DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS — EMPRÊSAS DE SEGUROS — ACIONISTAS ESTRANGEIROS

— A função de apreciar a constitucionalidade da lei cabe ao Poder Judiciário e não pode ser exercida, concomitantemente, pelo Poder Executivo. Reconhecida a constitucionalidade da lei através de outorga da sanção, extingue-se, sob êsse aspecto, qualquer outra atribuição executiva, cumprindo aos agentes dêsse Poder dar execução à lei, tal como redigida. Nas leis anteriores à Constituição, entretanto, essa oportunidade não se verifica e sòmente em face de preceitos constitucionais auto-executáveis é que poderá o Executivo, por seus agentes, ter como revogada a lei ordinária ou derrogado qualquer dos seus preceitos.

— Até que nova lei seja expedida nos têrmos do art. 149 da Constituição, deve-se aplicar integralmente o dec.-lei n.º 2.063, de 7-3-1940.

— Interpretação dos arts. 149 e 200 da Constituição; idem do decreto-lei n.º 2.063, de 7 de março de 1940.

MINISTÉRIO DO TRABALHO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO

PROCESSO N.º 514.946

Consulta sôbre admissão de acionistas estrangeiros em companhias de seguros.

Parecer: Dirige-se a êste Ministério um advogado, declarando que, pretendendo formar uma companhia de seguros gerais, necessita de saber prèviamente se poderá dispensar, nessa companhia em organização, a prova de nacionalidade brasileira dos acionistas e admitir como subscritores pessoas estrangeiras. Adiante o consulente que assim o faz porque, no seu entender, o princípio nacionalizador adotado no Decreto-lei n.º 2.063, de 7 de março de 1940, e decorrente da norma constitucional do art. 145 da Carta de 10 de novembro de 1937, não mais vigora em face dos novos preceitos constitu-

cionais. "... O nacionalismo exagerado da Carta de 37, sustenta, foi repudiado pela Constituição de 46 e assim obsoleta ficou a regulamentação calcada nos princípios constitucionais revogados. O regulamento de seguros, exigindo prova de brasilidade dos acionistas da companhia de seguros e impedindo a subscrição de ações por estrangeiros, está revogado e suas exigências não mais podem ser formuladas pela administração, sob pena de ser infringida a Constituição Federal vigorante (vide fls. 3)".

2. Instruindo o assunto, manifestaram-se os Srs. Assistente Jurídico do Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização e o Sr. Diretor Geral dêsse Departamento. O primeiro, em bem elaborado parecer, opina contràriamente a êsse ponto de vista, enquanto que o ilustrado diretor entende, de modo oposto, parecendo-lhe que: "Assim, desde que a Constituição estabelece a igualdade perante a lei, assegurada essa igualdade tanto aos brasileiros como aos estrangeiros residente no país (art. 141), não poderá a lei ordinária, na regulação do regime das emprêsas de seguros, sobrepor-se a tais princípios. Se o fizer, sua inconstitucionalidade será manifesta e, portanto, inoperante em seus efeitos. O Decreto-lei n.º 2.063, de 7 março de 1940, calcado que foi na Constituição de 1937, em que vigorava o princípio nacionalizador agora omitido, está nas condições acima apontadas. Alguns dos seus preceitos, em virtude mesmo de sua origem básica, ferem princípios constitucionais agora vigentes. De sua inconstitucionalidade, entretanto, melhor dirá o Sr. Consultor Jurídico dêste Ministério, a quem proponho seja encaminhado o presente processo". (fôlhas 10).

3. Solicitada, dêsse modo, a opinião desta Consultoria, para que nos manifestássemos sôbre a argüida inconstitucionalidade da lei em questão, temos uma objeção preliminar a formular, de caráter relevante e prejudicial, e cuja decisão envolverá verdadeira fixação da conta do Poder Executivo em casos futuros semelhantes, que deverão surgir, amiudadamente, da execução dos novos princípios constitucionais em terreno jurídico constituído pela legislatura anterior, questão essa que se resume na proposição: pode ou cabe ao Poder Executivo, por seus agentes, aferir da constitucionalidade da lei, ou declarar sua inconstitucionalidade, sempre que deva aplicá-la em casos concretos presentes à solução administrativa?

4. O princípio clássico da separação dos poderes, pedra angular das organizações políticas democráticas, pressupõe, na sua prática, que o julgamento da constitucionalidade da lei, isto é, do conflito da lei ordinária com uma norma de natureza constitucional, seja apreciada pelo Poder Judiciário: "En droit public et constitutionnel, dès qu'un état adopte le système de la séparation des lois constitutionnelles et des lois ordinaires, consacre le principe de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, et organise des tribunaux indépendants, il confère par cela même aux tribunaux, à titre de conséquence naturelle et longique, sans qu'il soit besoin de le dire expressément, le pouvoir et le devoir de vérifier la constitutionnalité des lois invoquées devant eux, le pouvoir et le devoir de refuser d'appliquer des lois contraