não resolve o conflito.

**O SR. ODILON BRAGA** — Não resolve enquanto a inconstitucionalidade se não firme. Firmada pela jurisprudência, suspende a lei. Ora, depois da suspensão desta, ninguém mais recorrerá, porque não haveria necessidade do recurso.

.....

**O SR. LEVI CARNEIRO (Para encaminhar a votação.)** — Sr. Presidente, serei breve. Quero apenas assinalar que o Conselho Federal não pode coordenar quaisquer poderes. Ao contrário, ele vai criar conflitos. Há pouco, considerávamos o caso das decisões judiciais. O Poder Judiciário declara a inconstitucionalidade de certa lei ou de certo ato do Governo. Já vimos exposto aqui, pelos mais notáveis e autorizados exegetas da emenda, que, nestes casos, o Conselho Federal tem a faculdade de propor ou não a revogação da lei. Quer dizer que ele revê a decisão judicial.

**O Sr. Odilon Braga** — Não revê, absolutamente.

**O SR. LEVI CARNEIRO** — Ele vai considerar se o Judiciário acertou ou não; interpõe, assim, a sua decisão, porque examina e diz realmente: não, não há motivo para suspender essa lei.

**O Sr. Pedro Aleixo** — Nesse caso, não revoga a decisão.

**O SR. LEVI CARNEIRO** — Ele vai continuar aquela situação de conflito entre o Legislativo e o Judiciário, porque, se este pronuncia a inconstitucionalidade de uma lei, abre conflito com aquele.

**O Sr. Odilon Braga** — Não há conflito porque não declara a nulidade da lei, apenas lhe negando a aplicação.

**O SR. LEVI CARNEIRO** — Na técnica constitucional, sabemos como se considera conflito com o Executivo a declaração de inconstitucionalidade de ato governamental do Presidente da República.

Ora, nesta situação, que faz o Conselho Federal? Aprecia a decisão judiciária e, se considera irrelevantes os fundamentos dela, não reclama ou se pronuncia pela manutenção da lei ou do ato governamental.

Ora, pergunto: assim se resolve o conflito suscitado pelo Poder Judiciário? Não.

**O Sr. Pedro Aleixo** — E se não houvesse o Conselho?

**O SR. LEVI CARNEIRO** — Pelo contrário, agrava-se a situação, porque nesse conflito estabelecido entre dois poderes se intromete outro poder, complicando e sem dar solução.

.....”

Os argumentos expendidos por Prado Kelly e, em especial, por Odilon Braga, resumiu-os a Comissão de Redação, ao dar conta, em conciso parecer, do trabalho de expungir o Projeto “de contradições, incoerências e incongruências” e de “escrevê-lo em linguagem correta, mais simples e coerente, ao alcance do povo”.

Leia-se o inciso VI desse parecer, pertinente ao mandado de segurança: <sup>(38)</sup>

.....  
**VI. O projeto aprovado manteve o dispositivo segundo o qual, o caso julgado sobre inconstitucionalidade de lei ou ilegalidade de ato do Poder Executivo constituirá fundamento para a expedição de mandado de segurança a requerimento de quantos se achem na mesma situação jurídica.**

Esse fundamento, de caráter constitucional, importaria um pre-julgamento, impondo o automatismo da generalização do julgado às espécies idênticas. Ora, no sistema que domina o controle judiciário das leis e dos atos administrativos, a declaração da inconstitucionalidade paralisa a lei ou ato na espécie submetida ao Poder Judiciário, mas não os anula. Os tribunais podem modificar a sua jurisprudência, e freqüentemente a modificam. Por esta consideração, ao Conselho Federal não se cometeu a obrigação — e apenas se conferiu a faculdade — de cassar os atos e leis julgados inconstitucionais, o que lhe deixa a liberdade de tomar, ou não, tão grave medida, segundo o mérito e firmeza da jurisprudência seguida pelo outro poder. Nesse sistema, abriria brecha incongruente e perigosa o dispositivo que ao próprio Poder Judiciário imporia a invariabilidade de julgamento sobre casos idênticos.”

Levi Carneiro, inconformado, continuou tentando a eliminação da enfocada competência do Conselho.

Entre as emendas à redação final do Projeto, uma, de sua autoria, rezava:

**“EMENDA Nº 491 (39)**

Art. 101, IV — Suprima-se.

**Justificação**

Animo-me a pedir, agora, a supressão da competência — que aliás, a Assembléia conferiu ao Conselho Federal — de suspender a execução de ato declarado inconstitucional pelo Judiciário. Acentuei, oportunamente, que essa atribuição, exercida discricionariamente, pelo Conselho, seria anódina ou provocaria conflito. Pode-se entender, porém, que ela será exercida automaticamente: Compete ao Conselho... suspender a execução... Nesse caso, subverteríamos o nosso sistema de pronunciamento de inconstitucionalidade das leis na espécie. A douta Comissão não se ateve ao voto da Assembléia quanto à expedição do mandado de segurança, para salvar esse sistema assegurando a flexibilidade de jurisprudência. Mas, aqui não teve ânimo de assumir a mesma atitude: que valerá a possibilidade de mudar a jurisprudência, se a decisão proferida acarretar logo a revogação da lei?”

A sugestão foi rejeitada. A Assembléia insistiu em conferir a atribuição ao “superórgão” que, em seguida, por força da aprovação da Emenda nº 711 à redação final do Projeto, passou, segundo já tivemos oportunidade de registrar, a denominar-se “Senado”.

Constatamos, no desenrolar do estudo do Projeto da Carta em foco, que os defensores da instituição do Conselho Federal procuraram relacionar a faculdade pertinente à suspensão dos atos declarados inconstitucionais, com a razão de ser do mesmo Conselho, ou seja, com a incumbência que lhe foi outorgada de coordenar os poderes federais entre si.

Prado Kelly, por exemplo, dizendo-se partidário da teoria americana para o reconhecimento da inconstitucionalidade quando argüida nos pleitos ordinários perante a Justiça, considerou a necessidade de consultar-se o interesse coletivo dando-se “ao Conselho Federal, que é órgão do poder coordenador, a atribuição de declarar a nulidade de qualquer lei ou ato e regulamento emanados do Executivo e que contrariarem a Constituição”.

Repare-se, também, no seguinte tópico do parecer da Comissão de Redação: (40)

“ .....

IV. (...) foi imprescindível separar o Conselho Federal dos demais órgãos englobados com ele na rubrica genérica de coordenadores dos poderes ou cooperadores em atividades governamentais

(o Tribunal de Contas, o Ministério Público e os Conselhos Técnicos).

De todos eles, só o Conselho Federal, e este mesmo no exercício de apenas duas das suas numerosas atribuições, pode dizer-se que “coordena” outros poderes, competindo-lhe suspender a execução de leis ou atos julgados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, e cancelar dispositivos de regulamentos executivos que lhe pareçam contrários às leis regulamentares.

Os demais não “coordenam” dois ou mais poderes em nenhum caso, e apenas “cooperam”: o Tribunal de Contas, na fiscalização da gestão financeira; o Ministério Público, na promoção do interesse geral vinculado à observância judiciária de certas leis ou à repressão de determinadas infrações; os Conselhos Técnicos, na assistência aos Ministérios.”

Considere-se a já transcrita afirmação de Levi Carneiro:

“Não acredito (...) que o Conselho, perturbador e irritante, fique apto, realmente, a coordenar os demais poderes.

.....  
Apenas nos conflitos do Judiciário com o Legislativo, ou o Executivo, terá ele intervenção — suspendendo “a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais”, por sentença.

.....”

O que se aplicou ao Conselho, evidentemente, aplicou-se ao Senado, pois apenas vestiu-se com o velho nome a nova instituição.

Com isso, disse Raul Fernandes, em intervenção, também já mencionada, “não mudou de funções o órgão de coordenação, desde que além das legislativas tem outras de caráter administrativo e coordenador...”

Por outro lado, a síntese dos debates da Constituinte indica, como responsáveis pela inclusão da aludida competência entre as atribuições do Senado, apenas dois fatores: a necessidade de emprestar-se força vinculativa, com eficácia **erga omnes**, à sentença que declara a inconstitucionalidade do ato e o intuito de dar-se maior ênfase ao equilíbrio dos poderes.

Ademais, como prerrogativa específica do “superórgão” de coordenação criado em 1934, a regra pertinente à mesma competência não teria sido assimilada pela Carta de 1946, desde que os elaboradores dessa lei não cogitaram de preservar o poder coordenador. E não se dariam à inconstitucionalidade de copiar, pura e simplesmente, o dispositivo pelo fato de ele constar da outra lei!

Ao invés disso, a Constituinte considerou criteriosamente o assunto, oferecendo emendas à matéria, debatendo-as e produzindo regra tecnicamente mais perfeita do que a da Carta de 1934.

O Anteprojeto à Carta de 1946 regulava a competência privativa do Senado nos termos do art. 26, assim redigido: <sup>(41)</sup>

“Compete privativamente ao Senado Federal:

- a) julgar o Presidente da República e os Ministros de Estado, nos crimes conexos;
- b) autorizar os empréstimos externos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- c) aprovar, mediante voto secreto, a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República, dos Chefes de Missões Diplomáticas e dos Ministros do Tribunal de Contas.”

Não se cuidou, então, conforme se conclui da leitura do artigo, de deferir à Câmara Alta a atribuição pertinente ao processo do controle da constitucionalidade.

Uma emenda da autoria de Atilio Viváqua viria, contudo, propor a integração no novo texto da regra do art. 91, IV, da Lei de 1934, na qualidade de atribuição privativa. Na conformidade da proposição, caberia ainda ao Senado, privativamente: <sup>(42)</sup>

“Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.”

A sugestão foi recebida, com interesse, pela Comissão Constitucional que lhe dedicou especial atenção.

Transcrevemos alguns trechos do debate desenvolvido na mesma Comissão, em torno da emenda, chamando a atenção para o segundo pronunciamento de Prado Kelly, que posiciona o Senado em face da propositura, como órgão controlador do Poder Executivo: <sup>(43)</sup>

“O SR. FERREIRA DE SOUSA — Verifico agora, Sr. Presidente, que a emenda apresentada pelo nobre colega, Sr. Atilio Viváqua, é inteiramente igual à que deixei em mãos de V. Ex<sup>a</sup>, Sr. Presidente, para votação posterior.

Trata-se da restauração de disposição da Constituição de 34, disposição grandemente justa e que atendeu à economia nos litígios judiciais. Se o Poder Judiciário, examinando a matéria em particular, declara a inconstitucionalidade de uma lei ou de um regulamento, se o Poder Judiciário persiste nessa declaração ou se essa inconstitucionalidade é evidente, não é justo que cada cidadão, para fazer valer seu direito, suporte as delongas de uma demanda judiciária até o final.

O SR. PRADO KELLY — Senhor Presidente, na Constituinte de 34 fui o primeiro signatário da emenda que veio constituir o inciso 4º do artigo 91 da Constituição de 16 de julho. Teria, assim,

toda razão para dar meu voto à emenda dos Senadores Ferreira de Sousa e Atilio Viváqua, se me não deparasse uma dúvida: no artigo em causa se estabelece uma competência privativa do Senado. Ora, deve ser ressalvado ao Poder que baixou o ato, a deliberação, o regulamento, o direito de decretar também a sua suspensão. O caso não é, a meu ver, de competência privativa. Na Constituição de 34 estabeleceu-se esta competência, mas não se lhe deu caráter de privatividade.

O Sr. Deputado Soares Filho também manteve essa atribuição do Senado no art. 26, mas sem dizer que era uma competência privativa.

Dou meu voto à emenda com essas observações que poderão ser atendidas na redação do texto.

O SR. MARIO MASAGÃO — Senhor Presidente, concordarei com a emenda do ilustre Sr. Soares Filho se dela se eliminar a referência aos regulamentos. Eles podem ser inquinados, não só do vício da inconstitucionalidade como do da ilegalidade, que é a hipótese mais freqüente. Parece excessivo ocupar-se o Senado com o exame de regulamentos, os quais, como é sabido, não podem criar nem extinguir direitos.

O SR. PRADO KELLY — Peço para citar um precedente. Nos últimos dias do Senado de 1937, o Senador Alcântara Machado apresentou projeto suspendendo a execução de um regulamento baixado pelo governo e que afetava grandemente os interesses da defesa nacional, especialmente da aviação militar. Foi medida salvadora, que mais tarde se concretizou em decreto do próprio governo ditatorial. De forma que a medida parece justa. Não acredito que diminua em nada a alta esfera das atribuições do Senado; mas, sendo o Senado como deve ser, órgão controlador do Poder Executivo, sob certos aspectos, esta é uma das modalidades em que tal intervenção se pode operar proveitosamente.”

Na Presidência, Nereu Ramos invocou o alvitre de Soares Filho no sentido da adoção dos incisos II e IV do art. 26 de seu substitutivo — por sinal mencionados nas intervenções acima transcritas — no lugar da emenda retrodiscutida de Atilio Viváqua.

Propusera o citado substitutivo, nos incisos II e IV do art. 26, se atribuisse ao Senado: <sup>(44)</sup>

“Art. 26 — .....

II — Examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo e suspender a execução dos dispositivos ilegais.

.....

**IV** — Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.”

A opinião de alguns dos senhores membros da Comissão Constitucional sobre essas proposições: (45)

“O SR. GUSTAVO CAPANEMA — Sr. Presidente, sou contrário ao princípio proposto. Ele invade, indevidamente, a esfera legítima de atribuição do Presidente da República. No sistema de separação dos poderes não é possível que o Senado, órgão do Poder Legislativo, examine e revogue os regulamentos do Presidente da República!

O SR. NEREU RAMOS, PRESIDENTE — V. Ex<sup>a</sup> é contrário ao nº II?

O SR. GUSTAVO CAPANEMA — Sou. É uma invasão indevida, que perturbará a harmonia das relações entre os Poderes Executivo e Legislativo.

O SR. RAUL PILA — Queria indagar de V. Ex<sup>a</sup> se também não será indevido o direito de veto que se concede ao Presidente da República.

O SR. PRADO KELLY — Sr. Presidente, quanto à segunda parte da proposta Soares Filho, não há oposição da parte do Sr. Gustavo Capanema. S. Ex<sup>a</sup> apresenta objeções apenas quanto à primeira.

O SR. GUSTAVO CAPANEMA — Minha oposição é geral, envolve os dois dispositivos.

O SR. NEREU RAMOS, PRESIDENTE — O Presidente da República não pode suspender atos dos governadores.

O SR. PRADO KELLY — O Poder Judiciário só decide em espécie. É necessário, porém, estender os efeitos do julgado, e esta é atribuição do Senado.

Quanto ao primeiro ponto, quero lembrar que na Constituição de 34 existe idêntico dispositivo.

Participei da elaboração da Constituição de 34. De fato, tentou-se a criação de um quarto poder; entretanto, já há muito o Senado exercia a função controladora, fiscalizadora do Poder Executivo.

O regime democrático é um regime de legalidade. No momento em que o Poder Executivo pratica uma ilegalidade, a pretexto de regulamentar uma lei votada pelo Congresso, exorbita nas suas funções. Há a esfera do Judiciário, e este não está impedido, desde que é violado o direito patrimonial do indivíduo, de apreciar o direito ferido.

Se, entretanto, se reserva ao órgão do Poder Legislativo, no caso o Senado, a atribuição fiscalizadora da lei, não estamos diante de uma

função judicante, mas fiscal do arbótrio do Poder Executivo. O dispositivo já constava da Constituição de 34 e não foi impugnado por nenhum autor ou comentador que seja, do meu conhecimento. Ao contrário, foi um dos dispositivos mais festejados pela crítica, porque atendia, de fato, às solicitações do meio político brasileiro.

O SR. MARIO MASAGÃO — Entretanto, o nº II oferece perigo. A aprovação de um regulamento porventura ilegal, pelo Senado, vai dar-lhe força, perante o Poder Judiciário, que o há de apreciar nos casos concretos.

O SR. PRADO KELLY — Não creio haja dificuldade quando se trata de ato das duas Casas do Poder Legislativo. O Supremo Tribunal pode impugná-lo sob a razão de inconstitucionalidade, como juiz soberano em nosso regime.

O SR. MARIO MASAGÃO — Quanto à declaração da inconstitucionalidade das leis, não há a menor dúvida sobre a competência do Judiciário; falo da declaração de ilegalidade dos regulamentos, que não se confunde com a inconstitucionalidade.

O SR. PRADO KELLY — V. Ex<sup>a</sup> veria nisto um obstáculo ao livre pronunciamento do Judiciário, mas eu não vejo.”

Encerrada a discussão do inciso II, que acabaria sendo rejeitado, discutiu-se o inciso IV: (46)

“O SR. GUSTAVO CAPANEMA — Sr. Presidente, sou contrário ao preceito proposto. As decisões do Poder Judiciário só envolvem a espécie. Se o Poder Judiciário decide que uma lei ou regulamento é inconstitucional, sua decisão não importa inexistência da lei ou regulamento. Se esta inexistência deve ser declarada, não é ao Senado que compete fazê-lo. Deverá declará-la o próprio órgão constitucional — o Congresso ou o Presidente — que haja decretado a lei ou o regulamento inconstitucional.

O SR. NEREU RAMOS, PRESIDENTE — Peço permissão para explicar que esse dispositivo não supre atribuição alguma do Presidente da República. A declaração de inconstitucionalidade das leis foi sempre atribuição do Poder Judiciário. A lei ou regulamentos declarados inconstitucionais são juridicamente inexistentes, entre os litigantes. Uma vez declarados, pelo Poder Judiciário, inconstitucionais ou ilegais, a decisão apenas produz efeito entre as partes. Para evitar que os outros interessados, amanhã, tenham de recorrer também ao Judiciário, para obter a mesma coisa, atribui-se ao Senado a faculdade de suspender o ato no todo ou em parte, quando o Judiciário haja declarado inconstitucional, porque desde que o Judiciário declara inconstitucional, o Presidente da República não pode declarar constitucional.

Dou essa explicação porque votei contra o nº II e vou votar a favor do nº IV.

.....”

Encerrada a discussão do inciso IV do substitutivo Soares Filho, rejeitava-se a disposição. Venceu a emenda Atilio Viváqua.

Ao redigir o Projeto primitivo da Carta, a Comissão Constitucional deu ao art. 26, que, então, recebeu o nº 33, a seguinte forma: (47)

“**Art. 33** — Compete, ainda, ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei, decreto ou ato declarados inconstitucionais pelo órgão competente.”

As modificações operadas nessa regra decorreram da aprovação de duas emendas, dentre as diversas que lhe foram oferecidas.

A primeira, sob nº 892, dirigia-se aos arts. 33 e 190 do Projeto. Transcrevemos o texto integral da proposição, em face do entrelaçamento dos dois artigos: (48)

“Nº 892

Aos arts. 33 e 190:

Substitua-se o art. 33 pelo seguinte:

“**Art. 33** — Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva de qualquer tribunal.”

Substitua-se o art. 190 pelo seguinte:

“**Art. 190** — Só pelo voto da maioria dos seus membros, pode um tribunal declarar a inconstitucionalidade da lei.

**Parágrafo único** — Verificada a declaração definitiva, o presidente do tribunal fará ao Senado Federal, para os fins do art. 33, a devida comunicação.”

### Justificação

A atribuição que o art. 33 confere ao Senado Federal é de natureza delicada. Deve ser exercida com certa limitação. Parece, pois, conveniente que a suspensão da execução se restrinja às leis e decretos. Conveniente é também que a providência não seja tomada senão em virtude de decisão definitiva dos tribunais.

A emenda ao art. 190 visa a harmonizá-lo com a disposição do artigo 33, nos termos da emenda ora oferecida.

Sala das Sessões, em 12 de junho de 1946. — **Dario Cardoso — Motta Netto — Cirilo Junior — Pedro Ludovico — Benedicto Valadares — Hugo Carneiro — Graccho Cardoso — Lahyr Tostes — Magalhães Barata — Alfredo Sá — Agamemnon Magalhães — Olyntho Fonseca — A. de Souza Costa — Celso Machado — Gustavo Capanema — Juscelino Kubitschek — Castelo Branco — Horacio Lafer — Clodomir Cardoso — Aderbal Silva — Benedicto Costa Netto — Rogério Vieira — Bias Fortes — Octacilio Costa — F. Duque Mesquita — Gomy Junior — Alvaro Ramos — Waldemar Pedrosa.”**

A segunda, sob nº 1.756, rezava: <sup>(49)</sup>

“Nº 1.756

Ao art. 33.

No final do art. 33, ao invés de “órgão competente”, diga-se “Supremo Tribunal Federal.”

### **Justificação**

Pelo art. 190 do Projeto, só ao Supremo Tribunal compete declarar a inconstitucionalidade, com efeito de obrigar o Senado a suspender a execução da lei, decreto ou ato declarado inconstitucional.

Será a razão por que o art. 33 deve referir-se ao Supremo Tribunal Federal.

Sala das Sessões, 21 de junho de 1946. — P. Dutra.

A aprovação dessas alterações resultou na reformulação da norma que se transformou no art. 64 da Carta de 1946, modificando-o em relação à regra correspondente da Carta de 1934 (art. 91, IV), especialmente no que se refere às espécies de atos suscetíveis de serem suspensos, em sua execução, pelo Senado Federal. Pois que, se a última Constituição citada previa a suspensão da execução de “lei ou ato, deliberação ou regulamento”, a de 1946 restringiu essa enumeração a “leis e decretos”.

Em consequência, entenderam muitos que o legislador havia limitado a atribuição que, antes, se conferira, em termos amplos, à Câmara Alta.

Apesar das divergências surgidas nesse campo, na vigência da Carta de 1946, mesmo antes da Emenda nº 16/65, o Senado Federal baixou resoluções suspendendo a execução de leis, decretos, decretos-leis, normas de Constituições estaduais, resoluções de assembléias legislativas, regimentos etc. Como exemplos de resolução e regimento cuja execução o Senado suspendeu, em parte, citamos a Resolução nº 166, de 20-10-1965, da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco (Resolução do Senado nº 20, de 24-3-1965) e o Regimento de Custas do Estado de Goiás (Resolução do Senado nº 62, de 22-6-1965). <sup>(50)</sup>

Após a Emenda nº 16/65, esses exemplos se multiplicaram, pois, segundo já tivemos oportunidade de mencionar, o art. 2º dessa emenda possibilitou fosse intentada ação com a finalidade exclusiva de obter-se a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo expedidos na esfera estadual ou federal, enquanto conservou intacta a competência atribuída ao Senado pelo art. 64 da lei emendada, a despeito das tentativas que se registraram no sentido de eliminá-la.

Oportuno aludir a tais investidas, tendo em vista que a rejeição das disposições pertinentes demonstram a intenção do legislador no sentido de sujeitar ao Senado, para o fim da suspensão da respectiva execução, também, as leis ou atos normativos indicados pelo art. 2º da emenda, na alínea k, do art. 101.

Já a Exposição de Motivos ao Projeto da Emenda, do Ministro da Justiça ao Presidente da República, sublinhava a necessidade de “poupar-se”

ao Senado o dever de suspender a lei ou decreto eivados de inconstitucionalidade.

Considere-se a Exposição, preliminarmente, nos parágrafos em que introduz os novos institutos de legitimidade constitucional, após analisar diversas outras medidas propostas pelo Governo, através da Proposta: (51)

“Ao lado desse conjunto de providências, outras foram aventadas (...): a do reforço da competência do Supremo, através de dois novos institutos de “legitimidade constitucional”, que ele mesmo propôs:

a) uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, à semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8º, parágrafo único, da Constituição Federal);

b) uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo.

A “representação”, limitada em sua “iniciativa”, tem o mérito de facultar desde a definição da “controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres”. Afeição-se, no rito, às “representações” de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados, dos “princípios” que integram a lista do inciso VII do art. 7º de algum modo, a inovação, estendendo a vigilância às “leis federais em tese”, completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos.

Já a “prejudicial” agora proposta, modalidade de “avocatória”, utilizável em qualquer causa, de qualquer instância, importaria em substituir aos juízes das mais diversas categorias a faculdade, que lhes pertence, no grau da sua jurisdição, de apreciar a conformidade de lei ou de ato com as cláusulas constitucionais. Ao ver da Comissão, “avocatória” só se explicaria para corrigir omissões de outros órgãos judiciários, se vigorasse entre nós, como vigora por exemplo na Itália, o **privilegio de interpretação constitucional** por uma Corte especializada, a ponto de se lhe remeter obrigatoriamente toda questão daquela natureza, levantada de ofício ou por uma das partes em qualquer processo, desde que o juiz ou tribunal não a repete “manifestamente infundada.”

Segue-se o tópico que procura justificar a intenção de substituir-se o art. 64 da Constituição de 1946:

“Ao direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para

tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito **erga omnes** de decisões definitivas do Supremo Tribunal, poupando ao Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto — expediente consentâneo com as teorias de direito público em 1934, quando ingresso em nossa legislação, mas presentemente suplantada pela formulação contida no art. 136 do estatuto de 1948: “Quando la Corte dichiara l’illegitimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.”

O Projeto, ao invés da substituição, propôs a eliminação daquele dispositivo, de acordo com o art. 5º, que acrescia o art. 101 da Lei Básica de três parágrafos, o terceiro dos quais figurava sob a forma abaixo transcrita: (52)

“§ 3º — As disposições de lei ou ato de natureza normativa, consideradas inconstitucionais em decisão definitiva, perderão a eficácia, a partir da declaração do Presidente do Supremo Tribunal Federal publicada no órgão oficial da União.”

Escusado chamar a atenção para o acréscimo, no que se refere à declaração de inconstitucionalidade pelo Presidente do Supremo Tribunal e não pela Corte. Antes, interessa sublinhar a subtração da competência do Senado estabelecida no art. 64 da Carta.

No final da proposta, o legislador elaborou um artigo (art. 21) destinado a modificar a redação desse dispositivo. Mas, o que produziu foi uma regra que revela, tão somente, a preocupação de não se excluir a Câmara Alta, por inteiro, do processo de declaração de inconstitucionalidade.

Leia-se o art. 21, citado: (52)

“Art. 21 — O art. 64 passa a ter a seguinte redação:

**Art. 64** — Incumbe ao Presidente do Senado, perdida a eficácia da lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3º), fazer publicar no **Diário Oficial** e na **Coleção das Leis** a conclusão do julgado que lhe for comunicado.”

Na esteira do Projeto e da Exposição de Motivos seguiu o Relator da matéria na Comissão Mista, Senador Tarso Dutra, segundo se depreende da leitura do Parecer nº 25, de 1965 (CN), favorável à aprovação da proposta com duas emendas que não diziam respeito ao assunto em apreciação.

Sobre o dispositivo pertinente à instituição da competência da Corte Suprema para processar e julgar, originariamente, a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, escreveu o Relator: (53)

“A letra k, propondo a representação a cargo da Procuradoria-Geral da República, contra a inconstitucionalidade em tese da lei, constitui uma ampliação da faculdade consignada no parágrafo único do art. 8º, para tornar igualmente vulneráveis as leis fe-

derais por essa medida. Ao anotar-se a conveniência da modificação alvitada na espécie, que assegurará, com a rapidez dos julgamentos sumários, uma maior inspeção jurisdicional da constitucionalidade das leis, não será inútil configurar o impróprio de uma redação que devia conferir à representação a idéia nítida de **oposição** à inconstitucionalidade e o impreciso de uma referência a atos de "natureza normativa", de que o nosso sistema de poderes indelegáveis (art. 36, §§ 1º e 2º), conhece apenas uma exceção no § 2º do art. 123 da Constituição."

E, em face da inovação retro, considerou desnecessária a suspensão pelo Senado da vigência do ato declarado inconstitucional:

"A disposição de lei declarada inconstitucional perderá a eficácia imediatamente, sem que seja necessário suspender-lhe a vigência formalmente pelo Senado Federal, como tem ocorrido até aqui. Embora o projeto, em seu art. 21, altere o art. 64 da Constituição, seria indispensável que revogasse ao tempo, o art. 13 da Constituição, que trata da competência do Senado para arrear as leis consideradas inconstitucionais em tese."

Chama a atenção esse último tópico do Parecer, onde se afirma que o art. 13 da Carta de 1946 tem a ver com a competência do Senado "para arrear as leis consideradas inconstitucionais em tese". A norma prevê a suspensão da execução do ato estadual argüido de inconstitucionalidade, com vistas à não-intervenção federal no Estado, caso aquela primeira medida dispense esta última. E o que é mais importante: cabe, na hipótese, a atribuição para suspender a execução do ato, não ao Senado, mas ao Congresso Nacional.

A Comissão Mista, em suas conclusões, também não modificou o Projeto em relação à matéria sob exame. Na redação da Proposta por ela elaborada figuraram as disposições eliminatórias da competência do Senado prevista no art. 64 da Constituição de 1946.

O Plenário é que viria rejeitar tais disposições.

Objeto de dois requerimentos aprovados pelo Congresso — um, pedindo destaque para votação em separado, assinado pelo Deputado Pedro Aleixo; outro, solicitando votação em globo, assinado pelo Senador Daniel Krieger e pelo Deputado Pedro Aleixo —, o § 3º do art. 101 da Constituição, alvo do art. 5º do Projeto e o art. 64 constante do art. 21 da Proposição foram eliminados. (54)

Aprovado o Projeto, que veio constituir a Emenda Constitucional nº 16/65, por força do art. 101, item I, alínea k (alínea introduzida pela emenda), e do art. 64 da Carta, o Senado passou a suspender a execução das leis e atos normativos baixados pelo poder público, quer na esfera estadual, quer na federal, declarados inconstitucionais por sentença irrecurável do Supremo Tribunal Federal.

Os legisladores de 1967 e de 1969 não modificaram as normas consideradas responsáveis por esse procedimento. Em consequência, a Câmara Alta continuou a expedir resoluções, tais como as abaixo relacionadas: (55)

#### **RESOLUÇÃO Nº 8, DE 1970**

— Suspende a execução do item VIII da Tabela “E” da Lei número 2.655, de 8-12-68, do Estado de Minas Gerais.

#### **RESOLUÇÃO Nº 10, DE 1970**

— Suspende a execução da Resolução nº 133, de 14-11-61, da Câmara Municipal de Santos, Estado de São Paulo.

#### **RESOLUÇÃO Nº 26, DE 1971**

— Suspende a execução dos incisos VIII e IX da Tabela “K” anexa à Lei n.º 9.531/66, do Estado de São Paulo, com a redação dada pela Lei nº 9.895/67, do mesmo Estado.

#### **RESOLUÇÃO Nº 7, DE 1972**

— Suspende, em parte, a execução da letra **b** do art. 21 da Deliberação nº 1.564/63, do Município de Campos, Estado do Rio de Janeiro.

#### **RESOLUÇÃO Nº 16, DE 1973**

— Suspende, por inconstitucionalidade, a execução do § 2º do art. 6º do Regulamento do Imposto de Circulação de Mercadorias, aprovado pelo Decreto nº 47.763, de 17-2-67, do Estado de São Paulo.

Muitas outras resoluções do mesmo teor poderiam ser citadas além daquelas que suspendem a execução de leis, decretos, decretos-leis, normas constitucionais estaduais etc.

A prática demonstra, portanto, que o Supremo Tribunal Federal vinha encaminhando à Câmara Alta, para os fins de que trata o art. 42, VII, da Emenda Constitucional nº 1/69, atos julgados inconstitucionais, tanto em razão da ação direta prevista pelo art. 119, I, 1, quanto no caso da declaração de inconstitucionalidade incidente.

\* \* \*

### **III — O entendimento dos constitucionalistas**

A vivência supraconstatada nem sempre contou e nem sempre conta com o respaldo da interpretação dos doutos. Não são poucos os autores que a condenam. Entre eles, citaremos:

ALFREDO BUZAID (56) que, na exegese do art. 64 da Carta de 1946 (antes da Emenda nº 16/65), considera o campo de incidência da regra restrito às leis e decretos e, assim mesmo, quando expedidos na órbita federal:

“A Constituição menciona expressamente **lei** ou **decreto**, sem distinguir a fonte de onde emana. Cumpre, pois, saber se a regra do

art. 64 alude a leis e decretos da esfera **federal** ou se abrange atos oriundos do Legislativo ou Executivo estadual e municipal.

.....  
pensamos que a regra do art. 64 se aplica tão-só a lei ou decreto **federal**. O Supremo Tribunal Federal pode decretar a inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal, desde que por via de recurso conheça a matéria. Mas o Senado não tem competência para suspender a execução de lei estadual ou municipal. O poder de suspender é uma manifestação do poder de revogar, e a Constituição discriminou as atribuições da União, do Estado, do Município e do Território.”

CARLOS MAXIMILIANO, (57) ao analisar a mesma disposição, entende que

“A regra fundamental não atinge **quaisquer atos; porém leis e decretos, apenas**”.

Apesar dessa interpretação estrita, o autor acrescenta:

“Abrange (a regra) **regulamentos**; porque sempre se apresentam como objeto de **decretos**; porém, neste caso, a Câmara Alta não intervém por iniciativa própria em defesa da verdade constitucional; aguarda o pronunciamento, em aresto **definitivo** da Corte excelsa.” (\*)

TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, (58) menos explícito, compara as Cartas de 1934 e 1946, no tocante ao problema, concluindo pelo melhor técnica da segunda, como se entendesse que o conteúdo de uma fora assimilado pela outra, apenas, sob forma tecnicamente mais adequada:

“A Constituição de 1934 referia-se explicitamente a lei, ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Tecnicamente mais perfeito é o preceito novo, que só se refere a lei ou decreto.”

A seqüência do comentário, entretanto, revela a interpretação literal do art. 64 do Diploma de 1946 e, por conseguinte, a limitação da atribuição do Senado para suspender a execução, tão somente, de leis e decretos declarados inconstitucionais:

“É bem verdade que o Senado de 1934, como órgão de coordenação, tinha funções mais amplas que penetravam na esfera administrativa, mas o preceito envolvia “atos” e “decisões” que na terminologia legal não tinham a devida precisão técnica e conceitual definida.

(\*) Sobre os regulamentos, leia-se, também, em JOÃO BARBALHO:

“Eles são atos complementares das leis, contendo os meios e medidas adequados à sua boa execução, são atos necessários à realização das providências nelas determinadas, dão-lhes vigor e eficiência prática. Expedidos pelo Presidente da República no uso e nos limites da faculdade que para isso lhe dá a Constituição (art. 48, n.º 1), têm força de obrigar, têm autoridade de lei.”

(Constituição Federal Brasileira. Comentários. Rio de Janeiro. 1902. pág. 246).

O artigo 64, referindo-se a lei, compreende os atos legislativos propriamente ditos, e não as simples resoluções legislativas, atos políticos das Câmaras, sem a sanção do Presidente da República nem sujeitos a promulgação.

A referência aos decretos pressupõe também que o ato seja do Presidente da República sob a forma de decreto executivo, o que compreende também os regulamentos expedidos para o cumprimento das leis."

Enquanto isso, outros constitucionalistas, também de envergadura, defendem ponto de vista oposto.

Leia-se em PONTES DE MIRANDA: (59)

**"Regras jurídicas inconstitucionais** — Quanto às leis, regulamentos, atos ou deliberações — portanto, todos os atos **legislativos e executivos**, até de deliberação do Poder Judiciário em matéria regimental e executiva —, sempre que o Supremo Tribunal Federal os tenha julgado **inconstitucionais**, o que só se dá **in casu**, incumbe ao Senado Federal suspender-lhes a execução no todo ou em parte. Mas, suspender no todo ou suspender em parte não fica ao arbítrio do Senado Federal, suspende ele a parte que foi apontada como inconstitucional, ou o todo que o foi; e nunca o todo porque uma parte o foi. Na decretação de inconstitucionalidade, é preciso que o Supremo Tribunal Federal tenha observado a regra do art. 200. (O Senado Federal, para exercer a sua função, pode examinar o julgado que se lhe apresenta em sua **existência e validade**; não, porém, em sua **rescindibilidade**.)"

Ainda em relação ao mesmo dispositivo:

"Ius" — Lei, decreto ou outra regra jurídica elaborada pelos poderes públicos. A Constituição não distingue, aí, leis ou outros atos (dos poderes públicos) **federais ou estaduais, territoriais, distritais ou municipais**. Os pressupostos são apenas o de se tratar de regra jurídica e o de haver o Supremo Tribunal Federal julgado, por decisão definitiva, inconstitucional."

CLAUDIO PACHECO (60) dá igual interpretação à norma:

"A Constituição aponta as leis e decretos como atos passíveis de suspensão e usando os termos mais gerais, claramente abrange todos os atos legislativos e executivos, desde que não sejam individualizados em seus efeitos, porque, então, não haveria necessidade de suspender a execução do mesmo ato. É que a decisão judiciária removeria completamente esta incidência concreta ou individual."

Contestando que a supremacia da Constituição implique na supremacia do Judiciário em razão da função conferida a esse Poder, de guardião e intérprete supremo da Lei Básica, alude FRANCISCO SÁ FILHO (61) ao

encargo cometido ao Senado pelos arts. 91, IV, da Carta de 1934 e 64 da Carta de 1946, nos seguintes termos:

“Essa função, aliás, na sua maior extensão, deixa de ser exercida, privativamente, pelo Judiciário desde que, a partir da Constituição de 1934, foi cometido ao Senado Federal o encargo de suspender a execução, no todo ou em parte, de **qualquer lei ou ato** que hajam sido declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Esta norma está mantida na Constituição de 1946 e tem sido posta em execução” (grifo nosso).

A partir da Emenda nº 16/65, com maior razão, os autores, utilizando a interpretação sistemática do art. 64 em face da regra do art. 101, I, k, da Carta de 1946, reproduzidos no Diploma subsequente e na Emenda nº 1/69, consideram pacífica a atribuição do Senado para suspender a execução, não só de leis e decretos, mas, também, de outros atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal.

Tal a posição de VICENTE SABINO JÚNIOR. (62)

VICENTE SABINO oferece o esquema do processo para a apreciação e decretação de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual de forma a deixar clara a função complementar da Câmara Alta nesse processo e a indicar que ela é exercida, tanto em se tratando de declaração incidente, como na hipótese da declaração em tese.

Leia-se o texto:

“Provocado por autoridade ou por terceiro, o referido Procurador-Geral poderá encaminhar a súplica com o seu parecer, sem que caiba desistência da representação. Recebendo as informações solicitadas da autoridade competente, em trinta dias, com possível desistência em caso urgente, **ad referendum** do Tribunal, o Relator, ocorrendo urgência, submeterá o caso à apreciação do Tribunal, sem prévia audiência das partes, ou mandará que a Procuradoria-Geral se manifeste sobre as informações. Com o seu relatório, a seguir, pedirá dia para julgamento, que se efetuará com o **quorum** mínimo de oito Ministros (Reg. Int., art. 178, parágrafo único), e no qual se proclamará a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade pleiteada. Proclamada a constitucionalidade, ou não alcançada a maioria prevista no art. 178 do Regimento Interno para a declaração da inconstitucionalidade, será julgada improcedente a representação. Se for decretada a inconstitucionalidade, total ou parcial, de lei ou ato normativo, far-se-á, através da Presidência do Tribunal, a imediata comunicação aos órgãos interessados no julgamento e, com o trânsito em julgado, remeter-se-á cópia autêntica ao Presidente do Senado Federal para o fim previsto no art. 42, VII, da Constituição, que é o de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional por decisão definitiva daquele Tribunal.”

Não é outro o entendimento do Professor CELSO AGRÍCOLA BARBI, (63) exposto em 1968, em relação à norma que prevê a representação do Pro-

curador-Geral da República ao Supremo, em face de lei ou ato normativo estadual ou federal infringentes do preceito constitucional (art. 114, I, I, da Carta de 1967, reproduzido pelo art. 119, I, I, da Emenda nº 1/69):

“Até agora, ainda não foi expedida nenhuma lei complementar regulando o citado art. 114, nº I, I. Parece-nos, porém, que essa omissão não impede a execução do inciso, que é auto-aplicável. Acresce, ainda, que as normas da Lei nº 4.337, de 1º de junho de 1964, são perfeitamente aplicáveis, salvo quanto à parte relativa à intervenção federal. Ademais, o texto constitucional fixou desde logo dois pontos importantíssimos, que são capitais para a aplicação do princípio: atribuiu a legitimação para agir apenas ao Procurador-Geral da República e a competência apenas ao Supremo Tribunal Federal. Eliminou-se, assim, um grave problema, que seria o de estabelecer quais as pessoas habilitadas a postular perante a Suprema Corte o exame da constitucionalidade. Conjugados aqueles dois princípios fundamentais com o que atribui ao Senado Federal (art. 45, nº IV) a competência para suspender lei considerada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, ter-se-ão todos os elementos básicos. ....”

O Professor CELSO SEIXAS RIBEIRO BASTOS, (64) em abrangente artigo sobre a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, considerando a decisão do Supremo que dá pela procedência da ação, enfoca a atribuição do Senado para suspender a execução da lei declarada inconstitucional, considerando-a elemento indispensável a que o ato se torne inexecutável.

Os trechos do artigo que configuram esse pensamento:

“ .....

Em primeiro lugar, cumpre examinarmos os efeitos do decisório quando este dá pela procedência da ação direta. Tal julgamento estende os seus efeitos além das partes litigantes, para atingir a própria lei em tese. É esta que é declarada incompatível com a Lei Fundamental, declaração essa dirigida *erga omnes*, vale dizer, contra todos os possíveis implicados na sua incidência. Além dos seus efeitos *erga omnes*, reveste-se o mesmo acórdão da força de coisa julgada, o que implica na impossibilidade de sua modificação por decisão ulterior do próprio STF. Ademais de sua imodificabilidade, dá-se ainda a obrigatoriedade de seu acatamento pelos restantes órgãos do Poder Judiciário. Com efeito, a força de coisa julgada, própria das decisões definitivas proferidas em ação direta, inibe a possibilidade de qualquer outro juiz ou tribunal dar pela constitucionalidade de lei ou ato já havidos por inconstitucionais pela Suprema Corte. Em conseqüência, abre-se, se for o caso, a faculdade, ao interessado, de alegar exceção de coisa julgada, para impedir uma nova pronúncia jurisdicional sobre a matéria. A força de decisório ora examinado não vai contudo ao ponto de suspender a eficácia da lei, porque esta só se

dá pela interveniência do Senado Federal, que desfruta de competência exclusiva para tal. A despeito, pois, dos seus efeitos **erga omnes** e de coisa julgada, a decisão do Pretório Excelso não tem o condão de privar a lei de sua executoriedade, vale dizer, da produção das conseqüências que a tornam eficaz. Os atingidos por pretensões fundadas em ato já declarado inconstitucional, nos termos ora tratados, deverão recorrer ao Poder Judiciário a fim de obter a sustação dos efeitos **in casu**. Tal entendimento deflui inexoravelmente da Constituição, que confere exclusivamente ao Senado a competência para subtrair eficácia à lei. Ora, se é o Senado quem paralisa a norma, tem-se que admitir que esta, até o momento da suspensão por aquele, encontra-se ainda em fase de produção de efeitos — não se pode suspender a aplicação de lei, que já era inexecutável. Em síntese, temos como efeitos da procedência da ação direta de inconstitucionalidade: a) coisa julgada; b) efeito **erga omnes** do julgado; c) ausência de suspensão de eficácia do ato acioimado do vício supremo.”

Desfazendo as dúvidas que porventura surjam da leitura do trecho retrotranscrito, o constitucionalista — cuja análise não vasculha a declaração incidente, mas, apenas, a ação direta de declaração de inconstitucionalidade —, no subtítulo dedicado à “Função do Senado na suspensão do ato declarado inconstitucional”, arremata:

“Proferida decisão definitiva, que não comporte, pois, qualquer recurso, deve ela ser comunicada ao Senado. Não há disposição expressa, nesse sentido, na Constituição. Contudo, tal não pode deixar de acontecer, sob pena de prejudicar-se todo o sistema controlador da constitucionalidade, por via de ação. Se este tem por objetivo expelir do ordenamento jurídico a norma com ele incompatível e se tal desiderato não se realiza senão pela suspensão da lei ou ato pelo Senado, é forçoso convir da necessidade de ser levada ao conhecimento do órgão competente a decisão que lhe vai propiciar a prática do ato que lhe cabe, no procedimento controlador.”

Nem por isso a matéria é menos polêmica.

#### IV — O Supremo Tribunal e o Senado Federal: opiniões divergentes

Dentro do próprio Supremo Tribunal Federal, levantaram-se dúvidas, fizeram-se consultas sobre que atos declarados inconstitucionais deveriam ser remetidos à Câmara Alta, tendo em vista os arts. 11, § 2º, 42, VII, e 119, I, I, da Carta vigente; arts. 174 e 180 do Regimento Interno da Corte.

Os citados dispositivos do Regimento rezam:

“Art. 174 — O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que este declare a sua inconstitucionalidade.

.....

**Art. 180** — Declarada a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, o Presidente do Tribunal, imediatamente a comunicará aos órgãos interessados, e, transitado em julgado o acórdão, remeterá cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado Federal, no caso do art. 42, VII, da Constituição.”

Note-se que a lei interna do Supremo omitiu-se quanto ao destino dos atos declarados inconstitucionais em razão da desobediência aos preceitos indicados no art. 10 da Carta, a despeito de o art. 11 desta, no seu § 2º, atribuir ao Presidente da República a competência para suspender-lhes a execução, se a medida tiver eficácia e o art. 7º da Lei nº 4.337/64, em vigor, prescrever a mesma providência, isto é, o encaminhamento do decisorio ao Chefe da Nação.

Enquanto isso, a redação do art. 180, supra, conduz o intérprete ao controvertido art. 42, VII, da Constituição vigente.

Por isso as dúvidas, a incerteza da Secretaria da Corte Suprema sobre a que órgão encaminhar os acórdãos proferidos nos processos constitucionais de representação, inclusive aqueles pertinentes à matéria de intervenção federal.

A partir de tais dúvidas, o Tribunal remeteu ao Senado, tendo em vista a suspensão de atos declarados inconstitucionais, determinados acórdãos, procedimento que, posteriormente, entendeu haver adotado por equívoco.

Em consequência, estabeleceu-se entre o Supremo e a Câmara Alta um intercâmbio de opiniões sobre o assunto, revelador de pontos de vista divergentes.

Ainda sob a Carta de 1946, antes da Emenda nº 16/65, o Senado, diante de um ofício do Supremo, emitiu parecer sobre a competência que lhe conferiu o art. 64 da lei então vigente e opinou no sentido de que essa competência abarcava os atos declarados inconstitucionais em processo de representação com vistas à intervenção federal.

Remontemos aos fatos:

O Supremo remetera ao Senado <sup>(65)</sup> o acórdão pertinente à declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 3.780, de 29 de agosto de 1957, do Estado do Ceará, que elevava à categoria de Município o antigo Distrito de General Tibúrcio, no Município de Viçosa, naquele Estado. A declaração estribava-se no art. 7º da Carta então em vigor. O Senado suspendera a execução da lei, através da Resolução nº 22, de 1959, publicada no **Diário do Congresso Nacional** de 22 do mesmo mês.

O Prefeito, o Vice-Prefeito do Município de General Tibúrcio, o Presidente, o Secretário e Vereadores da Câmara Municipal haviam impetrado mandado de segurança (nº 7.548/60) para que fosse declarada insubsistente a referida resolução.

A fim de instruir o mandado de segurança, o Supremo oficiou ao Senado <sup>(66)</sup> para que a Câmara Alta informasse sobre as alegações constantes da petição inicial, remetendo desta a competente cópia.

Julgamos oportuna a transcrição dessas alegações, não só porque a elas se contrapõe o parecer produzido pelo Senado, como pelo fato de fixarem a convincente posição de seu autor — o advogado JOÃO BATISTA FONTENELE (67) — contrária à suspensão pela Câmara Alta da execução dos atos dos Estados julgados inconstitucionais, quando a declaração de inconstitucionalidade constitui questão prévia do processo de intervenção federal:

“.....

2. Consiste o ato impugnado em **MERO ATO DA MESA DO SENADO**, e, sendo assim, não consubstancia uma lei que, em regra, o mandado de segurança não combate. Como tal, pode perfeitamente ser atacado pelo **remedium juris** do mandado de segurança. Resta pois mostrar os vícios de que o mesmo se encontra eivado, e que o tornam juridicamente nenhum, e com isso se terá justificado a procedência do pedido, que se apresenta com todas as condições para ser atendida, e por cujo deferimento porfiam os intuítos que o legislador constituinte manifestou quando cindiu e, implicitamente, declarou diversos os julgamentos sobre a matéria **política** daqueles sobre matéria **jurídica**.

3. O ato questionado, que teve a finalidade única e exclusiva de suspender a execução da Lei nº 3.780, de 29 de agosto de 1957, do Estado do Ceará, que cria o Município de General Tibúrcio, está concebido nestes termos:

**“Resolução nº 22, de 1959**

Suspende a execução da Lei nº 3.780, de 29 de agosto de 1957, do Estado do Ceará.

**Art. 1º** — É suspensa, nos termos do art. 64 da Constituição Federal, a execução da Lei nº 3.780, de 29 de agosto de 1957, do Estado do Ceará, que cria o Município de General Tibúrcio, estabelece a sua área territorial, e dá outras providências, por ter sido considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão definitiva de 14 de novembro de 1958.

**Art. 2º** — Revogam-se as disposições em contrário.”

4. Ao que se vê, **suspendeu** o ato impugnado a execução daquela Lei nº 3.780, do Estado do Ceará, a qual cria o **MUNICÍPIO DE GENERAL TIBÚRCIO**, ora também impetrante, **por ter sido a mesma considerada inconstitucional** por este Colendo Supremo Tribunal Federal. E este ponto é rigorosamente exato e verdadeiro, como matéria de fato, pois, realmente, o Egrégio Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional aquela Lei nº 3.780.

5. Como, porém, este Colendo Supremo Tribunal considerou inconstitucional essa lei estadual, cuja **execução** ou **eficácia** o ato questionado pretende suspender? Teria sido em processo comum,

no qual houvesse sido proferido um **juízo jurídico**, de que decorrem consectários normais, conhecidos? Absolutamente. Foi em processo especial, senão especialíssimo! Porque foi aquela sua decisão prolatada em processo constitucional de representação. Representação da qual foi **representante** o Ex.<sup>mo</sup> Sr. Dr. Procurador-Geral da República e **representada** a Assembléia Legislativa do Estado do Ceará. É o que tudo se vê do **incluso documento nº 10**. — E do texto desse documento se verifica mais que foi argüida de violação pela Representada, naquela Representação, a letra da alínea VII, e, do art. 7º da Constituição, que é assim concebida:

“**Art. 7º** — O Governo Federal não intervirá nos Estados, salvo para:

VII — assegurar a observância dos seguintes princípios:

e) — autonomia municipal.”

6. A só enumeração dessa verba constitucional revela, de plano, que nela não se trata de matéria jurídica propriamente dita. Trata-se, antes, de **matéria política**, ou de **questão política**, de cuja natureza participa, como obviamente se vê, a **intervenção** do Governo Federal em assunto da economia interna dos Estados. Tanto que o emérito constituinte CLODOMIR CARDOSO, por ocasião da discussão do primitivo projeto de que resultou aquele art. 7º (que em tal projeto figurava como art. 8º), sobre ele, teve conselho de assim se pronunciar, com toda razão:

“Das disposições constitucionais a que os Estados devem obedecer, umas, quando violadas, dão lugar a que todos os prejudicados recorram à justiça. A inobservância de outras, porém, **as que entendem com as matérias de que trata o art. art. 8º, nº VII** (atual art. 7º nº VII), **não constituem matéria judicial**. Nas mesmas condições estão, em geral, os fatos de que o art. 8º trata nas demais alíneas (apud José Duarte, **Const. Brasileira Comentada**, I — pág. 317).

7. Sabe-se também que o que é objetivado, o que constitui a meta final do **processo constitucional de representação** (em que, como na espécie versada se deu, pede o Procurador-Geral da República que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de ato de Estado, com base no referido art. 7º) é a **Intervenção Federal**. Desta, a **Representação** — ou melhor ainda, o julgamento do Supremo Tribunal pela inconstitucionalidade — não é senão medida meramente **preparatória**! Foi o que proclamou este Colendo Supremo Tribunal, no seu Venerando Acórdão de 25-1-1958, relatado pelo Ex.<sup>mo</sup> Sr. Ministro Vilas Boas e proferido na Representação nº 277.

8. Aliás, tudo isso está dito, em termos inconfundíveis, pela disposição constitucional que se subsegue àquele art. 7º Ou seja, precisamente pelo art. 8º da Constituição Federal. Diz ele:

“A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos n.ºs VI e VII do artigo anterior.

**Parágrafo único** — No caso do n.º VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal e, se este a declarar, será **decretada a intervenção.**”

9. Perdoe-se-nos a repetição, que se impõe. Mas como se está vendo, o julgamento do Supremo Tribunal Federal, que considera inconstitucional ato do Estado, nos termos do n.º VII daquele art. 7º, não completa um **processus** todo em si. É simplesmente **parte** dele. E o **todo** do mesmo só se integra normalmente quando sobrevém a medida final da **intervenção** do Governo Federal no Estado. Socorre-nos nessas afirmativas a autoridade de PONTES DE MIRANDA, que, a respeito do assunto, assim se pronuncia, textualmente:

“Temos a apreciação de inconstitucionalidade, como **parte** do processo de intervenção, isto é, como **questão prévia**, na espécie do art. 8º, parágrafo único. O Procurador-Geral da República provoca, em representação, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a lei (Constituição estadual, lei orgânica estadual ou lei estadual ordinária), ou ato que seja por si inobservância dos princípios constitucionais especificados no art. 7º, VII, a a **g**, da Constituição...”

(Comentários à Constituição de 1946 — 2ª Edição — Vol. I, pág. 488.)

10. Ora, se, no caso, o julgamento do Supremo Tribunal declarando a inconstitucionalidade do ato estadual é apenas **medida preparatória**, ou **questão prévia**; se é apenas **parte** de um **processus**, cujo remate é trazido pela **intervenção** do Governo Federal no Estado — lógico, a mais não poder ser, é que tal julgamento encontra na medida de intervenção, a sua **execução específica**. Logo, sem a intervenção, falta ao julgamento ou à declaração de inconstitucionalidade, **executoriedade**. Não tem ele, conseqüentemente, **eficácia** perante o nosso direito constitucional positivo. Na realidade, referindo-se justamente à sua **eficácia**, observar PONTES DE MIRANDA (Obra citada — mesmo vol., pág. 488), que esta, em tal conjuntura, como que

“se dilata, pois a intervenção **suspende** a lei; note-se bem: a intervenção, e não o pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal, ou deliberação do Senado Federal (art. 64).”

E, linhas adiante, acrescenta:

“O julgamento desconstitutivo do Supremo Tribunal Federal somente começa a ter eficácia quando a lei de intervenção é promulgada. Quando essa lei for promulgada, a eficácia constitutiva negativa será completa: a eficácia da lei (Constituição estadual, lei local) está **suspensa**, tal como estaria a de qualquer lei ou decreto, que, fora do caso da intervenção, foi julgado contrário à Constituição e adveio a deliberação do Senado Federal (art. 64). Seria absurdo suspender a eficácia já suspensa; nem se há de pensar em suspensão da eficácia da lei desde o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que é apenas solução da questão prévia **para** a deliberação da intervenção.”

11. Já se mostrou, e é sabido que, nos casos do discutido art. 7º da Constituição Federal, a **intervenção** “será decretada por lei federal” (art. 8º). Mas a verdade é que nem sempre há necessidade daquela lei federal, decretando a intervenção. Pois esta se torna desnecessária quando, realmente, o restabelecimento da normalidade do Estado se opera com a simples **suspensão** de execução do ato argüido de inconstitucionalidade, pelo Congresso Nacional. É o que está dito, com todas as letras, no art. 13 da Constituição:

“Nos casos do art. 7º, nº VII, observado o disposto no art. 8º parágrafo único, o **Congresso Nacional** se limitará a **suspender** a execução do ato argüido de inconstitucionalidade, se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade do Estado.”

12. Esse princípio constitucional é por demais claro. Estabelece a competência do componente do Governo Federal que pratica o ato suspensivo, **the time being**. E diz **competente** para esse fim o Congresso Nacional. O ato de suspensão da lei estadual declarada inconstitucional, portanto, haverá de emanar do Congresso Nacional. Do Congresso como um **todo**. E não de uma só de suas partes. Ainda nesse tocante, nos valem os Pontes de Miranda:

“O art. 13 é claríssimo. O Congresso Nacional é que suspende . . . O Congresso Nacional se limitará a suspender a execução do ato, argüido de inconstitucionalidade; suspenderá a eficácia da Constituição Estadual, da lei, decreto ou ato legislativo, executivo ou judiciário. Não é a decisão pelo Supremo Tribunal Federal que suspende. Se o Congresso Nacional não emite a lei suspensiva, à decisão do Supremo Tribunal falta executoriedade.” (Obra citada, pág. 489.)

13. Ora, ninguém ignora que o Congresso Nacional é composto de Câmara dos Deputados e Senado Federal. Di-lo, aliás, o art. 37

da Constituição. Por isso, não representa o Congresso Nacional só a Câmara dos Deputados. Como não o representa, **sozinho**, também, o Senado Federal. Funciona, legisla, delibera o Congresso Nacional quando se juntam Câmara e Senado. E só! Eis porque o magistério do douto PONTES DE MIRANDA a propósito diz assim:

**“Nem no intervalo entre o julgamento desconstitutivo do Supremo Tribunal Federal e a intervenção pode o Senado Federal suspender a Constituição Estadual. Ou a lei local...”**

Se o Congresso Nacional não adita a lei de intervenção, à decisão do Supremo Tribunal falta executoriedade. **Os interessados podem provocar outro julgamento e só esse seria hábil a determinar a deliberação do Senado Federal, com base no art. 64.”**

14. Mostrado isso, fica visto a todas as luzes que, na espécie em debate, é **juridicamente nenhum** e inválido o ato impugnado, por ser ele suspensivo da “execução da Lei nº 3.780, do Estado do Ceará”, e emanado apenas do Senado Federal. Pois, a execução de tal lei, ao que se disse e redisse, só poderia ser suspensa por ato do Congresso Nacional. — Do Congresso como um todo — na sua composição **au grand complet!** É o que se depreende do texto daquele art. 13. Artigo, aliás, que o ato suspensivo até teria de indicar, dando-o como básico da deliberação.

15. É certo ainda que o ato impugnado, como é visto do seu teor, disse **suspensa** a execução da Lei nº 3.780, de 29 de agosto de 1957, do Estado do Ceará, “nos termos do art. 64 da Constituição Federal”. Mas a esta altura já está demonstrado, a toda evidência, que o art. 64 da Constituição não era e nem é aplicável ao caso. Justo porque só dá **competência** ao Senado Federal para suspender a execução de lei local nos **casos comuns**. Vale dizer: **fora dos casos de intervenção, para os quais a competência legislativa suspensiva** é do Congresso Nacional, como está dito no citado art. 13. Aliás, de outro modo, estaria esse artigo no corpo da Constituição Federal às testilhas e em desarmonia com aquele art. 64, que praticamente o eliminaria.

16. E não foi de modo diverso que o ilustre Senador Atílio Viváqua, membro da Comissão de Justiça do Senado Federal, e nome que se impõe no mundo jurídico nacional, entendeu, na ocasião em que o Projeto da aludida **Resolução nº 22, de 1959** (ato atacado), era submetido à análise daquela ilustre Comissão, quando proferiu o seguinte voto:

**“Vencido. Não se aplica no presente caso o preceito do art. 64 da Constituição, mas o disposto no art. 8º, parágrafo único, e art. 13 da Constituição Federal, visto tratar-se de declaração**

de inconstitucionalidade com base no art. 7º, inciso VII, alínea e, da Lei Magna, decretada em virtude de representação do Procurador-Geral da República. A suspensão de lei julgada inconstitucional cabe, na espécie em exame, ao Congresso Nacional." (V. documento nº 11 — incluso — parte final.)

17. Também o Senador Milton Campos, outro notável jurista e membro daquela Comissão de Justiça do Senado Federal, proferiu voto idêntico, ao ser analisado o projeto da dita **Resolução nº 22, de 1959** (ato contra o qual é endereçado o presente pedido de segurança), pela mesma Comissão, entendendo não ser caso de aplicação do art. 64 da Constituição e sim do art. 13 combinado com o parágrafo único do art. 8º (V. documento nº 11 — incluso — parte final.)

18. Não tem, portanto, o Senado Federal, só por si, competência para **suspender** a execução de lei local, dos Estados, senão nos casos comuns, fora dos casos de intervenção, pois essa faculdade de suspender lei ou ato argüido de inconstitucionalidade, nos processos de representação, quando o pressuposto que se invoca é o inciso VI ou VII do art. 7º da Carta Política da Nação, é atribuída única e exclusivamente ao Congresso Nacional. Ao proceder-se de outra maneira, o dever de assegurar-se o princípio de autonomia dos Estados, consagrado na Carta Maior, estaria sendo descumprido.

19. Está, pois, demonstrado e redemonstrado, sem margem para dúvida razoável, que o Senado Federal praticou, com o ato ora impugnado, um evidente desvio de poder, ou, como dizem os constitucionalistas gauleses, um **détournement du pouvoir**. Ou, por outras palavras, **data venia**, usurpou, com tal ato, competência que não lhe era própria, que não era sua. Daí a total invalidade e a insubsistência jurídica de seu ato, que é ofensivo dos direitos dos impetrantes, dos quais os que são pessoas naturais têm legitimação processual ativa para pleitear-lhe a invalidação, nessa via de segurança, por serem os legítimos representantes do Município de General Tibúrcio, até que a existência deste seja eliminada pelo ato competente do Congresso Nacional.

Isto posto, impetram os suplicantes o presente mandado de segurança, pedindo que seja declarado, como de direito, insubsistente e nenhum o ato impugnado (Resolução nº 22, de 1959, do Senado Federal, que suspendeu a execução da Lei estadual do Ceará de nº 3.780, instituidora do Município de General Tibúrcio), até o advento do ato do Congresso Nacional, na espécie cabível. E requebrem que, com o envio ao Ex.<sup>mo</sup> Sr. Presidente do Senado Federal da segunda via desta e dos documentos que em anexo a acompanham, se lhe dê, como de lei, o prazo devido para a prestação das suas informações, determinando-se, outrossim, que no proces-

samento do feito sejam observadas as disposições cabíveis, da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, e o Regimento Interno deste Colendo Supremo Tribunal Federal.

Termos em que, A. esta com os documentos juntos.

P. Deferimento.

Fortalega, 19 de janeiro de 1960. — PP. **João Batista Fontenele.**”

A posição do Senado sobre o problema, exposta ao Supremo Tribunal, constou de parecer elaborado, não em face das alegações acima reproduzidas, mas quando da apreciação da Representação nº 352, do Estado do Ceará, julgada a 14 de novembro de 1958 e encaminhada à Casa Legislativa pela Corte, com vistas à suspensão da mencionada Lei nº 3.780. Por isso que não responde aos argumentos expendidos pelo Advogado João Batista Fontenele.

O documento, que é da lavra do Senador Jefferson de Aguiar, Relator na Comissão de Constituição e Justiça, reza: (68)

“PARECER Nº 578, DE 1959

**Da Comissão de Constituição e Justiça sobre Ofício nº 771—P, de 2 de setembro de 1959, do Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal, encaminhando cópia autenticada da Representação nº 352, do Ceará, julgada a 14 de novembro de 1958 (inconstitucionalidade da Lei nº 3.780, de 29 de agosto de 1957).**

Relator: Sr. Jefferson de Aguiar.

O Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal, em Ofício nº 771-P, de 2 de setembro do corrente ano, remeteu ao Senado Federal, cópia do Acórdão de 14 de novembro de 1958, na Representação nº 352, do Sr. Procurador-Geral da República, e que julgou inconstitucional a Lei estadual do Ceará, nº 3.780, de 29 de agosto de 1957, a qual elevou à categoria de Município o antigo Distrito de General Tibúrcio, no Município de Viçosa, naquele Estado.

A Representação firmou-se em que a referida lei não obedeceu às exigências previstas na Constituição do Estado, quanto à população mínima e à renda municipal e ainda por não ter havido consulta à Câmara Municipal representada.

O art. 64 da Constituição Federal confere ao Senado Federal a atribuição privativa de decretar a suspensão total ou parcial de leis e decretos julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em decisão definitiva (*res judicata*).

O pronunciamento do Supremo Tribunal Federal há de ser em face da Constituição Federal e os decretos vulneráveis pelo pronunciamento da mais alta Corte e pela medida conferida ao Se-

nado deverão ser do Presidente da República, enuncia Temístocles Cavalcanti ("Constituição Federal Comentada", vol. II, pág. 120). Entende o mesmo constitucionalista que a disposição constitucional coíbe as interpretações judiciais, incumbindo ao Senado Federal — através da anulação do preceito de lei considerado inconstitucional — decretar a *tese* de lei e de seu contexto (*ibidem*, pág. 121).

Se bem que autores falem em veto judicial (Allan Smith, "The Spirit of American Government", pág. 95), a inconstitucionalidade e a conseqüente suspensão da execução do preceito fulminado pelo aresto não tem o merecimento do veto presidencial, mas, por via de conseqüência, atinge o mesmo alvo pela ineficácia da norma (v. **Pontes de Miranda**, "Comentários à Constituição de 1946", vol. II, pág. 48).

**Carlos Maximiliano**, na interpretação do texto constitucional, aponta que a atividade do Senado Federal é restritiva às leis e decretos, neles incluídos os regulamentos, e sempre após pronunciamento definitivo da Corte Excelsa ("Comentários à Constituição Brasileira", vol. II, pág. 118).

O Senado Federal já analisou matéria idêntica, na sua conformação jurídico-constitucional, ao apreciar o Projeto de Resolução nº 9, de 1958 (Pareceres n.ºs 276 e 290, de 1958), promulgando-se a Resolução nº 18, de 7 de julho de 1958, como se decretou a suspensão de execução do art. 2º da Lei nº 2.622, de 18 de outubro de 1955, em decorrência de julgamento definitivo do Egrégio Supremo Tribunal Federal de 5 de janeiro de 1958."

A solicitação formulada é procedente e merece ser amparada, desde que provado de maneira escorreita que o Egrégio Supremo Tribunal Federal decretou a inconstitucionalidade da Lei cearense nº 3.780, de 29 de agosto de 1958, no que concerne à elevação à categoria de Município o Distrito de General Tibúrcio, integrante do Município de Viçosa, no Estado do Ceará.

Diante do exposto, e em cumprimento do art. 64 da Constituição Federal, propomos a adoção do seguinte: (segue-se o Projeto de Resolução).

Sala das Comissões, em 14 de outubro de 1959. **Lourival Fontes**, Presidente; **Jefferson de Aguiar**, Relator; **Ruy Carneiro**; **Rui Palmeira**; **Menezes Pimentel**; **Argemiro de Figueiredo**; **Atilio Viváqua**, vencido. "Não se aplica no presente caso o preceito do art. 64 da Constituição, mas o disposto no art. 8º, parágrafo único, e art. 13 da Constituição Federal, visto tratar-se de declaração de inconstitucionalidade com base no art. 7º, inciso VII, alínea e, da Lei Magna, decretada em virtude de representação do Procurador-Geral da República. A suspensão de lei julgada inconstitucional cabe, na espécie em exame, ao Congresso Nacional.

**Milton Campos, (\*)** vencido, pelos fundamentos do voto que proferiu.

Vale observar que o Relator do Mandado de Segurança nº 7.548 (petição inicial retrotranscrita), Ministro Henrique d'Ávila, no competente relatório, ao dizer sobre o mérito do pedido, reportou-se ao parecer supra: (69)

“.....

Quanto ao mérito, reporto-me às informações e ao Parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado nº 578, de 1959.”

E que o Supremo, por decisão unânime, deixou de conhecer da segurança.

Entre parêntesis, chamamos a atenção para o fato de o Senador Jefferson de Aguiar, em seu pronunciamento, haver-se reportado aos Pareceres nºs 276 e 290, em que o Senado analisa a declaração de inconstitucionalidade em razão da intervenção federal. Um desses pareceres, o de nº 276, refere-se a “brilhantes e exaustivos estudos” desenvolvidos sobre o mesmo tema, também por integrantes da Comissão de Constituição e Justiça da Casa. Objetivando dar uma visão mais ampla do assunto, transcrevemos em nota a matéria referida. (70)

Além do caso acima relatado, outros ocorreram de encaminhamento ao Senado de decisões prolatadas pela inconstitucionalidade de leis estaduais assim declaradas com fundamento nas disposições competentes reguladoras da intervenção federal.

Esse, o procedimento adotado em relação às Representações nºs:

a) 658, relativa à Lei estadual de Santa Catarina nº 959, de 8 de abril de 1964, que criou o Município de Agrônômica, desmembrado do Município de Rio do Sul;

(\*) Coerente, o saudoso Senador seguiu a linha do pensamento que expusera nessa oportunidade, quando, mais tarde, apresentou e discutiu o Projeto nº 9/62 (origem da Lei nº 4.337, de 1.º-6-1964). Leia-se o que disse Milton Campos, então, em resposta ao Senador Jefferson de Aguiar, que lhe solicitou dessa “deslinda adequado”... “ao que ocorre após a consideração e acolhimento da inconstitucionalidade, que é a aplicação do art. 64 da Constituição Federal...”:

“.....

Não preciso dizer a V. Exa. nem ao Senado, encarecendo, aliás, a matéria em debate, que a representação que leva o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade de lei estadual é um processo de intervenção federal, e só por isso, e dito isso, está à vista a gravidade do assunto. De forma que, embora a representação nem sempre suscite maior emoção política, nem sempre suceda dramática, todavia, ela envolve aquilo que Campos Salles chamava “o coração da República”, isto é, envolve o problema das autonomias estaduais. Por isso mesmo, depois de admitir a intervenção branda e branca, que é a intervenção apenas pela declaração de inconstitucionalidade da lei estadual, declaração que, via de regra, produz logo a sua consequência, considerando o próprio Estado existente no ato ou na sua lei, inconstitucionalidade; essa representação sendo um processo ainda que branda de intervenção federal, se se complicar, conduzirá a uma intervenção federal solenemente decretada? Ai, a competência para decretar a intervenção federal não é só do Senado, mas, sim, do Congresso Nacional.

Por isso, no art. 7.º do Projeto se diz:

“Se a decisão final for pela inconstitucionalidade, o Presidente do Supremo Tribunal Federal imediatamente a comunicará aos órgãos estaduais interessados e, publicado que seja o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Congresso Nacional para os fins dos arts. 8.º, parágrafo único, e 13 da Constituição Federal.”

Digo Congresso Nacional. Não digo Senado, porque entendo que a matéria, envolvendo possibilidade de intervenção federal, passa a ser da competência do Congresso Nacional e não só do Senado( pelo menos para sua consequência mais grave e mais solene...”

(DCN (Seção II) 6-4-1962, pág. 432.)

b) 642, pertinente à Lei estadual do Rio Grande do Norte nº 2.942, de 2 de outubro de 1963, que criou o Município de Serrinha, por desmembramento do Município de Santo Antônio, do mesmo Estado.

Em ambas as oportunidades, o Senado baixou as competentes resoluções (83/67 e 53/70). Mas, alertado pelo Supremo e mediante expediente da Corte solicitando a providência, a Casa Legislativa tornou sem efeito aqueles atos por via das Resoluções n.ºs 46/68 e 91/70. (71)

No desenrolar desses entendimentos, um ofício do Supremo Tribunal ao Senado Federal merece destaque, nos tópicos em que o então Ministro Presidente da Corte de Justiça firma entendimento sobre a autoridade competente para suspender a execução da lei declarada inconstitucional, em representação, quando esta constitui fase de processo de intervenção federal.

Leia-se desse Ofício sob nº G-273/67, de 22 de novembro de 1967, os parágrafos seguintes: (72)

“.....  
Há que distinguir entre a inconstitucionalidade do diploma legal, declarada pelo Supremo Tribunal Federal em ações ou mandados de segurança, caso em que compete ao Senado suspender-lhe a execução (Constituição de 1946, art. 64 e Constituição de 1967, art. 45, nº IV), e a inconstitucionalidade declarada em representação, fase de um processo de intervenção federal, caso em que esta se fazia sempre por lei federal (art. 8º da Constituição de 1946), desde que o Estado não se antecipasse em cumprir o acórdão do Supremo Tribunal Federal, limitando-se o Congresso Nacional (art. 13) a suspender a execução do ato inconstitucional, se essa medida bastasse para o restabelecimento da normalidade no Estado. Pela Constituição de 1967, tratando-se de representação, igualmente fase de um processo de intervenção federal, uma vez declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, um decreto do Presidente da República limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida tiver eficácia (§ 2º do art. 11), ficando dispensada a apreciação do decreto do Presidente da República pelo Congresso Nacional, se a suspensão do ato tiver produzido os seus efeitos (§ 2º do art. 12).

*Parece-me resultar claro, assim, que, no primeiro caso (inconstitucionalidade declarada em ações, mandado de segurança etc.), a competência cabe ao Senado; mas, em se tratando de inconstitucionalidade declarada em representação, fundada no art. 8º, parágrafo único, da Constituição de 1946, ou no art. 11, § 1º, letra c, da atual, a competência só poderá caber ao Presidente da República e ao Congresso Nacional.*

Houve equívoco, por conseguinte, da Presidência do Supremo Tribunal, no envio, ao Senado, do Ofício nº 17/P/MC, de 21 de agosto de 1967.

.....”

Em 1974, o Diretor-Geral da Secretaria do Supremo, relatando o ocorrido com as Representações citadas, nºs 658 e 642, comunicou ao Presidente da Corte sobre as dúvidas daquela Secretaria quanto à execução da sentença proferida na Representação nº 878, do Estado de Goiás, do mesmo gênero, solicitando instruções a respeito.

Parece-nos conveniente transcrever alguns tópicos da consulta: (72)

“.....

No momento depara-se a Secretaria, através da Mesa de Matéria Constitucional, com a execução da decisão proferida na Representação nº 878 — Goiás, que decretou a inconstitucionalidade da Lei goiana nº 7.214, de 13 de novembro de 1968, e cuja ementa reza:

“Transferência parcial de território, de um para outro Município, sem prévia consulta plebiscitária. Violação do princípio de autonomia municipal (art. 16, inciso II, da Carta Política de 1967). Inconstitucionalidade da Lei nº 7.214, de 13-11-1968, do Estado de Goiás. Procedência da Representação.”

A hipótese, como se vê, é precisamente aquela a que se referem os dois ofícios retrocitados, isto é, inconstitucionalidade de ato legislativo infringente do princípio contido, hoje, na letra e, do item VII, do art. 10, da Constituição de 1969, ensejadora de intervenção federal, mas cuja execução deve ser suspensa por decreto do Presidente da República, se esta medida tiver eficácia.

O Regimento Interno, entretanto, é omissivo em relação a essa comunicação à Presidência da República. A ela não se refere no seu Título VI — **Da Representação e da Declaração de Inconstitucionalidade**. No art. 180 desse Título VI, apenas se refere à comunicação ao Senado Federal

“no caso do art. 42, VII, da Constituição”,

que não é o caso.

No Capítulo II, do Título XII — **Da Intervenção Federal nos Estados** — apenas se prevê a requisição da intervenção federal ao Presidente da República (art. 326) quando o Tribunal julgar procedente representação do Procurador-Geral da República, nos casos do inciso VII, do art. 10, da Constituição (item IV do art. 323 do RI).

Em pesquisa nos documentos relativos à discussão do Regimento Interno, verificou a Secretaria que o anteprojeto continha o seguinte dispositivo, no capítulo relativo à Declaração de Inconstitucionalidade:

“**Art. 171** — Se for impugnado ato ou lei estadual, e a decisão concluir pela inconstitucionalidade, no todo ou em parte, o Presidente do Tribunal, depois da publicação do

acórdão e de esgotado o prazo para embargos declaratórios, remeterá cópia autêntica:

I — ao Presidente da República, no caso do art. 11, § 2º, da Constituição;

II — ao Presidente do Senado Federal, no caso do art. 42, VII, da Constituição.”

Desse dispositivo, que se transformou no art. 180 do Regimento, foi excluída a comunicação à Presidência da República, sem ser reproduzida no Capítulo da Intervenção Federal.

Pelo exposto, e nos termos do art. 342 do Regimento, a Secretaria solicita instruções para execução do decidido na Representação nº 878, do Estado de Goiás.”

Submetida ao Ministro Rodrigues Alckmin, a matéria foi objeto do seguinte parecer:

“1. A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pelo Supremo Tribunal Federal, tanto pode ocorrer no julgamento de ação direta (Representação, Constituição Federal, art. 119, II, I) como no julgamento de outras ações.

Nesse último caso, o julgamento, reconhecendo a inconstitucionalidade, se limita à não aplicação da norma inconstitucional à espécie examinada. Criou a Constituição Federal, entretanto, “algo de novo, algo de mais próximo ao veto, muito embora só nos resultados, na eficácia, que é a *suspensão da execução*” (Pontes de Miranda, “Com. à Constituição de 1967 com a Emenda Const. nº 1/69”, III, 88). Assim, como a função jurisdicional, no caso concreto, não pode estender a eficácia da declaração de inconstitucionalidade à generalidade dos casos, limitada que está à espécie em apreciação, o Supremo Tribunal Federal comunica o julgado ao Senado Federal que, nos termos do art. 42, VII, da Constituição Federal, suspende a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais.

2. Já nos casos de ação direta, a função jurisdicional, apreciando a representação, se estende à decretação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese. Não vejo, pois, seja necessária a intervenção do Senado, cabível somente quando, por ser a inconstitucionalidade reconhecida no julgamento de caso concreto, a decisão judicial não possa exercer seus efeitos fora da demanda em que proferida. Aqui, sim, a manifestação do Senado Federal é indispensável para dar eficácia geral ao julgamento da inconstitucionalidade, além da espécie apreciada no julgamento.

No caso de representação por inconstitucionalidade, porém, o julgamento se refere à lei ou ato normativo, em tese, e a decisão que os tem como inconstitucionais encerra, em si mesma, o efeito de excluir-lhes a eficácia.

Neste caso, se a representação se apóia no art. 10, VI (primeira parte) ou VII da Constituição Federal, o provimento dela deverá determinar ofício ao Presidente da República, para eventual intervenção no Estado.

Nos mais casos de representação, creio que seria de dar-se ciência do julgado à autoridade competente para executar a lei ou ato normativo para que lhe suste a execução.

Se houver desobediência, então, ocorreria a intervenção federal (CF, art. 10, VI) ou crime de responsabilidade (CF, art. 82, VII).

Creio que foi acertado o entendimento de não oficial-se ao Senado Federal, nos casos de representação.

Brasília, 19 de junho de 1974. — Ministro **Rodrigues Alckmin.**”

Igual entendimento manifestou o Ministro Luiz Gallotti, ao endossar, na qualidade de Presidente da Comissão de Regimento da Suprema Corte, o voto retrotranscrito:

“Estou de acordo com o brilhante parecer do eminente Ministro Rodrigues Alckmin (fls. 10/11), devendo acentuar, entretanto, que a comunicação ao Sr. Presidente da República caberá nos casos de representação como fase de um processo de intervenção federal nos Estados, como ocorre, aliás, no caso presente, que provocou a consulta do Sr. Diretor-Geral (fls. 1/3). Foi o que entenderam os ofícios de fls. 4/5 e 6/7, acolhidos pelo Senado Federal e subscritos, respectivamente, por mim e pelo eminente Ministro Oswaldo Trigueiro.

D.F., 5 de agosto de 1974. — Min. **Luiz Gallotti.**”

O então Ministro Presidente Eloy José da Rocha, em face desses pronunciamentos despachou:

“Proceda-se de acordo com o parecer da Comissão de Regimento, observando o esclarecimento do Sr. Ministro Luiz Gallotti. Na hipótese assinalada por S. Ex<sup>a</sup>, aplica-se o art. 326 do Regimento Interno, combinado com o art. 323, IV. Necessário é que se cuide de requisição de intervenção, regulada no último dispositivo regimental.

Brasília, 19 de dezembro de 1974. — Min. **Eloy da Rocha.**”

A essa altura, já tramitava no Supremo Tribunal Federal uma outra exposição, também do Diretor-Geral da Secretaria da Casa, elaborada com a finalidade de provocar o pronunciamento da Alta Corte de Justiça sobre o processo a ser adotado, nos casos de declaração de inconstitucionalidade de instruções ou resoluções administrativas.

Dera origem à providência o fato de o Supremo haver oficiado ao Senado (73), solicitando a devolução ao Tribunal das cópias das notas taquigráficas e do acórdão proferido na Representação nº 828, do Estado de

Minas Gerais, encaminhada à Casa legislativa, pelo Ofício nº 21/70-P/MC, de 6 de outubro de 1970; e de a Câmara Alta ter encaminhado ao Supremo parecer preliminar da autoria do Senador Accioly Filho, fixando a posição da Comissão de Constituição e Justiça sobre o art. 42, VII, da Constituição, posição divergente daquela assumida pelo Supremo.

Transcreveremos o parecer da CCJ e, a seu tempo, a aludida exposição da Secretaria do Supremo: (74)

“Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA sobre o Of./621-P(d) de 21-8-62, do Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal, encaminhando cópia autenticada do Recurso de Mandado de Segurança nº 6.511, de São Paulo, julgado a 21 de agosto de 1961 (Inconstitucionalidade de Resoluções do Instituto do Açúcar e do Alcool).

Relator: **Senador Accioly Filho.**

1. Quando o Senado exercita a atividade de que trata o art. 42, VII, da Constituição, realiza-a sobre determinada lei ou decreto. Não o faz sobre uma decisão administrativa ou um despacho. O STF pode acoirar e, por isso, fulminar por inconstitucional um despacho de uma autoridade administrativa ou uma decisão adotada num processo. Esse julgamento, todavia, não pode servir de lastro para o exercício, pelo Senado, do poder de suspensão do ato, pois não se trata de lei ou decreto. Provocado em recurso extraordinário ou em mandado de segurança originário, o STF pode declarar a inconstitucionalidade de ato de qualquer natureza, compreendida na expressão “ato” a própria “omissão”. Isso decorre de um dever de prestação jurisdicional.

2. Há que se distinguir, no entanto, no problema da inconstitucionalidade, a verificação destes aspectos — o da declaração da inconstitucionalidade, ou da não aplicação por inconstitucionalidade, e o da declaração mediante representação ou da declaração incidente em julgamento de qualquer causa.

3. É evidente que não só os tribunais, mas também os juízes podem deixar de aplicar uma lei ou um ato do poder público, julgando-o inconstitucional.

Aí não se trata de declaração de inconstitucionalidade, mas de não aplicação de uma lei ou ato julgados inconstitucionais. Essa decisão não tem efeitos senão no caso *in specie*, não pode alcançar outras relações processuais nem obrigar o poder público salvo no caso julgado. Dele também não pode resultar a movimentação do Senado para o exercício da atribuição que lhe é dada pelo art. 42, VII, da Constituição.

4. É certo que, quando ocorre ser suscitada, num caso presente em um tribunal, a inconstitucionalidade da lei ou ato do poder público, essa questão se converte em preliminar para ser julgada pelo tribunal pleno e a este é previamente remetido. Aí, então,

atendido o **quorum** exigido pelo art. 116 da Constituição, o Tribunal pode decidir pela **declaração**, emitindo um julgamento com as características e as conseqüências de uma **declaração**.

5. Doutro lado, essa **declaração** pode ser reclamada numa ação direta, na qual só a questão da inconstitucionalidade é discutida e julgada (art. 119, I, l, da Constituição). Aqui, no entanto, há de se tratar tão-só de lei ou ato **normativo** federal ou estadual, ao contrário da suscitação de incidente de inconstitucionalidade quando não se reclama seja o ato "normativo".

6. Para que de **declaração de inconstitucionalidade** se fale, nos termos do art. 116, da Constituição, é necessário, portanto, que outras condições se reúnam:

a) pela ação direta, que se trate de lei ou ato **normativo** federal ou estadual, haja representação do Procurador-Geral da República e o **quorum** qualificado no STF.

b) por qualquer relação processual, que se trate de lei ou ato do poder público, a decisão seja de um tribunal e tomada pela maioria absoluta de seus membros.

Essas são as condições para que a lei ou ato seja declarado inconstitucional. A simples existência delas, no entanto, não basta para possibilitar ao Senado o exercício de sua atribuição de suspender a execução da lei ou ato declarado inconstitucional. É preciso que, quando não seja o caso de lei, a hipótese seja de decreto.

Neste passo, a Constituição já não mais usa o vocábulo "ato", como faz ao referir-se à ação direta (art. 119, I, l), ou quando trata do **quorum** necessário para a declaração de inconstitucionalidade (art. 116). Se para declarar a inconstitucionalidade, os tribunais podem operar sobre uma lei ou sobre um ato (e normativo, no caso de ação direta), o Senado Federal há de resumir-se tão-só a suspender a execução de lei ou **decreto**.

7. É de toda evidência que **ato** é expressão muito mais ampla que decreto, é o gênero do qual o decreto é espécie.

Não pode, assim, o Senado suspender a execução de resolução, portaria, instrução, despacho, aviso ou qualquer outro ato de órgão da administração pública?

Pelo exame de relance do texto constitucional, visto isolado da realidade, a resposta é negativa. Se se fala em decreto, há de entender-se como aquele ato administrativo assinado pelos chefes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Todavia, há outros atos que, por delegação, são praticados por órgãos subordinados do Poder Executivo, de administração centralizada ou descentralizada e que originariamente eram da com-

petência do Chefe do Poder Executivo. Não só aquelas delegações por expressa permissão constitucional (art 81, parágrafo único), mas sobretudo os atos que, por força do gigantismo da administração pública, paulatinamente passaram à competência de órgãos que foram sendo criados com as atribuições descentralizadas.

Há portarias e atos sob as denominações mais diversas, emitidas por ministros, diretores de serviços, de órgãos subordinados a ministérios, por diretores de sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias, que contêm carga de poderes estatais só não enfeixados nas mãos do Presidente da República por força da necessidade da descentralização. Esses atos, quando normativos, podem lesar direitos de pessoas determinadas ou não, e reclamam também a suspensão de sua execução, para que não voltem a ser aplicados em outras relações jurídicas, diversas daquela na qual houve a declaração de inconstitucionalidade. Interessam à ordem jurídica a estabilidade e a segurança na aplicação de normas. Se estas podem ficar ao sabor das incertezas de variações jurisprudenciais, ou necessitarem de exame judicial na aplicação de cada caso, embora já julgados inconstitucionais, está instalada a dúvida onde deveria residir a segurança.

Assim, é de entender-se que, quando o texto constitucional fala em **decreto**, quer referir-se a atos administrativos com força mandamental e executiva, quer sejam do Poder Executivo, quer do Legislativo e Judiciário. Aquilo de que se necessita, para a intervenção do Senado no procedimento de declaração de inconstitucionalidade, é que o ato tenha também caráter normativo e se corporeifique num documento emitido por autoridade. Se o ato diz respeito tão-só à parte ou às partes que intervieram na relação processual, aí se esgota o procedimento com a simples execução da sentença.

8. Bem por isso não é demasia o Senado tomar conhecimento da declaração de inconstitucionalidade de Resolução do Instituto do Açúcar e do Alcool, que cria encargos financeiros para os produtores de aguardente. Desse teor é a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada por maioria em 21 de agosto de 1961 pelo Tribunal pleno, e encaminhada a esta Casa com o Ofício nº 621, de 21-8-62, do Presidente daquela egrégia Corte.

A dificuldade, no caso, reside tão-só na falta de identificação do ato ou atos julgados inconstitucionais pela Suprema Corte. Trata-se de ofício do Senhor Presidente do Supremo, encaminhando ao Senado cópias autênticas de 14 decisões que declararam inconstitucionais leis estaduais e municipais, resoluções do Instituto do Açúcar e do Alcool e taxa do antigo IAPC. Entre essas decisões, cada uma delas autuada em separado nesta Casa e com tramitação autônoma, figura a relativa ao acórdão proferido no Recurso de Mandado de Segurança nº 6.511, de São Paulo.

A ementa do acórdão está assim redigida:

“Inconstitucionalidade das resoluções do I.A.A. no tocante a requisição e tributação da produção de aguardente. Legislação permissiva, anterior à Constituição de 1946. Caducidade. Recurso em mandado de segurança provido.”

No voto do Relator, o Sr. Ministro Ribeiro da Costa, nenhuma referência se fez a determinada Resolução do Instituto do Açúcar e do Alcool, mas tão-só à “exigência de pagamento de contribuições ao Instituto do Açúcar e do Alcool como condição para aquisição de selo de imposto de consumo sobre aguardente” (fls. 2).

A decisão também não é esclarecedora, segundo os termos constantes da Ata, **verbis**: “Deram provimento ao recurso para declarar inconstitucionais as questionadas resoluções do Instituto do Açúcar e do Alcool...”

É impraticável, assim, para o Senado, cumprir a sua atribuição de suspender a execução do ato do Instituto do Açúcar e do Alcool, quando não se precisa qual é exatamente o documento que dá corpo a esse ato.

Com relação ao **quorum** da decisão, embora não esteja declarado, quer na comunicação, quer no acórdão, que ela foi tomada por maioria absoluta, depreende-se a existência desse pronunciamento pelos votos constantes na ata.

Pelo exposto, o meu parecer é para que se officie ao Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal, pedindo esclarecimentos sobre qual a resolução do Instituto do Açúcar e do Alcool declarada inconstitucional no julgamento do Recurso de Mandado de Segurança nº 6.511, de São Paulo, e se a respectiva decisão transitou em julgado.

Sala das Comissões, em 19 de maio de 1971. — **Daniel Krieger**, Presidente — **Accioly Filho**, Relator.”

Esse parecer não obteve a imediata manifestação do Supremo Tribunal, a despeito de o ofício do Presidente do Senado ao Presidente do Supremo haver sublinhado, ao encaminhá-lo:

“... para esclarecimento da Comissão, e a fim de que possa o Senado, com segurança, praticar, no caso, o ato previsto no inciso VII do art. 42 da Constituição Federal, é que ora tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência.” (73)

Um segundo, um terceiro e um quarto expediente da Câmara Alta para o Tribunal reiteraram a solicitação contida no primeiro. Aguardava-se, porém, na própria Corte Suprema, a decisão provocada pela consulta contida na exposição a que já se aludiu e que abaixo se transcreve: (72)

SENHOR MINISTRO ELOY DA ROCHA

DD. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

A Mesa de Matéria Constitucional, subordinada, administrativa-mente, ao Serviço Judiciário desta Secretaria, mas supervisionada, tecnicamente, pela Comissão de Jurisprudência (art. 31, II, do R.I.), expôs a esta Diretoria uma dificuldade surgida no exercício de suas atribuições, para cujo deslinde venho solicitar as necessárias instruções da Comissão que V. Ex<sup>a</sup> preside.

Trata-se do seguinte:

Nos termos do art. 180 do Regimento Interno, declarada a inconstitucionalidade

“de lei ou ato normativo federal ou estadual (arts. 174 do Regimento e 119, I, I, da Constituição Federal),”

e transitado o acórdão em julgado

“remeterá cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado Federal, nos casos do art. 42, VII, da Constituição”.

Ora, como o art. 42, VII, da Constituição atribui ao Senado Federal competência para suspender a execução apenas

“de lei ou decreto declarado inconstitucional”

pelo Supremo, quer-nos parecer que o Regimento não impõe a comunicação ao Senado, quando a inconstitucionalidade atinge outros atos normativos (que não lei ou decreto) ainda que emanados de autoridades federais ou estaduais, tais como portarias, resoluções, instruções, normas etc.

O Regimento, dessa forma, no seu art. 180, teria atendido à sistemática constitucional, que só exige a interferência do Senado, para a suspensão de atos de natureza legislativa (lei ou decreto), bastando a comunicação da decisão aos órgãos interessados, para sua revogação, no caso de atos de natureza administrativa.

Ocorreu, entretanto, que, inadvertida destes aspectos do problema, a Secretaria elaborou expediente de encaminhamento ao Senado Federal, de cópia de acórdão proferido na Representação nº 828, do Estado de Minas Gerais, que declarou a inconstitucionalidade da Resolução nº 916, de 1º de dezembro de 1969, da Assembléia Legislativa daquele Estado. O Ofício nº 21/70 (Doc. 1) foi encaminhado ao Senado Federal em 6 de outubro de 1970.

Alertada, porém, pelo Diretor-Geral da Secretaria do Senado Federal, esta Diretoria-Geral levou o assunto ao Senhor Ministro Presidente, em exercício, na época, Ministro Aliomar Baleeiro, que concordou em solicitar a devolução do expediente, o que foi feito pelo Ofício nº 22/70-P/MC (Doc. II), de 30 de outubro do mesmo ano.

O pedido de devolução foi assim justificado:

“Motiva esta solicitação a circunstância de ter havido manifesto equívoco no encaminhamento daquele expediente, visto como a citada decisão decretou a inconstitucionalidade não de lei, mas da Resolução nº 916, de 1º de dezembro de 1969, da Assembléia Legislativa daquele Estado.”

Vinha a Mesa de Matéria Constitucional procedendo de acordo com a orientação assim adotada, quando a Presidência deste Tribunal recebeu o Ofício SP/34, de 27 de maio do corrente ano, do Senhor Presidente do Senado Federal (Doc. III), contendo pronunciamento de sua Comissão de Constituição e Justiça, em sentido contrário ao entendimento acima exposto.

Conforme se verifica desse expediente, embora a decisão do Supremo Tribunal Federal, considerando inconstitucionais resoluções do Instituto do Açúcar e do Alcool, date de 1962 (R. M. S. 6.511 — Relator: Ministro Ribeiro da Costa), o relator do processo no Senado Federal, Senador Accioly Filho, aborda o tema da competência do Senado para a suspensão daquelas resoluções, à luz do texto da Emenda Constitucional nº 1, de 1969. E conclui contrariamente à norma adotada nesta Secretaria, entendendo que deve o Senado Federal, mesmo no caso de **atos normativos** de autoridades federais ou estaduais, ainda que autárquicas, exercer a sua competência de suspender-lhes a execução, quando declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Em face da situação exposta, a Mesa de Matéria Constitucional solicita instruções sobre o procedimento a adotar em casos futuros.

Em 25 de outubro de 1971. — **Jayme de Assis Almeida**, Diretor-Geral.”

Integrando o Processo nº 4.477/72, a consulta foi encaminhada à Comissão de Jurisprudência que submeteu a matéria ao Ministro Moreira Alves.

O parecer: (72)

“Trata-se de divergência de interpretação do artigo 180 do Regimento Interno combinado com o artigo 42, VII, da Emenda Constitucional nº 1/69, e divergência entre a Mesa de Matéria Constitucional desta Corte e o Senado Federal. Aquela entende (fls. 3) que o “Regimento não impõe a comunicação ao Senado, quando a inconstitucionalidade atinge outros atos normativos (que não lei ou decreto) ainda que emanados de autoridades federais ou estaduais, tais como portarias, resoluções, instruções, normas etc.”; este — o Senado —, que lhe cabe “mesmo no caso de **atos normativos** de autoridades federais ou estaduais, ainda que autárquicas, exercer a sua competência de suspender-lhes a execução, quando declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal” (fls. 5).

2. Reza o artigo 180 do Regimento Interno:

“Declarada a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, o Presidente do Tribunal imediatamente a comunicará aos órgãos interessados, e, transitado em julgado o acórdão, remeterá cópia autêntica da decisão ao Presidente do Senado Federal, no caso do art. 42, VII, da Constituição.”

Por seu turno, dispõe o artigo 42, VII, da Emenda Constitucional nº 1/69:

“Compete privativamente ao Senado Federal:

.....

**VII** — suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

3. A questão se resume, portanto, em determinar o sentido e o alcance das expressões “lei ou decreto” no inciso VII do artigo 42 da Constituição Federal, para, com base nessa determinação, saber-se quando se aplicará a parte final do artigo 180 do Regimento Interno.

4. Foi na Constituição de 1934 que, pela primeira vez, em nosso direito constitucional, se disciplinou a matéria objeto da presente controvérsia. Fê-lo o artigo 91, IV, que preceitua:

“Compete ao Senado Federal:

.....

**IV** — suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.”

Norma, como se vê, muito ampla, quer quanto ao objeto da declaração de inconstitucionalidade, quer quanto ao órgão judicante que a fez.

Na Constituição de 1937, não há preceito semelhante.

Ele vai reaparecer, bastante restringido, no artigo 64 da Constituição de 1946:

“**Art. 64** — Incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

Em seu “Comentários à Constituição de 1946” (Vol. II, nº 337, págs. 117/118), Carlos Maximiliano examina os trabalhos preparatórios da Constituinte, dos quais resultou a redação acima transcrita, elemento histórico esse que mostra, inequivocamente, a orientação restritiva que foi adotada:

“O Projeto de Constituição estipulava: “**Art. 33** — Compete ainda ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou

em parte, de lei, decreto ou ato, declarados inconstitucionais pelo órgão competente”.

A Emenda nº 892 colimou diminuir o alcance da regra suprema, pelos motivos assim expostos:

“A atribuição que o art. 33 confere ao Senado Federal é de natureza delicada. Deve ser exercida com certa limitação. Parece, pois, conveniente que a suspensão da execução se restrinja às leis e decretos. Conveniente é também que a providência não seja tomada senão em virtude de decisão **definitiva** dos tribunais...”

Por outro lado, a Emenda 1.756 substituiu “tribunais” por “Supremo Tribunal Federal”; e caiu a Emenda 1.755 elaborada com o intuito de conferir ao Senado a competência para suspender, **ex proprio Marte**, a execução das disposições ilegais dos **regulamentos** expedidos pelo Executivo.

Inferese do exposto ser sempre indispensável a declaração **judicial** da inconstitucionalidade, proferida em decisão **definitiva** no pretório mais alto do Brasil. A regra fundamental não atinge **quaisquer** atos, porém leis e decretos, apenas.

Abrange **regulamentos**; porque sempre se apresentam como objeto de **decretos**; porém, neste caso, a Câmara Alta não intervéem por iniciativa própria em defesa da verdade constitucional; aguarda o pronunciamento, em aresto definitivo, da Corte excelsa.”

A Constituição de 1967, em seu artigo 45, IV, manteve a norma em termos idênticos: “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, a qual persistiu, com igual teor, no artigo 42, VII, da Emenda Constitucional nº 1/69.

5. O elemento histórico, portanto, é favorável à interpretação estrita dos termos “lei ou decreto”. Ele, no entanto, não basta. Embora haja autores que lhe dêem grande valor na interpretação constitucional (como salienta LI BASSI, **L'Interpretazione delle Norme Costituzionali**, págs. 42/43, nota 19), a maioria da doutrina não lhe atribui a importância decisiva que lhe conferia RUMELIN (**Gesetz, Rechtsprechung und Volk-betätigung auf dem Gebiete des Privatrechts**, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 122 — ano de 1924 — pág. 272, nota 12), no campo do direito administrativo e constitucional. É ele, antes, elemento que serve para demonstrar — quando concorde — que é correto o resultado a que se chegou pelo emprego do método lógico-sistemático.

6. Interpretando, sistematicamente, a Emenda Constitucional nº 1/69, no tocante à matéria em causa, verifica-se que:

a) ao tratar da representação de inconstitucionalidade para intervenção federal, no artigo 11, § 2º, usa da expressão genérica “ato impugnado”;

b) no artigo 116, estabelece a regra de que, “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de **lei ou ato do poder público**; e

c) na letra I do inciso I do artigo 119, declara que a representação de inconstitucionalidade em tese (ação direta de declaração de inconstitucionalidade) é relativa a “lei ou ato normativo federal ou estadual”.

Parece inequívoco que a emenda, conforme a **finalidade do dispositivo**, se utiliza de expressões genéricas ou restritivas: “ato impugnado”, em se tratando de intervenção federal, para abarcar qualquer ato normativo, ou não, de um dos Poderes do Estado-membro; lei ou ato do poder público, para traduzir, no tocante ao **quorum**, a mesma idéia, de âmbito amplo, que no caso anterior; e, quanto à ação direta de declaração de inconstitucionalidade, das expressões mais restritas “lei ou ato normativo federal ou estadual”, excluídos, portanto, os atos que não sejam normativos, do poder público, bem como leis ou atos municipais, normativos ou não.

O mesmo, aliás, em esfera mais reduzida e isso porque a representação da inconstitucionalidade em tese só foi introduzida em nosso direito constitucional com a Emenda nº 16/65 — na Constituição de 1946; no parágrafo único do artigo 8º, para efeito de intervenção federal, se falava em “ato argüido de inconstitucionalidade”; e, no artigo 200, no concernente ao **quorum** para a declaração de inconstitucionalidade, se aludia a “lei ou ato do poder público”. E a restrição a “lei ou decreto”, no que dizia respeito à suspensão pelo Senado, atendera — como já vimos — ao propósito deliberado de restringir o campo de atuação do Senado em matéria de suspensão de execução.

Se, portanto, conforme a finalidade do dispositivo, a Constituição alarga, ou restringe, o campo de incidência relativo à inconstitucionalidade, nos três casos acima aludidos, nada indica que, em se tratando de norma **que estabelece competência privativa (e que, por isso mesmo, deve ser de interpretação estrita)**, a Constituição usasse de expressões mais limitadas do que pretendia. A restrição não decorre de impropriedade de linguagem, mas, sim, como salientam os trabalhos preparatórios à Constituição de 1946, da natureza delicada da atribuição, a tornar conveniente o seu exercício com certa limitação.

É certo, porém, que a interpretação estrita, no caso, deve ser entendida em termos, porquanto, no terreno do direito constitucional, como salienta CARLOS MAXIMILIANO (“Hermenêutica e aplicação do Direito”, nº 377, pág. 370, 3ª edição), “não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto”, porquanto “dentro da letra rigorosa dele procura-se o objetivo da norma suprema: seja este atingido, e será perfeita a execução”.

Por isso, entendo — como sucede em outras passagens da Constituição — que o termo “lei” abrange qualquer das modalidades de norma jurídica (todas, aliás, leis em sentido formal ou em sentido material) de que trata o artigo 46, referente ao **processo legislativo** (inclusive, pois, as **resoluções** dos Tribunais de Justiça sobre organização e divisão judiciárias, que são leis em sentido material).

Com efeito, não há razão alguma capaz de justificar distinção de tratamento entre essas modalidades de norma jurídica, cujo processo de elaboração a própria Constituição denomina “Processo legislativo”.

Mas, não vou além disso, para considerar que o termo “lei”, empregado no artigo 42, VII, da Emenda Constitucional nº 1/69, abarca — como pretende o Senado — “atos normativos de autoridades federais ou estaduais, ainda que autárquicas”. Quando a Constituição quer aludir a atos normativos, que não leis em sentido formal ou material, se refere a “lei ou ato normativo”, como ocorre no artigo 119, inciso I, letra l. O que implica dizer que distingue a lei, de um lado e de outro, os atos normativos que não se configurem como lei, formal ou materialmente.

9. Essa interpretação encontra, ainda, apoio no Regimento Interno desta Corte. De feito, após aludir, no artigo 174, a “exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que este declare a sua inconstitucionalidade”, acentua, no artigo 180, que cópia do acórdão que declarar a inconstitucionalidade só será enviada ao Presidente do Senado Federal, **no caso do art. 42, VII, da Constituição**, referência evidentemente restritiva, pois inócua se a remessa se fizesse em qualquer das hipóteses em que se admite a declaração de inconstitucionalidade em tese (lei ou ato normativo).

10. Em conclusão, e circunscrevendo-me apenas ao objeto da consulta (sou dos que entendem que a comunicação ao Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade **incidente**, e não, quando decorrente de ação direta, caso em que, se relativa a intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se referente a declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia **erga omnes** e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos), em conclusão — repito — e circunscrevendo-

me apenas ao objeto da consulta, sou de parecer de que só se deverá fazer a comunicação, a que alude a parte final do artigo 180 do Regimento Interno, quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade de lei (que abrange o elenco das figuras compreendidas no artigo 46 da Emenda Constitucional nº 1/69) ou de decreto, e, não, de quaisquer outros atos normativos.

Brasília, 11 de novembro de 1975. — **Moreira Alves.**”

Falaram, ainda, no processo, os demais então integrantes da Comissão de Jurisprudência, Ministros Xavier de Albuquerque e Thompson Flores: (72)

“Concordo com a primeira das conclusões do Sr. Ministro Moreira Alves (fls. 28) relativa ao que se deve entender por **lei**, para o efeito questionado neste processo.

Com relação, contudo, à segunda das conclusões do eminente Ministro, meu entendimento aproxima-se daquele propugnado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Em regra, compete ao Presidente da República — e, por simetria, aos Governadores dos Estados — expedir **decretos** e regulamentos para a fiel execução das leis. Casos há, porém, cada dia mais numerosos, em que a própria lei transfere o poder regulamentar do Chefe do Executivo para outros órgãos da Administração — **v.gr.**, Conselho de Política Aduaneira, Conselho Monetário Nacional, o próprio Instituto do Açúcar e do Alcool etc. — e estes o exercitam mediante **atos normativos** de diferentes denominações, que de **decretos** fazem as vezes. Em tais casos, entendo cabível a suspensão da execução do ato, e necessária, para esse fim, a comunicação ao Senado Federal.”

Em 24-11-75. — Ministro **Xavier de Albuquerque.**”

“De acordo com o parecer de fls. 23/9, com a ampliação, porém, do pronunciamento supra.

DF, 25 de novembro de 1975. — Ministro **Thompson Flores.**”

Tendo o Ministro-Presidente da Corte mandado se procedesse a um levantamento dos casos pendentes do estudo do assunto em tela, em face dos pareceres supratranscritos e de posse da relação dos mesmos casos, despachou: (72)

“DESPACHO

Proceda-se de conformidade com o parecer da Comissão de Regimento, fls. 23/31.

A comunicação ao Senado Federal compreenderá, outrossim, os **atos normativos**, como entendeu a maioria, de resto, em consonância com o parecer do Relator da Comissão de Constituição e Justiça daquela Casa do Congresso Nacional, fls. 8/13.

2. Esclareço no sentido de prevenir dúvidas que, quando a declaração de inconstitucionalidade defluir de ação direta (Representação, Constituição, art. 119, I, I), a solução está no desfecho constante do processo anexo, fls. 13, compreendendo, como é óbvio, os atos normativos aqui considerados.

II. Responda-se o ofício de fls. 7, reiterado a fls. 14 e 15.

III. As comunicações a que se refere o art. 42, VII, da Constituição, devem ser acompanhadas do texto integral do preceito (lei, decreto ou ato normativo), cuja inconstitucionalidade, total ou parcial, foi declarada, além dos demais elementos indispensáveis à suspensão ou não da norma.

Brasília, 18 de abril de 1977. — **Carlos Thompson Flores** — Presidente.”

Em decorrência das decisões retro, o Supremo Tribunal Federal passou a dispensar o seguinte tratamento aos acórdãos que consubstanciem declaração de inconstitucionalidade:

“I — Declaração de inconstitucionalidade em ação direta (Representação do Procurador-Geral — CF, art. 11, c), de lei ou ato de autoridade estadual, por infração dos itens VI e VII do art. 10 da CF:

a) comunicação à autoridade interessada, logo após a decisão;

b) comunicação à Presidência da República, ao transitar em julgado a decisão, para os efeitos do § 2º do art. 11 da CF.

II — Declaração de inconstitucionalidade em ação direta (Representação do Procurador-Geral — art. 119, I, I) de Constituição Estadual, de lei ou decreto federal, estadual ou municipal, de resolução de órgãos judiciários ou legislativos, de atos normativos federais, estaduais ou municipais, de autoridades da administração direta ou autárquica (instruções, portarias, resoluções etc.), por infração de quaisquer outros dispositivos da CF:

— comunicação, **apenas**, à autoridade responsável pela expedição do ato incriminado, dispensada a comunicação ao Senado Federal.

III — Declaração de inconstitucionalidade, em **processo contencioso** em todas as hipóteses previstas no nº II, supra:

a) comunicação às autoridades interessadas, logo após a decisão;

b) comunicação ao Senado Federal, ao transitar em julgado a decisão (art. 42, VII, da CF e 180 do RI).”

Define-se o egrégio Tribunal pela incompetência do Senado para suspender a execução, no todo ou em parte, dos atos declarados inconstitucionais na ação direta de que tratam os itens supra, I e II.

Na hipótese do item II, a Suprema Corte não só dispensa a comunicação ao Senado sobre a decisão, como deixa em aberto a etapa complementar do processo de declaração de inconstitucionalidade — a suspensão do ato ou da norma inconstitucional — etapa necessária nos casos figurados nos itens I e III.

Cumprida à Câmara Alta, que tratou do assunto em pronunciamentos esparsos e não abrangentes, fazer um estudo global da matéria e dispensar atenção especial ao que diz com a declaração de inconstitucionalidade em tese no processo de representação previsto pelo art. 119, I, I, da Carta vigente — o ponto vulnerável do sistema adotado pela Corte de Justiça.

O estudo se impõe, não só porque o Senado vem de perder mais uma de suas atribuições, como porque os dispositivos constitucionais relacionados com a discutida competência estão a exigir clareza, quem sabe, até por via de medida legislativa.

## NOTAS

- 1) in BARCELLOS, Milton. *Evolução Constitucional do Brasil*. Imprensa Nacional. Oficinas Calabouços. 1933.
- 2) *Decretos do Governo Provisório*. Décimo Fascículo. Rio de Janeiro. Imprensa Nacional — 1890, pág. 2.744.
- 3) *Coleção das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil de 1894*. Partes I e II. Rio de Janeiro. Imprensa Nacional. 1895, pág. 16.
- 4) LOUREIRO JUNIOR, José. *O Controle da Constitucionalidade das Leis* — São Paulo. Max Limonad. 1957, págs. 117/118.
- 5) BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira — Comentários*. Rio de Janeiro. Tipografia da Companhia Lito-Tipografia, em Sapopemba. 1902, pág. 245.
- 6) *Coleção das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. I. Rio de Janeiro. Imprensa Nacional. 1903, pág. 92.
- 7) *Ibidem*, vol. I, pág. 76.
- 8) *In op. cit.* acima, nota. 4.
- 9) **LEI Nº 2.271 — DE 22 DE JULHO DE 1954**

**Provê sobre a arguição de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.**

O Congresso Nacional decreta e eu promulgo, nos termos do artigo 70, parágrafo 4º, da Constituição Federal, a seguinte Lei:

**Art. 1º** — Cabe ao Procurador-Geral da República, toda vez que tiver conhecimento da existência de ato que infrinja algum dos preceitos assegurados no artigo 7º, inciso VII, da Constituição Federal, submeter o mesmo ao exame do Supremo Tribunal Federal.

**Parágrafo único** — Havendo representação de parte interessada, a qual deverá ser em 2 (duas) vias, o ato argüido de Inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal, dentro de 90 (noventa) dias, a partir do seu recebimento.

**Art. 2º** — Nesse prazo, por 45 (quarenta e cinco) dias improrrogáveis, contados da comunicação da respectiva assinatura, o Procurador-Geral da República ouvirá, sobre as razões da impugnação do ato, os órgãos que o tiverem elaborado, ou expedido.

**Art. 3º** — A falta, ou retardamento, da manifestação dos órgãos em apreço, não prejudicará a observância do prazo constante do parágrafo único do artigo 1º desta Lei.

**Art. 4º** — Aplica-se ao Supremo Tribunal Federal o rito do processo do mandado de segurança, de cuja decisão caberão embargos caso não haja unanimidade.

**Art. 5º** — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Senado Federal, em 22 de julho de 1954. — **JOÃO CAFÉ FILHO**, Presidente do Senado Federal, (Coleção das Leis de 1954 — Vol. V — Atos do Poder Legislativo — Leis de julho a setembro, págs. 15/16.)

#### 10) LEI Nº 4.337 — DE 1º DE JUNHO DE 1964

**Regula a declaração de inconstitucionalidade para os efeitos do artigo 7º, nº VII, da Constituição Federal.**

**Art. 1º** — Cabe ao Procurador-Geral da República, ao ter conhecimento de ato dos poderes estaduais que infrinja qualquer dos princípios estatuidos no artigo 7º, inciso VII, da Constituição Federal, promover a declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

**Art. 2º** — Se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado, o Procurador-Geral da República terá o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da representação para apresentar a argüição perante o Supremo Tribunal Federal.

**Art. 3º** — O relator que for designado ouvirá, em 30 (trinta) dias, os órgãos que hajam elaborado ou praticado o ato argüido e, findo esse termo, terá prazo igual para apresentar o relatório.

**Art. 4º** — Apresentado o relatório, do qual se remeterá cópia a todos os Ministros, o Presidente designará dia para que o Tribunal Pleno decida a espécie, cientes os interessados.

**Parágrafo único** — Na sessão de julgamento, findo o relatório, poderão usar da palavra, na forma do Regimento Interno do Tribunal, o Procurador-Geral da República, sustentando a argüição, e o Procurador dos órgãos estaduais interessados, defendendo a constitucionalidade do ato impugnado.

**Art. 5º** — Se ao receber os autos, ou no curso do processo, o Ministro Relator entender que a decisão de espécie é urgente em face de relevante interesse de ordem pública, poderá requerer, com prévia ciência das partes, a imediata convocação do Tribunal, e este, sentindo-se esclarecido, poderá suprimir os prazos do artigo 3º desta Lei e proferir seu pronunciamento, com as cautelas do artigo 200 da Constituição Federal.

**Art. 6º** — Só caberão embargos, que se processarão na forma da legislação em vigor, quando, na decisão, forem 3 (três) ou mais os votos divergentes.

**Art. 7º** — Se a decisão final for pela inconstitucionalidade, o Presidente do Supremo Tribunal Federal imediatamente a comunicará aos órgãos estaduais interessados e, publicado que seja o acórdão, levá-lo-á ao conhecimento do Congresso Nacional para os fins dos artigos 8º, parágrafo único, e 13 da Constituição Federal.

**Art. 8º** — Caso não sejam suficientes as providências determinadas no artigo anterior e, sem prejuízo da iniciativa que possa competir ao Poder Legislativo, o Procurador-Geral da República representará ao Congresso Nacional para que seja decretada a intervenção federal nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Constituição Federal.

**Art. 9º** — Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954, entrando a presente Lei em vigor na data de sua publicação. (DO de 4-6-64, pág. 442.)

- 11) "Perfil Constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade". In *Revista de Direito Público*. Outubro-dezembro 1972, nº 22, págs. 78 e segs.
- 12) *Anais da Assembléia Nacional Constituinte*. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro. 1936. Vol. III, págs. 443 a 445.
- 13) *Ibidem*. Vol. III, págs. 513 a 515.
- 14) *Ibidem*. Vol. II, págs. 545 a 547, 548 a 552.
- 15) *Ibidem*. Vol. X, págs. 351/2.
- 16) *Ibidem*. Vol X, págs. 359/360.
- 17) *Ibidem*. Vol. X, pág. 367.
- 18) *Ibidem*, pág. 589.
- 19) *Ibidem*. Vol. XVIII, pág. 177/8.
- 20) **Nº 227**

(Ao Capítulo VI — Do Ministério Público — Artigo 120):

O § 3º do art. 120 passará a figurar como parágrafo único do art. 101. Sala das Sessões, em 23 de março de 1934. — **Adolfo Konder**.

#### **Justificação**

O § 3º do art. 120 está evidentemente deslocado. Não pode figurar entre os dispositivos que tratam da organização e das garantias do Ministério Público.

Refere-se ao processo para objetivar o julgamento da Suprema Corte, quando por este for declarado inconstitucional um dispositivo de lei ou um ato governamental.

É, assim, complemento do art. 101 que se refere à matéria.

Manda a técnica que figure neste lugar. (*Anais da Assembléia Nacional Constituinte*. Vol.XVIII, págs. 200/201.)

#### **21) Nº 473**

Art. 101. Substitua-se pelo seguinte:

**Art. 101** — Só a Corte Suprema poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei ou ato do governo.

§ 1º — O pronunciamento de inconstitucionalidade terá lugar somente pelo voto da maioria absoluta de Ministros.

§ 2º — O Procurador-Geral da República comunicará, conforme a espécie, ao Chefe do Poder Executivo, federal ou estadual, ou à Assembléia Nacional, ou estadual, a decisão tomada, para a revogação da lei ou ato, em decreto motivado, sob pena de responsabilidade.

#### **Justificação**

Reproduzo, aqui, o meu voto ao assinar, com restrições, o substitutivo constitucional.

Allás, esse meu voto está de acordo com as Emendas n.ºs 776, da Bancada Paulista, e 1.236, do Deputado Ferreira de Sousa, não aproveitadas pelo comitê revisor.

Entendo que as decisões do mais alto poder julgador da República não devem ficar letra morta, quando qualquer lei ou ato venha a ser considerado insubsistente por ferir preceito expresso da Constituição Federal.

Se a justiça reconhece e proclama que uma lei ou ato é contra direito expresso, é incompatível com os princípios iminentes à ordem jurídica, viola dispositivo categórico do nosso estatuto básico, não é justo, não é lógico que essa lei ou esse ato assim inquinado de vício continue a ter efeito, permaneça como se não houvesse sido fulminado.

O Legislativo pode, muita vez, estar sob a influência de paixões que o levam a fabricar leis contrárias às normas fundamentais de nossa organização política. O Executivo pode também praticar atos que aberram dos princípios que devem serenamente nortear a sua conduta no trato da coisa pública. Mas ao Judiciário não pode ser alçado o tabéu de faltar ao seu dever ou mentir à honra de sua missão. A ele cabe, sem nada que dúvida faça, pôr limites aos abusos e erros de qualquer autoridade, restabelecendo o direito violado ou repondo-o na sua posição legítima, para manter a unidade do direito.

"O poder político, afirma Rui, é, de sua natureza, absorvente e invasivo, mais invasivo e absorvedor ainda nas câmaras legislativas do que no governo". Para pôr freios e contrapesos a essa avalanche de açambarcamentos e usurpações, que tudo podem sacrificar, e até mesmo abalar os alicerces da nacionalidade, é necessário que se outorgue a um poder, imune de influências e alheio a quaisquer injunções, a força precisa e o prestígio indispensável para opor diques a tantas iniquidades.

Só ao Poder Judiciário, só aos distribuidores austeros da justiça pode ser cometida essa alta incumbência, porque só a eles pode ser confiado o magnífico encargo de serem de fato e de direito a "guarda da Constituição contra as usurpações do presidente e as invasões das maiorias legislativas, contra a onipotência de governos e congressos igualmente irresponsáveis."

Dando a nossa Suprema Corte a faculdade de apreciar a constitucionalidade, ou não, de uma lei ou ato, é necessário que se lhe integre a obra restauradora, para que tenha verdadeira eficiência, com irradiação completa.

A Constituição não é verdadeiramente garantida, diz Kelsen, senão quando a anulação dos atos inconstitucionais é possível.

Essa possibilidade, entre nós, não sofre contestação. O que falta, para que a garantia constitucional não seja desvirtuada, é dar à manifestação do direito, expressa na decisão juridicamente fundamentada, caráter generalizado para que abranja não só o caso concreto submetido à apreciação, mas também avance mais até provocar a insubsistência da lei, ou ato, considerado como incapaz de ser tomado em apreço, pelo seu desrespeito flagrante.

Tanto mais é de convencer que a insubsistência da lei ou ato deve ser decretada, após a decisão da Suprema Corte, quanto é certo que no próprio parecer do eminente Sr. Levi Carneiro (art. 5º da Declaração de Direito). S. Ex.ª incluía como medida de defesa do princípio constitucional, que a qualquer pessoa, ainda que não tivesse interesse direto, fosse facultado pedir a declaração da nulidade, em seu favor, ou para os efeitos regulares, de lei ou ato contrário ao Pacto Fundamental.

Dispositivo dessa espécie reproduzido com alguma alteração no seu voto em separado (item 61) deve ser mantido na nova Carta.

É claro que, se qualquer pessoa, mesmo sem interesse direto, pode pedir à autoridade judiciária a declaração da nulidade, o faz não em caso concreto que

lhe afete imediatamente, mas para efeito geral. Nestas condições, o pronunciamento definitivo deve ter força real, finalidade positiva.

A interpretação e aplicação da Constituição pelo Judiciário não implica de nenhum modo a sua superioridade, sustenta Hamilton, mas supõe que o poder constituinte do povo é superior a todos os outros poderes.

Sendo certo que o juiz se deve subordinar não à lei mas ao direito, é claro que em havendo colisão, deve prevalecer o poder emanado diretamente do povo consubstanciado na Carta Magna.

O Poder Judiciário é, incontestavelmente, o órgão mais idôneo para o controle jurisdicional do respeito à Constituição que é a **vontade direta do povo**, enquanto a lei nada mais é do que a **vontade de seus representantes**.

A supremacia da Justiça em casos que tais é imposta por uma necessidade superior que encontra a sua razão de ser na própria exigência de manter a vontade do povo acima de quaisquer eventualidades. O que está expressamente consignado no art. 4º do Substitutivo.

Não há em se colocar a Justiça nessa preeminência nenhuma diminuição para o Legislativo ou Executivo, tendo aquela, evidentemente, um caráter de perfeita coordenação.

Querer que juizes e tribunais obedeçam incondicionalmente aos imperativos de um ato legislativo, quando este se lhes patenteia violatório da Constituição, importa o mesmo que julgar a Constituição inferior às leis, na lição de Kent.

Story demonstra muito bem que "o poder de interpretar as leis envolve necessariamente a função de verificar se elas se conformam à Constituição, declarando-as vãs e insubsistentes, se a ofendem".

Essa lição do mestre eminente não pode ser esquecida e precisa ser concretizada em dispositivo expresso, como regra indispensável no Estatuto que ora se elabora.

"Em todos os regimes livres, doutrina Rui Barbosa, os poderes políticos têm freios e contrapesos a sua vontade. Sob o governo de gabinete, esses freios e contrapesos estão, quanto ao Poder Executivo, na responsabilidade ministerial, e, quanto às Câmaras legislativas, na dissolução de Parlamento. Com o governo presidencial, onde não existe nem o apelo das maiorias parlamentares para a nação, nem a responsabilidade parlamentar dos Ministros, a garantia da ordem constitucional, do equilíbrio constitucional, da liberdade constitucional, está nesse templo da Justiça, nesse inviolável sacrário da lei, onde a consciência jurídica do País tem a sua sede suprema, o seu refúgio inacessível, a sua expressão final".

Não é possível, de modo algum, supor que possam os juizes e tribunais do País abusar do seu poder e formar a oligarquia judiciária de que tanto se arreceiam os que combatem a supremacia do Poder Julgador Supremo, a pretexto de que esse predomínio conduz à tirania e ao despotismo de um dos órgãos da soberania.

Não acreditamos que isso aconteça.

É preciso que não se deixe à mercê de acaso a decisão, o julgamento do mais elevado tribunal da República quando pronuncia a inconstitucionalidade de uma lei ou ato, apontando-lhe a incongruência, o desrespeito, a postergação de qualquer dos princípios fundamentais consignados na nossa lei básica.

É preciso que essa decisão, esse pronunciamento faça sentir o seu efeito e se imponha no terreno do direito.

Não há que ter medo de qualquer absorção ou invasão, porque, como muito bem disse Rui: "Os tribunais não usam espadas. Os tribunais não dispõem do tesouro. Os tribunais não nomeiam funcionários. Os tribunais não escolhem depu-

tados e senadores. Os tribunais não fazem ministros, não distribuem candidaturas, não elegem e deselegem presidentes. Os tribunais não comandam milícias, exércitos, esquadras. Mas é dos tribunais que se temem e tremem os sacerdotes da imaculabilidade republicana”.

Sala das Sessões, 2 de abril de 1934. — **Alberto Roselli.** (*Ibidem*, vol. XVIII, págs. 207 a 210.)

**22) Nº 1.949**

Reúna-se a matéria dos arts. 60 a 66, 79 a 85, 119 a 121, no seguinte:

**TÍTULO I**

**CAPÍTULO IV — Da Coordenação dos Poderes**

**Art.** — São órgãos de coordenação das atividades governamentais:

- a) o Conselho Federal;
- b) a Justiça Eleitoral;
- c) o Ministério Público;
- d) o Tribunal de Contas;
- e) os Conselhos Técnicos.

**Parágrafo único** — O cidadão investido nas funções de um destes órgãos não poderá exercer as de outro, ou as de qualquer dos Poderes governamentais, salvo as exceções previstas neste Título.

**SEÇÃO I — Do Conselho Federal**

**Art.** — O Conselho Federal compor-se-á de dois representantes de cada Estado e do Distrito Federal, eleitos por oito anos, pelas respectivas Assembléias Legislativas e Conselho Municipal, dentre os cidadãos elegíveis, maiores de 35 anos.

**§ 1º** — O mandato dos Conselheiros renovar-se-á pela metade, em cada Estado e no Distrito Federal, na mesma época da eleição da Assembléia Nacional.

**§ 2º** — Os membros do Conselho Federal gozarão das imunidades, estão sujeitos aos impedimentos e terão subsídio idêntico ao dos membros da Assembléia Nacional.

**Art.** — São atribuições privativas do Conselho Federal:

a) aprovar, ou não, as nomeações dos juizes dos Tribunais Federais e dos membros do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral da República, ressalvado o disposto no artigo..., bem como as designações de chefes de missões diplomáticas no estrangeiro;

b) autorizar os empréstimos externos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) a iniciativa das leis a que se refere o artigo...

**Art.** — Compete ao Conselho Federal:

I — colaborar com a Assembléia Nacional, de acordo com os artigos..., na legislação referente aos seguintes assuntos:

- a) estado de sítio;
- b) sistema eleitoral e de representação;
- c) organização judiciária federal;
- d) tributos e tarifas;

- e) mobilização, declaração de guerra, celebração de paz e passagem de forças estrangeiras pelo território nacional;
  - f) tratados e convenções com as nações estrangeiras;
  - g) comércio internacional e interestadual;
  - h) regime de portos, navegação de cabotagem e nos rios e lagos do domínio da União;
  - i) vias de comunicação interestadual;
  - j) sistema monetário, de pesos e medidas, e banco de emissões;
  - k) socorros aos Estados;
- l) matérias em que os Estados têm competência legislativa, subsidiária ou complementar, nos termos do art. ...;
- II — examinar, em face das respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, suspendendo a execução dos dispositivos ilegais;
- III — propor ao Poder Executivo, mediante reclamação fundamentada dos interessados, a revogação de atos das autoridades administrativas, quando praticados contra a lei ou oriundos de abuso do Poder;
- IV — suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;
- V — organizar o seu Regimento e Secretaria, propondo à Assembléia Nacional a criação e supressão de empregos e os vencimentos respectivos.

**Art.** — O Conselho pleno funcionará durante o mesmo período que a Assembléia Nacional, e será convocado extraordinariamente, pelo seu Presidente ou pelo Presidente da República, sempre que o for a Assembléia Nacional, salvo se esta o houver sido para assunto que não exija a sua colaboração.

§ 1º — No interregno das sessões ordinárias o Conselho funcionará por metade, com representação igual dos Estados e do Distrito Federal, para o desempenho das seguintes atribuições:

- I — velar pela observância da Constituição no atinente às prerrogativas do Poder Legislativo;
- II — exercer as atribuições que os artigos ... lhe conferem em relação ao veto, ao estado de sítio, à licença do Presidente da República e ad referendum da Assembléia, quanto ao processo e prisão de deputados;
- III — criar comissões de inquérito nos casos do artigo 34;
- IV — convocar extraordinariamente a Assembléia Nacional.

**Art.** — Os Ministros de Estado prestarão ao Conselho Federal as informações por este solicitadas, sobre assuntos de sua competência.

.....

### SEÇÃO III — Do Ministério Público

**Art.** — O Ministério Público será organizado na União por lei federal e, nos Estados, pelas respectivas Assembléias Legislativas.

.....

§ 3º — Quando a Corte Suprema, no julgamento de algum feito, declarar inconstitucional dispositivo de lei ou ato governamental, incumbe ao Procurador-Geral da República comunicar, conforme a espécie, ao Presidente da República, ou ao Governador do Estado, ao Presidente da Assembléia Nacional, ou da As-

sembléa Legislativa Estadual e ao Presidente do Conselho Supremo a decisão tomada.

Sala das Sessões, 13 de abril de 1934. — Medeiros Netto — Clemente Mariani — Odilon Braga — Carlota P. de Queiroz — C. Moraes Andrade — Horacio Lafer — Cardoso de Mello Netto — Abreu Sodré — Alcantara Machado — João Guimarães — Soares Filho — Antonio Jorge Machado Lima — Arruda Camara — Jones Rocha — A. C. Pacheco e Silva — Henrique Bayma — T. H. Montelro de Barros Filho — Pacheco de Oliveira — R. Pinheiro Lima — Roberto Simonsen — Negreiros Falcão — E. Magalhães Netto — Francisco Rocha — Manoel Novaes — Gileno Amado — Agamemnon Magalhães — Mario Domingues — Prisco Parafso — Alfredo Mascarenhos — Leoncio Galvão — Arnold Silva — Bias Fortes — Martins Soares — José Braz — Raul Sá — Pedro Aleixo — Gabriel de R. Passos — Lycurgo Leite — Delfim Moreira — Valdomiro Magalhães — Buarque de Nazareth — Cincinato Braga — Hugo Napoleão — Nereu Ramos — Soares Filho — Lemgruber Filho — F. Negrão de Lima — João Jacques Montandon — Vieira Marques — João Marques dos Reis — Abelardo Vergueiro Cesar — Arnaldo Bastos — Euvaldo Lodi, com ressalva das emendas apresentadas por mim — Francisco de Moura — Lauro Passos — José de Sá — João Simplicio — Paulo Filho — Oscar Rodrigues Alves. (Anais, vol. XVII, págs. 333 e segs.)

- 23) Intervenção (pela ordem), sessão de 16-5-1934. Anais. Vol. XXI, pág. 125.
- 24) Diário da Assembléa Nacional nº 142 (28-6-1934); pág. 4.659; nº 151 (7-7-1934); pág. 4.945; nº 146 (2-7-1934); pág. 4.836.
- 25) *Ibidem*. Nº 152 (8-7-1934); pág. 4.995.
- 26) **Organização Nacional**. Primeira Parte: "A Constituição." Nova edição. S. Paulo — Rio de Janeiro — Recife — Porto Alegre. Companhia Editora Nacional. 1933, pág. 340.
- 27) *Ibidem*, págs. 358/9.
- 28) *Ibidem*, pág. 372.
- 29) Emendas ao anteprojeto de Constituição (Municípios e Conselho Supremo). **Anais da Assembléa Nacional Constituinte**. Vol. IV, págs. 242/425.
- 30) *Ibidem*. Vol. XII. págs. 262/263.
- 31) *Ibidem*. Vol. XIII, págs. 381/382.
- 32) *Ibidem*. Vol. XVII, pág. 321/322.
- 33) Parecer pe'a rejeição da Emenda nº 1.503, de autoria do Deputado Abelardo Marinho. **Anais**. Vol. XVII, pág. 371.
- 34) Parecer pela rejeição da Emenda nº 1.848-A, assinada por Silva Leal e outros. *Ibidem*. Vol. XVII, pág. 502.
- 35) *Ibidem*. Vol. XXI, pág. 339.
- 36) *Ibidem*. Vol. XX, págs. 16/17 e 24/25.
- 37) *Ibidem*. Vol. XXI, págs. 241, 247, 249.
- 38) **Diário da Assembléa Nacional**. Ano II. Nº 142. 28-6-34, pág. 4647.
- 39) *Ibidem*. Nº 146. 2-7-1934. pág. 4809.
- 40) *Ibidem*. Nº 142. 28-6-1934, pág. 4647.
- 41) In DUARTE, José. **A Constituição Brasileira de 1946**. Rio de Janeiro. 2º volume. 1947, pág. 134.

- 42) *Ibidem*, pág. 139.
- 43) **Anais da Comissão de Constituição**. Redação de Anais e Documentos Parlamentares. Vol. II. Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro. 1948, págs. 159 e segs.
- 44) *Op. cit.* acima, nota 41, pág. 140.
- 45) **Diário da Assembléia**. 25-4-1946, pág. 1199.
- 46) *Ibidem*.
- 47) *Op. cit.* acima, nota 41, pág. 142.
- 48) **Diário da Assembléia**. 15-6-1946, pág. 2621.

A exigência de que a suspensão do Senado recaísse sobre a execução de ato declarado inconstitucional por sentença definitiva já preocupara o Deputado Costa Neto na Comissão de Constituição.

Em reunião de 23 de abril de 1946 daquela Comissão, o Deputado fizera alusão a emendas suas, aditivas, oferecidas nesse sentido e ao mesmo tempo, com a finalidade de substituir a locução "Poder Judiciário", constante do art. 26 do anteprojeto, por "Supremo Tribunal Federal":

"O SR. COSTA NETO — Sr. Presidente, duas emendas aditivas minhas parece que esclarecem bastante o assunto e dissipam todas as dúvidas que pesam sobre a Casa.

Nessas emendas pediria que, depois da palavra "quando", se acrescentasse "em decisão transitada em julgado" e se substituísse a locução "Poder Judiciário" por "Supremo Tribunal Federal", porque o texto, referindo-se simplesmente a "Poder Judiciário", compreende, também, o Poder Judiciário dos Estados, e é possível que uma decisão transite em julgado em cada um dos Estados, mas parece-me que isso não é suficiente para que o Senado suspenda a execução da lei, o que só poderá fazer, nas condições estipuladas nesse artigo, em dois casos: quando a sentença transitar em julgado ou quando for proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em recurso ordinário ou extraordinário.

Por isso se justificam as duas emendas." (**Anais da Comissão de Constituição** — Vol. II, pág. 161.)

Outras emendas houve, também, pertinentes ao assunto:

"Nº 2.434

#### SEÇÃO III — Do Senado Federal:

Substitua-se o artigo 33 pelo seguinte:

**Art. 33** — Compete ainda ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei, decreto ou ato, declarados inconstitucionais pelo órgão competente por decisão definitiva irrecorrível.

#### Justificação

A suspensão de execução de lei, decreto ou ato, por inconstitucionais, só pode ser feita após decisão judicial, transitada em julgado ou irrecorrível.

Sala das Sessões, 24 de junho de 1946. — **Ruy Almeida**.

Nº 2.435

Ao art. 33 — Substituir a expressão final — "pelo órgão competente" — por "pelo Supremo Tribunal Federal" —

## Justificação

Sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão máximo do Poder Judiciário e já estando a ele atribuída competência para julgar, em recurso extraordinário, as decisões contrárias à Constituição, só a este órgão deverá caber competência para declarar inconstitucionalidade de uma lei e que só é dada quando de todo for impossível uma interpretação concordante com a Constituição e que não leve a uma interpretação absurda. Só a este compete (art. 190) declarar inconstitucionalidade com efeito de obrigar o Senado a suspender a execução da lei, decreto ou ato declarado inconstitucional. Precisamente àquele Tribunal deve reportar-se o disposto no art. 33.

Sala das Sessões da Assembléia Nacional Constituinte, em 24 de junho de 1946. — **Olavo Oliveira — José de Borba — José Alves Linhares — Deodoro Mendonça — Teódulo Albuquerque.** (Anais da Constituinte. Vol. XV. 1948. Imprensa Nacional, pág. 181.)

- 49) **Diário da Assembléia.** 22-6-1946, pág. 2859.
- 50) **Resoluções do Senado Federal.** Subsecretaria de Anais — Senado Federal. Brasília, 1974. Tomo II. 1960-1967, págs. 290 e 308.
- 51) **Diário do Congresso Nacional.** Seção I. 5-11-1965, págs. 9296 e segs.
- 52) **Vide DCN supra.**
- 53) **Diário do Congresso Nacional.** Seção II. 19-11-1965, pág. 4.074.
- 54) **Ibidem.**
- 55) **Resoluções do Senado Federal.** Subsecretaria de Anais — Senado Federal. Tomo III. 1968-1973, págs. 67, 68, 226, 250, 255, 266, 406, 407, 410.
- 56) **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo. Edição Saraiva. 1958, págs.90/91.
- 57) **Comentários à Constituição Brasileira.** São Paulo. Livraria Editora Freitas Bastos. Vol. II. 1948, pág. 118.
- 58) **A Constituição Federal Comentada.** 2ª edição — revista e aumentada. Rio de Janeiro. José Konfino Editor. 1952. Vol. II, págs. 119/120.
- 59) **Comentários à Constituição de 1946.** 4ª edição (revista e aumentada). Rio de Janeiro. Editor Borsoi. 1963. Tomo II, págs. 462/463.
- 60) **Tratado das Constituições Brasileiras.** Rio de Janeiro. Freitas Bastos S.A. 1965. Vol. V, pág. 417.
- 61) **Relação entre os Poderes do Estado (Leituras de Direito Constitucional).** Editor Borsoi. 1959, págs. 307/308.
- 62) **Inconstitucionalidade das Leis (Iniciativa, Emenda e Decretação).** 1ª edição. São Paulo. Sugestões Literárias S/A. 1976, págs. 217/218.
- 63) **Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil.** In **Revista de Direito Público.** Ano I. Abril-junho. 1968, págs. 343 segs.
- 64) In **Revista de Direito Público** cit. acima, nota 11, págs. 103/104.
- 65) Ofício nº 771-P, de 2 de setembro de 1959.
- 66) Ofício nº 263-P, de 20 de junho de 1960.
- 67) Cópia arquivada na Subsecretaria de Edições Técnicas, na pasta — "Constituição Federal — Notas — arts. 54 a 66", organizada pelo Dr. Isaac Brown.
- 68) **Diário do Congresso Nacional (Seção II).** 17-10-1959, págs. 2.455 e 2.456.
- 69) **Diário da Justiça,** de 23-12-1950.

**"PARECER Nº 276, DE 1958**

**Da Comissão de Constituição e Justiça, sobre o Projeto de Resolução nº 9/58, que suspende a execução do art. 2º da Lei número 2.622, de 18 de outubro de 1955.**

Relator: Sr. Lameira Bittencourt.

Como sabido — e nem é novidade para esta Comissão, embora a matéria mul parcas vezes já submetida ao seu exame, pelo art. 64 da Constituição, que no particular se inspirou, e para melhor, na de 34, pois de todo omissa a de 91 — incumbe ao Senado suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Acentue-se bem, desde logo, pela sua relevante significação, para boa compreensão e aplicação do texto constitucional, a expressão "incumbe ao Senado", empregada mul a propósito pelo constituinte para bem caracterizar o que é, mais que simples atribuição facultativa, uma tarefa ou encargo cometido a esta Casa do Congresso.

Com fundamento naquele preceito de nossa Carta Magna, o nobre Senador Nelson Fimro propõe, no Projeto de Resolução nº 9, de 8 de maio último, a suspensão do art. 2º da Lei nº 2.622, de 19 de outubro de 1955, por ter sido declarado inconstitucional por acórdão, transitado em julgado, do Supremo Tribunal Federal.

Em pronunciamento anterior, preliminar, requeremos a juntada da cópia autêntica, ou certidão, de acórdão em apreço e correspondentes notas taquígráficas, o que já foi feito, como se verifica às fls. e do termo de juntada competente constando o dito acórdão de relações enviadas pelo Senhor Ministro-Presidente da nossa mais alta Corte de Justiça.

Vale, nesta altura, esclarecer para melhor ilustração desta exposição preliminar, que o dispositivo cuja suspensão de execução se pede determina que "as gratificações adicionais por tempo de serviço, incluídas nos proventos dos servidores inativos não serão majoradas em virtude do aumento decorrente da alteração do poder aquisitivo da moeda".

Isto posto, não temos por que negar aprovação à proposição do ilustre representante de Pernambuco, que, em nosso sincero entendimento, satisfaz todas as condições exigidas para o fiel cumprimento do art. 64 da Constituição.

E nem a espécie, já agora, depois dos brilhantes e exaustivos estudos dos Pareceres nº 1.120, de 8 de outubro de 1948 (*Diário do Congresso Nacional*, de 13 de outubro de 1948), e nº 563, de 2 de julho de 1957 (*Diário do Congresso*, de 4 de julho de 1957), o primeiro do nosso ilustre ex-colega Professor Ferreira de Souza, e o último da lavra do nobre e preclaro Senador Cunha Mello (principalmente deste por mais substancioso, atual e completo) e ainda dos eruditos e esclarecedores debates recentemente travados nesta Comissão, em torno da exegese do artigo 64 da Constituição, em que tanto se destacaram os proventos Senadores Atilio Vivacqua, Argemiro Figueiredo e Daniel Krieger, e nem a espécie, dizíamos, de agora, depois de tão bem considerada, oferece maiores dificuldades ou controvérsias.

Esclarecido e fixado, por via de tão categorizado subsídio, pode caber a qualquer Senador (independente de provocação do Supremo ou do Procurador-Geral da República) a iniciativa da proposição suspensiva da lei ou decreto julgado inconstitucional, até porque não ser ilícito, na interpretação ou aplicação do preceito constitucional, distinguir, restringir ou excetuar onde esta não o faz, máxime face à clareza e precisão dos seus termos e, ainda — que ao Senado não compete, dentro da atribuição específica — quase diríamos excepcional — que lhe foi conferida pela Constituição, rever, em cada caso, para aceitá-lo ou não, a decisão do Supremo, erigindo-se em

árbitro máximo do seu acerto e procedência (Pontes de Miranda, **Comentários à Constituição Brasileira de 1946**, vol. II, pág. 57), já que doutro modo, arrogando-se funções judicantes estranhas à sua destinação constitucional, estaria invadindo a área de ação de outro Poder, violando, de tal arte, o salutar mandamento do artigo 36 da Constituição, nada mais nos resta senão dar acatamento e cumprimento à regra do precitado art. 64, acolhendo e aprovando o Projeto de Resolução nº 9.

É o nosso parecer.

Sala das Comissões, em 25 de junho de 1958. — **Lourival Fontes**, Presidente — **Lameira Bittencourt**, Relator — **Gilberto Marinho** — **Benedito Valladares** — **João Villas-Boas** — **Rui Palmeira** — **Lineu Prestes** — **Lima Guimarães.**” (DCN (Seção II), 8-7-1958, págs. 1.376, 1.377.)

O Parecer nº 290, de 1958, publicado no mesmo DCN, consiste na redação final do Projeto de Resolução nº 9, de 1958.

Pareceres citados no pronunciamento supra:

#### **“PARECER Nº 1.120, DE 1948**

**Da Comissão de Constituição e Justiça, sobre o Ofício S-34, de 1947.**

Relator: **Senador Ferreira de Souza**

Devidamente provocado pelo Dr. Procurador-Geral da República, agindo este mediante solicitação do Governador do Estado de São Paulo na forma dos arts. 7º nº VII, e 8º, parágrafo único, da Constituição Federal, decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal considerar inconstitucionais os seguintes artigos da Constituição do Estado: 6º, 16, § 2º, 21, i e m, 1ª parte, 37, d, 43, d, 44, 45, 65, a, b, c e d, 66, 77, § 1º, 85, 87 e 146, da Constituição do Estado, e 3º, nº 1 (quanto a feitos), 28 e 30, f, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a ela anexo. Uma vez publicado e passado em julgado o acórdão, atendendo a solicitação do digno Presidente desta Comissão, o egrégio Presidente daquele Tribunal enviou ao Senado cópia integral do acórdão acompanhada das notas taquigráficas relativas ao debate.

2. Trata-se de uma forma nova de decretação de inconstitucionalidade de lei ou de decreto do governo local, conferida pela Constituição com o escopo exclusivo de defender os princípios constitucionais da União. Diverge ela das demais proclamações de inconstitucionalidades nos seguintes pontos:

1º *em que se refere exclusivamente a atos de governos estaduais quando ao Poder Judiciário também se atribui, em outros processos, o poder de declarar inconstitucionais leis ou atos do Governo Federal;*

2º *visa apenas à observância dos citados princípios constitucionais definidos no inciso VII do art. 7º, não podendo estender-se a outras inconstitucionalidades, cuja decretação faz mediante os expedientes processuais comuns;*

3º *trata-se de um julgamento in abstracto, promovido pelo Procurador-Geral da República, quando as outras inconstitucionalidades só se declaram in concreto e por provocação da parte interessada na relação sub judice.*

3. Dessa diversidade de substância decorrem efeitos diversos.

Começa pela extensão da coisa julgada. A importância ligada pela Constituição à infração dos princípios constitucionais impostos aos Estados-membros como um *minimum minimorum* da Federação, a originalidade do processo, até mesmo da competência do Supremo Tribunal Federal, assim provocado sem forma nem figura de julgo, saindo um pouco do terreno clástico do próprio Poder Judiciário, a ausência de um direito subjetivo violado ou ameaçado, tudo isso nos leva à conclusão de que a decisão tem caráter objetivo e prevalece *erga omnes*, matando, praticamente, a lei ou ato por ela apreciados.

4. O mesmo não se verifica em relação às inconstitucionalidades proclamadas no final de processos comuns, contenciosos ou não. Resultantes de discussão entre interessados num dado negócio, visam elas imediatamente a esse negócio **in concreto**, e informam a coisa julgada a ele relativa. São inconstitucionalidades com efeito somente **inter partes**, aplicando-se como a coisa julgada comum.

Certo, é possível ao Senado, por força do art. 64 da Constituição, estendê-la a todos, decretando a suspensão da vigência da lei inconstitucional.

5. Aqui ainda desperta a distinção dos dois casos. A coisa julgada **erga omnes** do primeiro não comporta a indiferença de qualquer dos dois outros Poderes da Federação, sobretudo do Legislativo. Há que cumprir a decisão, apagando do direito positivo a norma condenada. Se o não fizer o próprio Estado pelos seus poderes, não pode a União quedar-se inativa, pois está em jogo a sua própria existência.

Como agir, então?

Dois remédios lhe põe a Lei Magna ao alcance: a intervenção decretada pelo Poder Legislativo, na forma do citado art. 7º, VIII, combinado com o art. 8º e parágrafo único, da Constituição e a suspensão da vigência da lei contrária aos princípios constitucionais, decretável pelo Congresso nos termos do art. 13. Esta, aliás, não deixa de ser uma forma de intervenção sem interventor e alhela ao Poder Executivo, uma intervenção que não altera a formação dos poderes estaduais.

6. A escolha entre essas duas providências é uma questão política, depende do juízo de conveniência. E nisso é soberano o Legislativo, consoante se lê no referido art. 13. A ele cumpre verificar se a medida da suspensão da lei basta para a restauração da legalidade.

A Lei das Leis não determinou a obrigatoriedade da intervenção, não a tornou em consequência irresistível do pronunciamento judicial.

Abre-lhe, apenas, a possibilidade. Não passa o Legislativo a ser, na hipótese, um executor de sentença, subordinado a uma forma de agir única, sem possibilidade de escolha.

Poder independente dos demais, tem de colaborar na solução realizando a regra da harmonia.

Cumpra-lhe examinar o caso, estudar as disposições inconstitucionais, analisar-lhes a razão, perquirir-lhes a natureza, penetrar-lhes o sentido, aprofundar-se mesmo na intenção dos seus autores, para verificar se elas traduzem uma oposição clara ao regime, uma tentativa de lhe forçar os quadros, um expediente antifederativo, um espírito de revolta contra a União.

Há que considerar ainda o caráter excepcional da intervenção, medida extrema, de graves repercussões na estrutura do País, capaz de provocar abalos e à qual só deve recorrer o governo central quando impossível qualquer outra forma de restauração da lei federal.

O princípio, a que não fugimos até por imperativo geográfico e quase fatalidade histórica, é do da autonomia do Estado-membro. Contrariá-lo é atingir o regime no seu núcleo, é tocar no que ele tem de mais delicado e de mais sensível.

Sempre que a supremacia da União puder ser respeitada por outros expedientes legais, não há como preferir o mais chocante e doloroso.

7. Há de ainda o Legislativo verificar o êxito possível das medidas que escolher, tendo, sobretudo, em vista que a intervenção cessa quando cessado o seu motivo, na forma do art. 14, da Constituição. Há de indagar como

agir sobre o Legislativo, como revogar a lei inconstitucional, ou como substituí-la por outra. Há que certificar-se se o Executivo com ele se acumpliciou no ato ou se é a este indiferente ou dele vítima. Allás a intervenção contra o Legislativo é, nestes casos, difficilíma. Que melos empregará a União? Cassar mandatos? Nomear legisladores ou determinar nova eleição?

Se não bastar a suspensão de vigência, é que os outros Poderes conspiram também contra a Constituição Federal. Haverá, então, intervenção no próprio Poder Executivo.

8. A hipótese, evidentemente, não exige tal medida que teria de ser feita não pela substituição, alnda temporária, do Governador do Estado, pois foi este, justamente, quem reclamou contra os artigos da Constituição Estadual proclamados inconstitucionais, mas, sim, contra a própria Assembléia Legislativa, o que seria difficilímo.

Logo, basta suspender a vigência das normas anuladas, valendo destacar não haver a Assembléia tentado pô-la em execução.

9. Trata-se de lei da competência exclusiva do mesmo Congresso Nacional, ou seja, de lei que independe de sanção. Pouco importa havê-la omitido o art. 66. Foi um lapso do constituinte. Apenas um lapso, pois a redação do art. 13 é precisa:

"Nos casos do art. 7º, nº VII, observado o disposto no art. 8º, o Congresso Nacional se limitará a suspender a execução do ato arguido de inconstitucionalidade, se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade no Estado."

A expressão "Congresso Nacional" traduz uma competência exclusiva. Em nenhum outro ponto da Lei Magna ela é empregada sem este sentido. Sempre que quer aludir à atividade do mesmo Congresso em colaboração com o Poder Executivo, fá-lo o Código Supremo de forma clara, como se lê no art. 65. E todas as vezes em que usou da expressão "Congresso Nacional", reportou-se aos atos da sua competência privativa como se lê nos arts. 37, 38, parágrafo único, 39, parágrafo único, 45, 65, 87 VII, VIII, IX, X, XVII e XVIII.

E é perfeitamente lógica a solução. A exigência da colaboração do Poder Executivo na formação das leis pela sanção se liga ao princípio da interdependência dos poderes, mas se justifica também pelo fato de caber ao mesmo Poder Executivo executá-las.

Na hipótese, nenhum desses motivos forçaria a sua exigência quando se trata de suspender a execução de atos inconstitucionais dos governos dos Estados.

Não age o Congresso arbitrariamente nem isoladamente. Pelo contrário. Só lhe é ilícito pronunciar-se a respeito depois de fazê-lo o Supremo Tribunal Federal, vale dizer o órgão máximo do Poder Judiciário. Sempre dois poderes colaborando. Por outro lado, o Executivo ao qual incumbe executar as intervenções (art. 12), nada tem que ver com esta forma de superintendência da União sobre os Estados. É de considerar na analogia com o art. 64, que atribui ao Senado idêntica função nos casos normais de inconstitucionalidades decretadas pelo Judiciário.

10. Nestas condições, embora não se trate de iniciativa privativa sua, cumpre ao Senado, seja porque órgão correspondente aos Estados-membros da Federação, seja pela analogia referida, propor a providência apontada

Donde oferecer a Comissão de Constituição e Justiça o seguinte:

### PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 47, DE 1948

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º — Fica suspensa definitivamente a execução dos arts. 6, 16, § 2º, 21, i e m, 1ª parte, 37, d, 43 d, 44, 45, 65, a, b, c e d, 66, 77, § 1º, 85,

87 e 146, da Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 9 de julho de 1947, bem como do art. 3º, nº 1 (quanto a prefeitos). 28 e 30, f, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da mesma Constituição, por infringentes da Constituição Federal, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal.

Sala das Comissões, em 8 de outubro de 1948. — **Waldemar Pedrosa**, Vice-Presidente — **Ferreira de Souza**, Relator — **Vergniaud Wanderley** — **Lúcio Corrêa** — **Olavo Oliveira**, pela conclusão — **Arthur Santos** — **Filinto Müller** — **Eteivino Lins.**” (DCN de 13-10-1948, pág. 10173/3.)

#### “PARECER Nº 563, DE 1957

**Da Comissão de Constituição e Justiça — sobre o Ofício nº S-1, de 1957, do Presidente, em exercício do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, transmitindo o pensamento do mesmo Conselho, em relação ao Acórdão do Supremo Tribunal Federal que julgou inconstitucional a Lei nº 2.970.**

Relator: **Sr. Cunha Mello**

O Ofício nº S-1, de 1957, traz ao Senado comunicação de deliberações tomadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em sua sessão de 4 de dezembro de 1956, assim enumeradas:

“1) manifestar-se pela perfeita constitucionalidade, juridicidade e conveniência da Lei nº 2.970, que alterou o art. 875, caput, do Código do Processo Civil;

2) manifestar, para orientação dos Conselhos Seccionais e de todos os causídicos inscritos, na Ordem dos Advogados do Brasil, que é lícito ao advogado requerer, perante qualquer Tribunal, a aplicação da Lei nº 2.970, em cada caso concreto e usar dos recursos cabíveis se esta for denegada, até que o Egrégio Supremo Tribunal Federal profira decisão válida e definitiva sobre a constitucionalidade da lei referida;

3) representar ao Senado Federal contra a suspensão da execução da atudida lei, por não se ter verificado, por enquanto, o pressuposto para a aplicação do art. 64, da Constituição;

4) oficial aos Presidentes dos Conselhos Seccionais solicitando informações sobre se está sendo aplicada pelos Tribunais de Justiça dos Estados a Lei nº 2.970, e comunicando que a questão está a depender de pronunciamento do Senado Federal, na forma do art. 64 da Constituição, tendo o Conselho Federal deliberado pleitear perante o Senado a não suspensão da execução da lei;

5) promover a reforma do Regimento do Conselho Federal, a fim de nele introduzir a modificação instituída pela Lei nº 2.970, de modo que as partes ou seus patronos passem a sustentar oralmente suas razões após o voto do Relator;

6) declarar, para os devidos fins, que o advogado **Carlos Castilho Cabral**, ao apresentar e defender, como Deputado, o Projeto 44, transformado na Lei nº 2.970, prestou serviço relevante ao aperfeiçoamento das Instituições jurídicas, à boa distribuição da Justiça e à classe dos Advogados;

7) aguardar-se para dizer sobre os termos de justificação dos votos proferidos no Supremo Tribunal Federal, após sua publicação oficial, que é prometida para breve pelo **Diário da Justiça** de 1º do corrente, que publicou a ata da 65ª sessão do referido Supremo Tribunal Federal.”

Veio a representação desacompanhada de qualquer documento, até mesmo da decisão contra qual ela foi feita.

Daí, termos convertido o processo em diligência para que nos fossem enviados elementos imprescindíveis ao parecer que, sobre ele, devíamos emitir.

Com esse propósito, solicitamos do Sr. Procurador-Geral da República a remessa de cópia autêntica da decisão contra a qual se representou, bem assim das notas taquigráficas contendo os debates e votos dos Senhores Ministros do Supremo Tribunal sobre o assunto.

Pedimos-lhe mais que nos enviasse também detalhadas comunicações dos julgados daquela Egrégia Corte sobre inconstitucionalidade de leis, a partir da vigência da Constituição de 1946.

Fomos, na primeira parte, pronta e satisfatoriamente atendidos.

Quanto à segunda, certamente, por não existir, na Secretaria do Supremo Tribunal, um serviço de registro de suas decisões, nem mesmo daquelas que julgam inconstitucionais certas leis estaduais e federais, o nosso pedido não pôde ser considerado, com os detalhes que desejávamos.

Enviou-nos o operoso e digno Procurador-Geral uma relação das causas — representações, agravos, mandados de segurança, recursos extraordinários, em que houve julgamento de inconstitucionalidade de leis, sem ao menos assinalar se estaduais ou federais, indicando apenas os números dos diversos recursos.

Refere-se essa relação, ao período de 1950 a 1956. Nesse período, 95 vezes foram julgadas leis inconstitucionais.

Havíamos solicitado informações sobre tais julgamentos, no período de 18 de setembro de 1946 para cá, isto é, na vigência da atual Constituição Federal.

É interessante transcrevermos, nesse parecer, a relação que nos foi enviada, em cuja leitura, embora sem os necessários esclarecimentos, se vem a saber quanto é abundante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em matéria de inconstitucionalidade de leis.

Eis a sóbria relação, apenas cheia de números:

1950 — Recurso Extraordinário ...	9.863 —	Ementário nº	1
1950 — Recurso Extraordinário ...	16.697 —	Ementário nº	4
1950 — Recurso Extraordinário ...	15.451 —	Ementário nº	6
1950 — Recurso Extraordinário ...	16.636 —	Ementário nº	14
1950 — Recurso Extraordinário ...	12.356 —	Ementário nº	10
1950 — Recurso Extraordinário ...	12.408 —	Ementário nº	22
1951 — Recurso Extraordinário ...	14.861 —	Ementário nº	49
1951 — Recurso Extraordinário ...	19.499 —	25-10-51	
1951 — Recurso Extraordinário ...	17.754 —	Ementário nº	44
1951 — Recurso Extraordinário ...	16.135 —	Ementário nº	59
1951 — Recurso Extraordinário ...	15.861 —	Ementário nº	59
1951 — Recurso Extraordinário ...	15.615 —	Ementário nº	68
1951 — Recurso Extraordinário ...	19.448 —	Ementário nº	70
1951 — Recurso Extraordinário ...	18.251 —	Ementário nº	59
1951 — Recurso Extraordinário ...	17.145 —	Ementário nº	64
1951 — Recurso Extraordinário ...	19.011 —	Ementário nº	43
1951 — Recurso Extraordinário ...	16.580 —	Ementário nº	31
1951 — Recurso Extraordinário ...	15.425 —	Ementário nº	54
1951 — Recurso Extraordinário ...	8.048 —	Ementário nº	54
1951 — Recurso Extraordinário ...	16.413 —		
1951 — Represent. ...	143 —	Ementário nº	38
1951 — Recurso Extraordinário ...	15.150 —	Ementário nº	58
1952 — Recurso Extraordinário ...	21.278 —	Ementário nº	111
1952 — Recurso Extraordinário ...	19.656 —	Ementário nº	94

1952 — Recurso Extraordinário ...	19.887 —	Ementário nº 96
1952 — Recurso Extraordinário ...	15.965 —	Ementário nº 103
1952 — Recurso Extraordinário ...	20.325 —	Ementário nº 103
1951 — Agr. Instr. ...	15.188 —	Ementário nº 82
1952 — Recurso Extraordinário ...	16.580 —	Ementário nº 83
1952 — Recurso Extraordinário ...	19.193 —	Ementário nº 94
1952 — Recurso Extraordinário ...	20.504 —	Ementário nº 100
1952 — Recurso Extraordinário ...	18.556 —	Ementário nº 101
1952 — Recurso Extraordinário ...	20.700 —	Ementário nº 94
1952 — Recurso Extraordinário ...	10.625 —	
1952 — Recurso Extraordinário ...	19.873 —	Ementário nº 103
1952 — Recurso Extraordinário ...	19.800 —	Ementário nº 94
1952 — Recurso Extraordinário ...	16.683 —	Ementário nº 85
1952 — Recurso Extraordinário ...	19.157 —	Ementário nº XC
1952 — Recurso Extraordinário ...	19.083 —	Ementário nº 81
1951 — Recurso Extraordinário ...	19.281 —	Ementário nº 81
1951 — Recurso Extraordinário ...	15.965 —	Ementário nº 71
1951 — Recurso Extraordinário ...	19.477 —	Ementário nº 72
1952 — Recurso Extraordinário ...	19.193 —	Ementário nº 108
1952 — Recurso Extraordinário ...	16.706 —	15.343
1952 — Recurso Extraordinário ...	19.645 —	Ementário nº 115
1952 — Recurso Extraordinário ...	15.417 —	Ementário nº 99
1952 — Recurso Extraordinário ...	20.452 —	Ementário nº 106
1952 — Recurso Extraordinário ...	16.733 —	Ementário nº 104
Reprs. ...	164 —	Ementário nº 94
1953 — Agr. Instr. ...	16.029 —	Ementário nº 155
1953 — Recurso Extraordinário ...	20.343 —	Ementário nº 151
1952 — Agrv. Instr. ...	15.546 —	Ementário nº 146
1952 — Recurso Extraordinário ...	18.681 —	Ementário nº 118
1952 — Mand. Segurança ...	3.090 —	Ementário nº 152
1952 — Recurso Extraordinário ...	22.219 —	Ementário nº 152
1954 — Recurso Extraordinário ...	19.645 —	Ementário nº 177
1954 — Recurso Extraordinário ...	24.679 —	Ementário nº 196
1953 — Recurso Extraordinário ...	17.754 —	Ementário nº 162
1954 — Recurso Extraordinário ...	22.897 —	Ementário nº 179
1954 — Mand. Seg. ...	2.341 —	Ementário nº 195
1954 — Recurso Extraordinário ...	23.795 —	Ementário nº 182
1954 — Mand. Seg. ...	2.266 —	Ementário nº 185
1953 — Recurso Extraordinário ...	23.655 —	Ementário nº 169
1954 — Recurso Extraordinário ...	24.575 —	Ementário nº 193
1954 — Recurso Extraordinário ...	25.336 —	Ementário nº 191
1955 — Repres. ...	201 —	Ementário nº 229
1955 — Recurso Extraordinário ...	28.750 —	Ementário nº 233
1955 — Recurso Extraordinário ...	25.633 —	Ementário nº 224
1955 — Recurso Extraordinário ...	14.454 —	Ementário nº 233
1955 — Recurso Extraordinário ...	28.001 —	Ementário nº 242
1954 — Recurso Extraordinário ...	26.643 —	Ementário nº 206
1954 — Recurso Extraordinário ...	25.793 —	Ementário nº 205
1954 — Recurso Extraordinário ...	17.057 —	Ementário nº 205
1955 — Mand. Seg. ...	2.472 —	Ementário nº 230

1955 — Represen. ...	204 —	Ementário nº 245
1954 — Mand. Seg. ...	2.494 —	Ementário nº 207
1954 — Recurso Extraordinário ...	26.555 —	Ementário nº 209
1955 — Mand. Seg. ...	2.656 —	Ementário nº 233
1955 — Recurso Extraordinário ...	28.613 —	Ementário nº 238
1954 — Recurso Extraordinário ...	25.520 —	Ementário nº 206
1955 — Recurso Extraordinário ...	25.554 —	Ementário nº 217
1956 — Recurso Extraordinário ...	29.659 —	Ementário nº 262
1955 — Recurso Extraordinário ...	28.655 —	Ementário nº 254
1956 — Repres. ...	251 —	Ementário nº 254
1956 — Recurso Extraordinário	30.830 —	Ementário nº 281
1956 — Recurso Extraordinário ...	29.938 —	Ementário nº 256
1956 — Rec. M. Seg. ...	2.741 —	Ementário nº 250
1955 — Recurso Extraordinário ...	17.057 —	Ementário nº 248
1956 — Rec. M. Seg. ...	3.640 —	Ementário nº 274
1956 — Recurso Extraordinário ...	31.140 —	Ementário nº 266
1956 — Recurso Extraordinário ...	28.665 —	Ementário nº 254
1956 — Repres.	252 —	Ementário nº 280
1956 — Recurso Extraordinário ...	27.372 —	Ementário nº 244
1956 — Recurso Extraordinário ...	29.243 —	Ementário nº 279
1956 — Recurso Extraordinário ...	30.350 —	Ementário nº 255

Considerando-se que ao Senado não chegou, por qualquer forma, o conhecimento de quase totalidade dessas decisões, que ficaram no silêncio dos autos e nas publicações, tão retardadas e pouco lidas do **Diário de Justiça**, praticamente, o art. 64 da Constituição Federal, pela pouca aplicação, quase se torna letra morta.

Pode mais parecer que o próprio Supremo Tribunal, proferindo julgamentos tão numerosos e de tanta relevância, tais quais sejam os de considerar leis inconstitucionais não tem como, *data venia*, deveria ter, interesse na autoridade de suas decisões, pugnando pela suspensão dessas mesmas leis.

Evidentemente, essa situação não deve prevalecer.

Supremo Tribunal, Procurador-Geral da República, Senado ou Interessados nas decisões proferidas, ficam, assim, responsáveis, ao menos, por omissão, pela permanência no corpo das leis do País, de leis que, inconstitucionais, devam ser dele retradas.

Se o Supremo Tribunal Federal julga uma lei inconstitucional, dessa sua decisão deve o Senado ter conhecimento, para que possa exercer a incumbência que lhe outorga o art. 64 da Constituição.

No seu Regimento, deve a nossa mais alta Corte Judiciária cogitar do assunto, em proveito mesmo da autoridade dos seus julgamentos.

.....

Não obstante a pouca aplicação que tem tido o art. 64 da Constituição Federal, decorrente da falta de comunicação do Supremo Tribunal ao Senado sobre decisões suas julgando leis inconstitucionais, o citado dispositivo tem sido objeto de agitada controvérsia.

Nesta Casa do Congresso Nacional, vários dos seus membros, desde 1936, se têm manifestado sobre o assunto, notadamente os Senadores Thomaz Lobo, em 1936 (Parecer na Comissão de Coordenação de Poderes), Ferreira de Souza, em 1953.

Nesta Comissão, já tivemos ensejo de emitir um Parecer, nº 215, sobre o Projeto de Lei nº 29, do Senado.

Sem maior estudo do assunto, nos enfileiramos à opinião daqueles dois colegas.

Agora, porém, com mais estudo e meditação, já não estamos pela conclusão por eles adotada.

No art. 64 da Constituição Federal não se deu ao Senado uma faculdade, mas, a atribuição de complementar as decisões sobre inconstitucionalidade de leis proferidas pelo Supremo Tribunal, no exercício de competência privativa, de supremo intérprete da Constituição.

Nem se diga que, assim interpretado aquele artigo, o Senado, como órgão de um outro Poder, perde na sua autonomia, fica reduzido a mero executor de decisões do Poder Judiciário.

O princípio da independência e harmonia dos três Poderes do regime se exerce, se pratica, nos termos postos na Constituição.

Se ao Poder Judiciário, pelo seu mais alto órgão — Supremo Tribunal Federal — foi conferida, em tais termos, a competência do supremo intérprete da Constituição, árbitro final da constitucionalidade das leis, ao Legislativo, no caso o Senado, de acordo com a Constituição, ficou reservada a incumbência de executar a decisão por aquele proferida, em espécie, suspendendo a lei julgada inconstitucional *in casu* retirando-a do corpo da legislação do País. De proclamar a inconstitucionalidade *erga omnes*.

Com essa interpretação do art. 64 da Constituição, não se diminui o Senado, nem se dá supremacia ao Poder Judiciário, ao Supremo Tribunal.

Reconhece-se a um e a outro o que o texto constitucional lhes atribuiu.

Os que sustentam ter o Senado, no art. 64 da Constituição, uma faculdade e não uma obrigação, pensam que, não suspendendo ele a lei julgada inconstitucional, a autoridade da respectiva decisão não é afetada por qualquer forma. Eis que a *res judicata pro veritate habetur* prevalece entre as partes em que ela foi agitada e proferida. Prevalece *in casu*.

Para chegar-se a essa conclusão, ter-se-á como inútil aquele dispositivo constitucional.

Ele não seria necessário.

A nosso ver, atribuído-se ao Senado, não como simples faculdade, mas, como dever, a incumbência de suspender a lei inconstitucional, assim declarada pelo Supremo Tribunal, no exercício de competência sua, na Constituição expressamente estabelecida, teve-se objetivo mais alto. Esse objetivo, a decisão proferida não podia realizar.

Objetivou-se defender a normalidade jurídica do País, evitando-se que uma lei viciada por tão grave jaça, uma lei inexistente por ser contrária à Lei Maior, continue em curso, a provocar sobre sua aplicação novas controvérsias, outras demandas.

Novas controvérsias e demandas, perante outros juízes e tribunais de toda a Federação.

Não se reduziu o Senado à "categoria de registro de títulos e documentos judiciais". Não se rebaixa um Poder quando se lhe impõe cumprir os atos dum outro, praticados no exercício de sua competência constitucional.

Muito bem diz o Sr. Temístocles Cavalcanti:

"A intervenção do Senado visa, antes de tudo, expurgar do corpo de leis e decretos aqueles preceltos que não podem ser aplicados por terem sido fulminados pelo Supremo Tribunal Federal.

Com a medida impede-se nova manifestação judicial e evita-se decisão contraditória do mesmo tribunal na interpretação do mesmo preceito, o que tem ocorrido com relativa freqüência muitas vezes acertadamente, corrigindo-se erro na interpretação primitiva."

O Sr. Seabra Fagundes, ex-magistrado e grande jurista, a propósito da própria Lei nº 2.970, escreveu um parecer de notável lucidez do qual, *data venia*, ocorre-nos citar e transcrever estes trechos:

"Pretender que o Senado recuse suspender a execução da lei, caso o Supremo lhe faça, para tanto, a necessária comunicação, atribuindo

a essa atitude a força de convalidar o texto declarado inconstitucional, ou, pelo menos, de desprestigiar o pronunciamento de Inconstitucionalidade, se nos afigura absolutamente indefensável. Juridicamente e politicamente. Juridicamente porque, no sistema da nossa Constituição, o Supremo é o árbitro final da constitucionalidade das leis, não cabendo ao Senado, nem de longe, rever os seus critérios. Se o admitíssemos estaríamos tornando ao malsinado e infelicíssimo sistema do art. 96 da Carta de 1937, segundo o qual o contencioso de constitucionalidade das leis tinha a sua palavra final, não no juízo jurídico dos tribunais, porém no critério político do Parlamento. Quando o art. 64 da Constituição vigente incumbe ao Senado suspender a execução de lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal, tem uma finalidade estritamente política e de alcance limitado. Não visa a um reexame, pela Câmara Alta, das razões jurídicas do Pretório Supremo. O seu objetivo é permitir a complementação política do julgado, pela sua extensão a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, porquanto só alcançando as decisões judiciais as partes em cada feito, apesar de declarada inconstitucional uma lei, cada um dos demais indivíduos afetados por ela terá, não obstante isso, de suportar os ônus de uma demanda para fugir à sua incidência. Pacífica a Inconstitucionalidade, por assentada pelo Supremo Tribunal, o Senado, suspendendo a execução da lei, cobre com a proteção do julgado quantos, no País, apesar da declaração de Inconstitucionalidade, ainda teriam de ajulzar ações para se liberar dos efeitos do ato legislativo. As autoridades executivas não seriam obrigadas a conhecer e acatar a decisão do Supremo para um caso individual. Mas se a lei é suspensa, têm elas o dever de não a aplicar. A suspensão reveste um sentido genérico, que não tem o julgado. Equivale a uma revogação e os agentes executivos são tão obrigados a conhecê-la, como o são a conhecer o direito positivo vigorante no País. O que pode o Senado, no exercício dessa atribuição política, é retardar a suspensão do ato inconstitucional, atendendo a certas conveniências, nunca, no entanto, como se tem insinuado, por considerar o julgado errôneo juridicamente, ou mal inspirado. Menos ainda por tê-lo como atentatório à missão legislante do Congresso, pois quando o Supremo Tribunal diz que o Poder Legislativo exorbitou está exercendo função que lhe foi confiada pela Lei Suprema (art. 101, nº III, letras b, c e d, e art. 200), e desse exercício não podem resultar melindres. Também o Presidente da República quando veta uma lei não fere o Congresso, ainda que declare fazê-lo por contrário o texto ao interesse nacional (Constituição, art. 70, § 1º), nem o Poder Executivo se pode sentir atingido quando as Câmaras legislativas recusam converter em lei um projeto por ele a elas enviado (Constituição, art. 67). Essas contradições são naturais na dinâmica do regime, cujo êxito, aliás, repousa, em parte, na sua possibilidade. Mas o Senado, tendo diante de si uma comunicação de pronunciamento de inconstitucionalidade, pode considerar que, estando em elaboração legislativa lei destinada a reger a matéria objeto do ato declaratório inconstitucional, em termos que fogem aos havidos por conflitantes com a Carta Magna, deva aguardar a promulgação do novo texto. Fa-lo-á sob a consideração política de que não convém proclamar, sem restrições, a inexistência de legislação sobre aquela matéria, quando na iminência de corrigir-se a falha. Com isso evitará a repercussão psicológica de um hiato em determinado setor do direito positivo (tributário, penal etc.). Terá em conta que, embora inconstitucional a lei, muitos preferirão sujeitar-se a ela, ao invés de suportar os trabalhos e encargos próprios das demandas judiciais. Manter uma situação dessas por longo tempo será menos defensável, mas fazê-lo em virtude de circunstâncias especiais e brevemente superáveis é razoável. Pode também o Senado, diante de uma decisão tomada por pequena maioria de votos e na iminência da aposentadoria compulsória de alguns ministros, aguardar que a tese do aresto se repita num próximo julgado."

Estamos de inteiro acordo com a opinião expandida nesse parecer, fazendo-lhe apenas uma pequena restrição.

Entendemos que, para o exercício da competência que lhe dá o art. 64 da Constituição, o Senado não fica subordinado à comunicação do Supremo Tribunal sobre a decisão proferida.

Pode ele exercer sua missão no assunto, por iniciativa de qualquer dos seus membros, por comunicação do Procurador-Geral da República, até por meio de representação de quem quer que seja, interessado ou não na decisão proferida. (Art. 141, § 37.)

Subordinar o exercício da atribuição conferida ao Senado, no art. 64 da Constituição, a uma comunicação do Supremo Tribunal sobre os seus julgamentos, declarando leis inconstitucionais, seria privá-lo de exercer a mesma atribuição.

Neste mesmo parecer, apontamos 95 decisões do Supremo Tribunal, julgando leis inconstitucionais, das quais apenas duas ou três chegaram ao conhecimento do Senado.

Em comentário consciencioso sobre o art. 64 da Constituição Federal, escreveu o nosso saudoso companheiro Lucio Bittencourt:

**"Suspensão pelo Senado Federal — Para obviar aos inconvenientes que decorrem desse fato, a Constituição atribui ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.**

A Constituição não prescreveu o processo para que o Senado tenha conhecimento da inconstitucionalidade, nem a forma que há de revestir o ato previsto, sendo, neste particular, menos explícita do que a Constituição de 1934, que previa expressamente sobre o assunto. O ato do Senado, porém, não é optativo, mas deve ser baixado sempre que se verificar a hipótese prevista na Constituição: **decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.**

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do art. 64 da Constituição é apenas **tomar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos.** Dizer que o Senado "suspende a execução" da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo "inexistente" ou "ineficaz", não pode ter **suspensa a sua execução.**"

Entendemos, em conclusão, que, no art. 64 da Constituição, não se deu ao Senado uma faculdade, isto é, o arbítrio de suspender ou não as leis julgadas inconstitucionais, em decisão definitiva, pelo Supremo Tribunal Federal.

Deu-se-lhe a atribuição de complementar as decisões em tal sentido, retendo, por ato seu, as referidas leis do curso da legislação do País.

Mas, muito bem escreveu o nosso saudoso ex-colega Lucio Bittencourt:

**"A necessidade, porém, de existência de um caso ou controvérsia real não importa dizer que o juiz seja forçado a aguardar a alegação das partes para se manifestar sobre a eficácia da lei, em face da Carta Constitucional. A afirmação de Carlos Maximiliano de que o Judiciário não pode agir *sponte sua*, mas está obrigado a esperar que os interessados reclamem contra o ato, precisa ser entendida em termos. Efetivamente, só uma demanda real dá ensejo ao pronunciamento dos juizes, mas, instaurado o processo, não está a justiça subordinada à alegação da parte para julgar inaplicável à hipótese a lei inconstitucional.**

Esta não existe como lei e, por conseqüência, o juiz se recusará a aplicá-la, ainda mesmo que os litigantes, na sua unanimidade, a considerem boa e válida. Os juizes e tribunais, portanto, ao decidir uma causa, podem e devem, **ex officio**, independentemente de alegação da parte, declarar a inconstitucionalidade da lei supostamente aplicável ao caso.

**Cabe ao juiz aplicar a lei ao caso sujeito** — explica Barbalho — “mas o ato contrário à Constituição não é “Lei” e a justiça não lhe deve dar eficácia e valor contra a Lei suprema”. — (Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis — fls. 113.)

O ex-senador mineiro, em sua opinião acima transcrita, val mais longe. Não focalizou uma questão regimental, a ser decidida como de ordem dos julgamentos, como ocorreu na espécie em foco.

A nosso ver e com muita pertinência, mesmo com sabedoria, a questão de ordem levantada pelo Ministro Ary Franco sobre a constitucionalidade da Lei nº 2.970, foi oportunamente levantada e, também oportunamente, resolvida.

Não era possível que tal questão, argüível em todos os processos, de ordem dos trabalhos de todos os julgamentos, ficasse a aguardar um **caso concreto** para ser resolvida. Devia, sim, ser resolvida, como foi, para todos os casos, **genericamente**.

Segundo se depreende da ratio decidendi sobre a Inconstitucionalidade da Lei nº 2.970, a matéria, nela regulada, foi tida como regimental, e não processual.

Verificou-se, pois, uma Inconstitucionalidade decorrente da incompetência do poder legisferante.

Invasiu-se faculdade privativa do Poder Judiciário, tal qual seja a de organizar o regimento dos seus tribunais.

Na decisão proferida, defendeu o Supremo Tribunal Federal sua competência constitucional.

A distinção entre matéria estritamente regimental e processual não é fácil.

Encontramo-las confundidas em diversas leis.

O próprio Supremo Tribunal, como repara o Sr. Seabra Fagundes, no trabalho a que já nos referimos, algumas vezes, não as tem distinguido:

“O Supremo entendeu que a Lei nº 2.970, tendo disposto sobre o momento do uso da palavra pelos advogados, por ocasião dos julgamentos, interferiu com a regulação da ordem dos seus trabalhos, o que é matéria regimental. E sendo da competência de cada tribunal, por força do art. 97, nº II, da Constituição, elaborar o respectivo regimento, o ato do Congresso, invadindo esse campo privativo das cortes de justiça, tornou-se conflitante com a Lei Suprema. Assim formulado o problema, transplanta-se ele para o campo da natureza e do conteúdo das disposições regimentais. A lei é Inconstitucional por ter invadido o âmbito da matéria regimental. Mas como conceituar a matéria estritamente regimental? Se é fácil fazê-lo em se tratando de horários e dias de sessões, precedência dos magistrados no que diz com os assuntos submetidos ao plenário, ou a propósito da organização dos serviços internos dos tribunais (divisão em seções, denominações e atribuições de servidores, subordinações hierárquicas etc.), não o é, no entanto quando se está diante de normas, formalidades ou termos dos julgamentos, pois aqui as matérias regimental e processual se confundem muitas vezes, sendo praticamente impossível distingui-las. Veremos a seguir, pelos próprios precedentes do Egrégio Supremo Tribunal, que o que se poderia afigurar, **prima facie**, estritamente próprio do regimento interno, aparece freqüentemente nas leis processuais, limitando-se o regimento a repeti-las. E sendo a lei em matéria de processo, o principal, cabe ao regimento ceder a ela,

quando ambos se mostrem conflitantes. Esse foi, aliás, o critério que, adotou o Código de Processo Civil (art. 1.049), sem suscitar controvérsias, apesar de muitas modificações terem sido impostas, pelos seus dispositivos, aos regimentos dos diferentes tribunais do País.

Essa interpretação de leis de processo e textos regimentais é, de resto, menos grave na sua significação jurídica do que a que ocorria em certos setores, entre o direito material e o direito formal, quando da União a competência para legislar sobre o primeiro e aos Estados competindo dispor sobre o segundo (Constituição de 1891). Todavia, sempre se superou a dificuldade, em casos típicos como o da legislação sobre falência, na qual era impossível separar, sensatamente, as disposições materiais das do processo, pelo prevailecimento da competência mais importante — a da União, que dizia com o direito substantivo — sobre a de menor relevo — a dos Estados, no concernente à forma.

O único critério de conteúdo, a que se pode recorrer para extremar a matéria regimental da de processo, é o da economia interna. Será regimental o que disser com a economia interna dos tribunais. No entanto, longe está esse critério de oferecer base segura à distinção. Basta exemplificar com alguns casos fora do Código de Processo Civil ou dentro dele, para o constatar-mos."

Não considerando a Lei nº 2.970 Inconstitucional, os Ministros Luiz Galotti e Hanemann Guimarães declaram-na:

"uma inovação subversiva, radical, profunda do atual sistema processual."

Vê-se que os próprios Ministros, votos vencidos na decisão que julgou a citada Lei nº 2.970 Inconstitucional, reconheceram-na

"como inconveniente, como inovação subversiva."

Faca às razões da decisão proferida pelo Supremo Tribunal, ocorrendo a inconstitucionalidade por ele decretada da falta de competência do Congresso Nacional para legislar sobre o assunto, de regimento e não de processo, como se considerou na mesma decisão, tratando-se de caso que tanto agitou e vem agitando juízes e advogados, ambos igualmente interessados e responsáveis pela normalidade jurídica do País, opinamos pela suspensão da Lei nº 2.970, de 24 de novembro de 1956.

E, com esta conclusão, oferecemos o seguinte Projeto de Resolução:

"Artigo único — Fica suspensa, de acordo com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 30 de novembro de 1956, a execução da Lei nº 2.970, de 24 de novembro de 1956, por infringente do art. 97, nº II, da Constituição Federal."

Sala das Comissões, em 2 de julho de 1957. — Argemiro de Figueiredo, Presidente, em exercício — Cunha Mello, Relator — Benedicto Valladares — Gilberto Marinho — Daniel Krieger — Abetardo Jurema — Lima Guimarães, pela conclusão — Lourival Fontes." (DCN (Seção II). 4-7-1957, págs. 1.383 e segs.)

- 71) Resoluções do Senado Federal. Subsecretaria de Anais — Senado Federal. Tomo II. 1960-1967, págs. 405 e 417; Tomo III, págs. 31 e 109. Ofícios pertinentes, expedidos do Supremo para o Senado: 273/67, de 22 de novembro de 1967, e 30/70 — P/MC, de 11 de novembro de 1970 (cópias obtidas na Secretaria do STF).
- 72) Documento obtido no Supremo Tribunal Federal.
- 73) *Ibidem* (Ofício nº 22/70-P/MC, de 30 de outubro de 1970).
- 74) Documento obtido através da Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal.

## **Sociedades Anônimas e Mercado de Valores Mobiliários**

Foi lançado, no I Congresso de Direito Econômico realizado em Brasília, o livro "Sociedades Anônimas e Mercado de Valores Mobiliários" editado pela Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal.

A obra, com mais de 350 (trezentos e cinquenta) páginas, apresenta o quadro comparativo da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.), confrontada, dispositivo a dispositivo, com o Decreto-Lei nº 2.627/40 e a comparação da Lei nº 6.385/76 (mercado de valores mobiliários) com a Lei nº 4.728/65 (mercado de capitais). Notas explicativas contêm o histórico das inovações e legislação correlata.

### **A "Revista de Informação Legislativa" no Instituto dos Advogados Brasileiros**

O Presidente do Senado Federal, Senador Petrónio Portella, recebeu do Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros o seguinte ofício:

PR-366/78

Rio de Janeiro, 22 de maio de 1978

Excelência:

É-me grato salientar a V. Ex<sup>a</sup> a ótima acolhida que têm recebido, no Instituto dos Advogados Brasileiros, as publicações editadas por iniciativa da Casa Legislativa a que V. Ex<sup>a</sup> preside.

Notadamente a *Revista de Informação Legislativa* tem sido muito procurada pelos frequentadores da nossa Biblioteca onde é devidamente guardada e fichada.

Essa publicação é, na verdade, aqui, muito lida pelos consulentes da Biblioteca, pela alta qualidade da matéria que encerra, e colaboradores que a assinam.

A longa trajetória, que já tem essa Revista, e a sua insistente procura e consulta recomendam-na como paradigma das publicações no gênero.

Com este testemunho, que, repito, me é grato prestar, apresento a V. Ex<sup>a</sup> os protestos da minha mais alta consideração.

*Reginaldo de Souza Aguiar*  
Presidente

### **Reforma do Sistema de Penas**

A Direção da *Revista de Informação Legislativa* recebeu do Diretor Geral do Departamento Penitenciário Federal o seguinte telegrama:

Queira aceitar calorosos agradecimentos remessa volume 54 *Revista de Informação Legislativa*, cujo histórico e documentação acerca refor-

ma sistema penas instituída Lei 6.416/77 constitui trabalho valiosíssimo compreensão nova política penitenciária Ministério Justiça implantada Ministro Armando Falcão e coordenada Secretário-Geral Paulo Cabral, sem olvidar contribuição Prof<sup>a</sup> Armida Bergamini Miotto.

Atenciosamente *Helio Fonseca*, Diretor-Geral Departamento Penitenciário Federal.

## ***IV Feira do Livro da Universidade Federal do Piauí***

A Subsecretaria de Edições Técnicas participou da IV Feira do Livro da Universidade Federal do Piauí, realizada em Teresina, de 3 a 8 de abril, enviando exemplares de suas mais recentes publicações para exposição naquela mostra.

### ***Editora Universidade de Brasília***

A Editora Universidade de Brasília, em nova fase de atividade, deseja prestigiar os eruditos brasileiros, publicando seus trabalhos. Os interessados deverão comunicar-se com o Professor David Gueiros Vieira, Presidente da Editora Universidade de Brasília, Campus Universitário — Asa Norte — Ap. 15 — 70.000 — Brasília — DF.

## ***Bibliografia de Publicações Oficiais Brasileiras***

Será publicada, no segundo semestre deste ano, a Bibliografia de Publicações Oficiais Brasileiras.

A obra, primeira do gênero com tal amplitude, compreende mais de 4.000 (quatro mil) títulos editados no período de 1975 a 1977 no âmbito da Administração Pública Federal, direta e indireta, e pelos Órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário.

É uma iniciativa da Comissão de Publicações Oficiais Brasileiras com vistas à divulgação, no Brasil e no exterior, da produção editorial dos órgãos oficiais. O trabalho, coordenado pela bibliotecária Antonia Castro Memória Ribeiro, Chefe da Seção de Recebimento e Controle de Publicações Nacionais da Biblioteca da Câmara dos Deputados, adota as entradas de acordo com o Anglo American Cataloguing Rules — AACR, obedecendo a descrição bibliográfica à International Standard Bibliographic Description — ISBD (ed. Standard de 1977).

## ***Normalização de Publicações Oficiais***

Está sendo elaborado pela Comissão de Publicações Oficiais Brasileiras o Manual de Normas Mínimas de Editoração destinado aos editores oficiais.

A publicação visa a orientar os editores no cumprimento das normas legais e da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), racionalizando a produção de livros e periódicos.

# Obras publicadas pela Subsecretaria de Edições Técnicas

## "REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA"

	Cr\$
— n <sup>o</sup> 1 (março/1964) .....	10,00
— n <sup>o</sup> 2 (junho/1964) .....	esgotada
— n <sup>o</sup> 3 (setembro/1964) .....	"
— n <sup>o</sup> 4 (dezembro/1964) .....	"
— n <sup>o</sup> 5 (março/1965) .....	"
— n <sup>o</sup> 6 (junho/1965) .....	"
— n <sup>o</sup> 7 (setembro/1965) .....	"
— n <sup>o</sup> 8 (dezembro/1965) .....	"
— n <sup>o</sup> 9 (março/1966) .....	"
— n <sup>o</sup> 10 (junho/1966) (reimpressão) .....	30,00
— n <sup>o</sup> 11 (setembro/1966) .....	esgotada
— n <sup>o</sup> 12 (outubro a dezembro/1966) (reimpressão) ....	25,00
— n. <sup>os</sup> 13 e 14 (janeiro a junho/1967) (reimpressão) ....	15,00
— n. <sup>os</sup> 15 e 16 (julho a dezembro/1967) .....	esgotada
— n <sup>o</sup> 17 (janeiro a março/1968) (reimpressão) .....	20,00
— n <sup>o</sup> 18 (abril a junho/1968) (reimpressão) .....	30,00
— n <sup>o</sup> 19 (julho a setembro/1968) .....	10,00
— n <sup>o</sup> 20 (outubro a dezembro/1968) .....	10,00
— n <sup>o</sup> 21 (janeiro a março/1969) .....	10,00
— n <sup>o</sup> 22 (abril a junho/1969) .....	esgotada
— n <sup>o</sup> 23 (julho a setembro/1969) .....	10,00
— n <sup>o</sup> 24 (outubro a dezembro/1969) (reimpressão) ....	esgotada
— n <sup>o</sup> 25 (janeiro a março/1970) .....	esgotada

	Cr\$
-- nº 26 (abril a junho/1970) (reimpressão) .....	20,00
-- nº 27 (julho a setembro/1970) .....	esgotada
-- nº 28 (outubro a dezembro/1970) .....	esgotada
-- nº 29 (janeiro a março/1971) .....	esgotada
-- nº 30 (abril a junho/1971) .....	15,00
-- nº 31 (julho a setembro/1971) .....	15,00
-- nº 32 (outubro a dezembro/1971) .....	15,00
-- nº 33 (janeiro a março/1972) .....	15,00
-- nº 34 (abril a junho/1972) .....	15,00
-- nº 35 (julho a setembro/1972) .....	15,00
-- nº 36 (outubro a dezembro/1972) .....	15,00
-- nº 37 (janeiro a março/1973) .....	20,00
-- nº 38 (abril a junho/1973) .....	25,00
-- nº 39 (julho a setembro/1973) .....	25,00
-- nº 40 (outubro a dezembro/1973) .....	20,00
-- nº 41 (janeiro a março/1974) .....	15,00
-- nº 42 (abril a junho/1974) .....	25,00
-- nº 43 (julho a setembro/1974) .....	35,00
-- nº 44 (outubro a dezembro/1974) .....	20,00
-- nº 45 (janeiro a março/1975) .....	30,00
-- nº 46 (abril a junho/1975) .....	30,00
-- nº 47 (julho a setembro/1975) .....	30,00
-- nº 48 (outubro a dezembro/1975) .....	30,00
-- nº 49 (janeiro a março/1976) .....	30,00
-- nº 50 (abril a junho/1976) .....	30,00
-- nº 51 (julho a setembro/1976) .....	30,00
-- nº 52 (outubro a dezembro/1976) .....	30,00
-- nº 53 (janeiro a março/1977) .....	30,00
-- nº 54 (abril a junho/1977) .....	30,00
-- nº 55 (julho a setembro/1977) .....	30,00
-- nº 56 (outubro a dezembro/1977) .....	30,00

“ÍNDICE DA REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA — NÚMEROS 1 a 50” — enviaremos gratuitamente a quem nos solicitar.

“JORNALISMO” — LEGISLAÇÃO (1963) ..... esgotada

“DIREITO ELEITORAL”

— Ementário (legislação, projetos, jurisprudência) (1963) esgotada

“REFORMA AGRÁRIA”

— Projetos em tramitação no Senado Federal, projetos de Emenda à Constituição, mensagens presidenciais, legislação (1963)

— Projetos em tramitação na Câmara dos Deputados (1963)

— Debates parlamentares — Senado Federal (1963) ..... esgotada

## "DIREITO DE GREVE" (Edição de 1964)

- Histórico do Direito de Greve no Brasil
- Constituinte de 1946
- Legislação e projetos então em tramitação no Congresso Nacional
- Origem da Lei nº 4.330, de 1º-6-64
- Jurisprudência dos Tribunais
- Pareceres da Consultoria-Geral da República ..... esgotada

## "VENDAS E CONSIGNAÇÕES" (Edição de 1965)

- Histórico da Lei nº 4.299, de 23-12-63 (esta obra é atualizada em artigos publicados na *Revista de Informação Legislativa* n.ºs 15/16, pág. 217, e nº 30, pág. 239) .... esgotada

## "LEGISLAÇÃO DO GOVERNO REVOLUCIONÁRIO"

- Decretos-Leis n.ºs 1 a 318 (Governo Castello Branco) — legislação correlata — 4 volumes ..... esgotada
- Atos Institucionais — Atos Complementares — Decretos-Leis e legislação citada ou revogada — Índices cronológico e por assunto — Governo do Presidente Costa e Silva — dos Ministros Militares respondendo pela Presidência e do Presidente Emílio G. Médici:
  - 1º volume, contendo 268 páginas
    - Atos Institucionais n.ºs 1 a 4
    - Atos Complementares n.ºs 1 a 37
    - Decretos-Leis n.ºs 319 a 347 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto ..... esgotada
  - 2º volume, contendo 314 páginas
    - Ato Institucional nº 5
    - Atos Complementares n.ºs 38 a 40
    - Decretos-Leis n.ºs 348 a 409 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto ..... esgotada
  - 3º volume, contendo 304 páginas
    - Atos Institucionais n.ºs 6 e 7
    - Atos Complementares n.ºs 41 a 50
    - Decretos-Leis n.ºs 410 a 480 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto ..... esgotada

— 4º volume, contendo 490 páginas	
Atos Institucionais n.ºs 8 e 9	
Ato Complementar nº 51	
Decretos-Leis n.ºs 481 a 563 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	esgotada
— 5º volume, contendo 336 páginas	
Ato Institucional nº 10	
Atos Complementares n.ºs 52 a 56	
Decretos-Leis n.ºs 564 a 664 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
— 6º volume, contendo 488 páginas	
Ato Institucional nº 11	
Atos Complementares n.ºs 57 a 62	
Decretos-Leis n.ºs 665 a 804 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00
— 7º volume, contendo 290 páginas	
Emenda Constitucional nº 1	
Atos Institucionais n.ºs 12 a 17	
Atos Complementares n.ºs 63 a 77	
Decretos-Leis n.ºs 805 a 851 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
— 8º volume, contendo 318 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 852 a 941 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	15,00
— 9º volume, contendo 364 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 942 a 1.000 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00
— 10º volume, contendo 386 páginas	
Decreto-Lei nº 1.001, de 21-10-1969	
Código Penal Militar, com índices remissivo e por assunto .....	30,00
— 11º volume, contendo 503 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.002 e 1.003	
Código de Processo Penal Militar e Lei de Organização Judiciária Militar, com índices remissivo e por assunto .....	35,00
— 12º volume, contendo 309 páginas	
Decretos-Leis n.ºs 1.004 a 1.068 e legislação citada, com índices cronológico e por assunto .....	25,00

- 13º volume, contendo 406 páginas  
Atos Complementares n.ºs 78 a 94  
Decretos-Leis n.ºs 1.069 a 1.153 e legislação citada,  
com índices cronológico e por assunto ..... 30,00
- 14º volume, contendo 487 páginas  
Decretos-Leis n.ºs 1.154 a 1.187 e legislação citada,  
com índices cronológico e por assunto ..... 30,00
- 15º volume, contendo 247 páginas  
Atos Complementares n.ºs 95 a 97  
Decretos-Leis n.ºs 1.188 a 1.271 e legislação citada,  
com índices cronológico e por assunto ..... 20,00
- 16º volume, contendo 424 páginas  
Atos Complementares n.ºs 98 e 99  
Decretos-Leis n.ºs 1.272 a 1.322 e legislação citada,  
com índices cronológico e por assunto. Obs.: este  
volume contém um índice geral das duas coleções,  
a partir do Decreto-Lei nº 1/65 ..... 40,00

“ANAIIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967” (Projeto) (Edição de 1966)

- *Quadro Comparativo*: Projeto de Constituição remetido  
ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, Constitui-  
ção de 1946 e suas alterações (Emendas Constitucionais  
e Atos Institucionais), comparados em todos os artigos  
e itens ..... esgotada

“ANAIIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1967”

- 1º volume — Antecedentes da Constituição através do no-  
ticiário da imprensa
- 2º volume — Primeira fase de tramitação do projeto de  
Constituição no Congresso Nacional — Discussão e Vota-  
ção do Projeto
- 3º volume — Discursos pronunciados em sessões do Sena-  
do Federal e da Câmara dos Deputados
- 4º volume (2 tomos) — Segunda fase de tramitação do  
Projeto de Constituição no Congresso Nacional
- 5º volume — Comissão Mista
- 6º volume (2 tomos) — Emendas oferecidas ao Projeto  
de Constituição
- 7º volume — Quadro Comparativo da Constituição de  
1967 — Projeto originário do Poder Executivo — Emendas  
aprovadas (artigo por artigo) ..... 120,00

**"REFORMA AGRÁRIA" (3 tomos) (Edição de 1969)**

Legislação brasileira de reforma agrária, política agrícola e desenvolvimento regional, contendo:

- textos integrais dos diplomas legais, a partir da Lei nº 4.214/63 (Estatuto do Trabalhador Rural)
- alterações, regulamentações e remissões da legislação transcrita
- ementário da legislação correlata
- histórico das leis (tramitação no Congresso Nacional)
- marginais (pareceres, regimentos, portarias etc.)

A obra contém um índice cronológico da legislação e índice por assunto de toda a matéria, com a citação de artigos, parágrafos, itens e alíneas .....

45,00

**"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL" — QUADRO COMPARATIVO (2ª edição) .....**

30,00

Emendas Constitucionais nº 1, de 17-10-69; nº 2, de 9-5-72; nº 3, de 15-6-72; nº 4, de 23-4-75; nº 5, de 28-6-75; nº 6, de 4-6-76; nº 7, de 13-4-77; e nº 8, de 14-4-77.

Contém, comparadas em todos os artigos:

Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967 (e as alterações introduzidas pelos Atos Institucionais n.ºs 5 a 17 e Ato Complementar nº 40/69, ratificado pelo art. 3º do Ato Institucional nº 6/69).

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 (com as Emendas Constitucionais e Atos Institucionais que a alteraram).

Em notas, além de outras observações são destacadas as alterações aprovadas pelo Congresso Nacional, através de emendas ao Projeto de Constituição remetido ao Congresso pelo Presidente Humberto de Alencar Castello Branco, em dezembro de 1966.

**"O CONGRESSO NACIONAL E O PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL" (Edição de 1970)**

- Histórico da Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970 .....

15,00

**"A IMPRENSA E O DIREITO" (leis, projetos — profissão de jornalista; legislação de imprensa) (Edição de 1971) .....**

esgotada

**"DIRETRIZES E BASES PARA O ENSINO DE 1º e 2º GRAUS (Edição de 1971)**

- Histórico da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971 (2 tomos) .....

45,00

- "PARTIDOS POLÍTICOS" (2 tomos) (Edição de 1971)
- Histórico da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965 — "Lei Orgânica dos Partidos Políticos" ..... esgotada
- "LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E COMPLEMENTAR" (Edição de 1972)  
contendo:
- Emendas Constitucionais — Atos Institucionais — Atos Complementares — Leis Complementares.
  - Legislação citada — sinopse (com suplementos: I, de 1973; II, de 1974; III, de 1975; IV, de 1976; e V, de 1977) ..... 40,00
- "PARTIDOS POLÍTICOS" (2 tomos) (Edição de 1974)
- Histórico da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971 — "Lei Orgânica dos Partidos Políticos", e Lei nº 5.697, de 27 de agosto de 1971 — "Dá nova redação aos artigos que menciona da Lei nº 5.682, de 21-7-71 — Lei Orgânica dos Partidos Políticos" ..... 70,00
- "LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA" (2ª edição, revista e atualizada — 1974)
- Textos legais, instruções do TSE, quadro comparativo (Leis n.ºs 5.682/71 e 4.740/65, com suas alterações) ..... 20,00
  - Suplemento de outubro de 1976 ..... 20,00
- "CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL" (Edição de 1974) — Histórico (3 volumes)
- 1ª volume (3 tomos)
    - Histórico da Lei nº 5.869, de 11-1-73, que "institui o Código de Processo Civil" (Projeto do Executivo, Mensagem, Exposição de Motivos, tramitação completa na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, discursos)
  - 2ª volume (2 tomos)
    - Quadro Comparativo (Lei nº 5.869/73 — Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.869/73 — Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)
    - Quadro Comparativo (Lei nº 5.925/73 — Projeto do Executivo que deu origem à Lei nº 5.925/73 — Emendas aprovadas pelo Congresso Nacional)
  - 3ª volume
    - Histórico da Lei nº 5.925, de 1º-10-73, que "retifica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil"

– Histórico da Lei nº 6.014, de 27-12-73, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona”	
– Histórico da Lei nº 6.071, de 3-7-74, que “adapta ao novo Código de Processo Civil as leis que menciona”	
Preço da coleção .....	180,00
<b>“CÓDIGO PENAL” (Edição de 1974)</b>	
– Histórico da Lei nº 6.016, de 31-12-73, que “altera dispositivos do Decreto-Lei nº 1.004, de 21-10-69, que instituiu o Código Penal” .....	45,00
<b>“CÓDIGO PENAL” (Edição de 1974)</b>	
– Quadro Comparativo (Novo Código Penal – Código Penal de 1940)	
– Notas (texto original do Decreto-Lei nº 1.004/69 e alterações introduzidas pela Lei nº 6.016/73; alterações do Código Penal de 1940; legislação correlata)	
– Exposições de Motivos (da Lei nº 6.016/73; do Decreto-Lei nº 1.004/69; do Decreto-Lei nº 2.848/40) .....	esgotada
<b>“PREVIDÊNCIA SOCIAL” (Edição de 1974)</b>	
– Lei Orgânica da Previdência Social atualizada	
– Notas – Remissões – Comparações – Regulamentações	
– Jurisprudência Administrativa	
– Ementário de legislação .....	20,00
<b>“PREVIDÊNCIA SOCIAL” (Edição de 1974)</b>	
– Histórico da Lei nº 5.890, de 8-6-73, que “altera a legislação de Previdência Social, e dá outras providências” (2 tomos) .....	70,00
<b>“CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO” (Edição de 1974)</b>	
– Texto atualizado da CLT	
– Comparação com o texto original e alterações	
– Legislação correlata	
– Notas .....	esgotada
<b>“REFORMA ADMINISTRATIVA” (2ª edição – 1976)</b>	
– Decreto-Lei nº 200/67 e suas alterações	
– Legislação: alteradora, citada e correlata	
– Legislação de Pessoal .....	40,00

**"PROCESSO LEGISLATIVO" (2ª edição – 1976)**

- Aspectos Fundamentais
- Emenda Constitucional nº 1
- Regimento do Congresso Nacional
- Regimento do Senado Federal
- Regimento da Câmara dos Deputados ..... 15,00

**"DIREITO FINANCEIRO" (2ª edição – 1976)**

- Lei nº 4.320, de 17-3-64
- Diretrizes de Interpretação
- Regulamentação
- Plano de Contas Único dos Órgãos da Administração Direta – Portaria nº 61/73, da Inspetoria-Geral de Finanças do Ministério da Fazenda (com as alterações introduzidas pelas Portarias n.ºs 294/73 e 82/75) ..... 20,00

**"CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL" – Quadro Comparativo Anotado (2 volumes)**

- 1º volume
  - Quadro Comparativo do novo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73 com a redação dada pela Lei nº 5.925/73) com dispositivos da legislação anterior (Código de Processo Civil de 1939 e suas alterações)
- 2º volume – Notas (de n.ºs 1 a 835) contendo:
  - legislação correlata;
  - jurisprudência;
  - doutrina;
  - emendas aprovadas pelo Congresso Nacional;
  - Exposição de Motivos e palestra do Prof. Alfredo Buzaid;
  - legislação estrangeira; e
  - remissões.

Notas (de n.ºs 1-A a 95-A) documentam a redação original de dispositivos do Código, Lei nº 5.869, de 1973, alterados pela Lei nº 5.925/73 ..... 70,00

**"CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS"**

- Contendo os textos atualizados da Constituição Federal e de todas as Constituições estaduais (2 tomos) 2ª edição (julho de 1977) ..... 150,00

**"LEIS ORGÂNICAS DOS MUNICÍPIOS" (edição 1976)**

- Textos atualizados em vigor das Leis Orgânicas Municipais dos Estados da Federação Brasileira. Índice e notas (2 tomos) ..... 100,00

**"REPRESENTAÇÕES POR INCONSTITUCIONALIDADE – Dispositivos de Constituições Estaduais"**

- Acórdãos do STF (íntegras) em Representações por inconstitucionalidade de dispositivos de Constituições estaduais. Resoluções do Senado Federal, suspendendo a execução de dispositivos julgados inconstitucionais pelo STF (2 tomos) ..... 150,00

**"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL"**

(3ª edição – 1978) (formato bolso)

- Constituição do Brasil, de 24-1-67, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, e as alterações feitas pelas Emendas Constitucionais n.ºs 2, de 9-5-72; 3, de 15-8-72; 4, de 23-4-75; 5, de 28-6-75; 6, de 4-6-76; 7, de 13-4-77; 8, de 14-4-77; 9, de 28-6-77 e 10, de 14-11-77 ..... no prelo

**"O PODER LEGISLATIVO E A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS"**

- Obra comemorativa do sesquicentenário da Lei de 11 de agosto de 1827 que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda ..... 70,00

**"SOCIEDADES ANÔNIMAS E MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS"**

- Quadros comparativos anotados ..... 80,00
- 1ª parte: Lei nº 6.404, de 15-12-76  
Decreto-Lei nº 2.627, de 26-9-40
- 2ª parte: Lei nº 6.385, de 7-12-76  
Lei nº 4.728, de 14-7-65

**"CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL" (atualizado) ..... 50,00****PUBLICAÇÃO DA SECRETARIA-GERAL DA MESA****"REGIMENTO INTERNO" (edição 1976)**

- Resolução nº 93, de 1970, com alterações decorrentes das Resoluções n.ºs 21, de 1971; 66, de 1972; 31 e 62, de 1973; 21, de 1974; 15, 59 e 89, de 1975; e 47, de 1976 .... 15,00

## REEMBOLSO POSTAL

Peça o **Catálogo de Publicações** da Subsecretaria de Edições Técnicas. Escolha as publicações de seu interesse, preencha o cartão-resposta-comercial e remeta-o pelo Correio. Não é preciso selar.

Seu pedido será atendido pelo reembolso postal.

Subsecretaria de Edições Técnicas

SENADO FEDERAL

Brasília — DF — 70.160







## NORMAS EDITORIAIS

— A Revista divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração.

— Os trabalhos publicados na Revista devem limitar-se à área do Direito e ciências afins — em especial, aos assuntos em debate no Congresso Nacional — e a temas históricos que se relacionem com o Poder Legislativo.

— Somente serão publicadas colaborações inéditas.

— Os *originals* recebidos não serão devolvidos.

— O recebimento do artigo não implica na obrigatoriedade de sua publicação.

— A Direção pode reapresentar os *originals* ao autor para que os adapte às normas editoriais ou esclareça dúvidas porventura existentes.

— Os artigos deverão conter, após o título, nome completo do autor, local de trabalho e cargo exercido e um sumário da matéria. Os *originals* deverão ser datilografados em papel branco, formato ofício, espaço duplo, de um só lado da folha, com margens de 2,5cm a 3cm, observando-se a ortografia oficial. As páginas serão numeradas consecutivamente no canto superior direito.

— Somente fotografias nítidas contrastadas, em papel adequado, poderão ser aceitas. Os desenhos, gráficos, ilustrações, tabelas etc. (estritamente indispensáveis à clareza do texto) com respectivas legendas serão apresentados à parte, em papel branco ou vegetal, sem dobras, indicando-se no texto o lugar onde deverão ser incluídos.

— As referências bibliográficas devem ser numeradas e constituir lista única, observando-se as seguintes normas:

Publicação avulsa (livro, folheto, tese etc.) — sobrenome do autor, prenome(s), título, local, editor, data, número de páginas ou indicação de página(s) determinada(s). Em caso de dois autores, mencionar ambos; mais de três, indicar o primeiro seguido de "et alii".

Artigo de periódico — autor(es), título do artigo, título do periódico, indicação de volume, número, páginas inicial e final, data.

— Os *originals* deverão ser encaminhados à redação juntamente com carta anexa, autorizando sua publicação.

— As provas tipográficas não serão enviadas ao autor.

— O autor receberá 10 (dez) exemplares do número da Revista que publica o seu trabalho.

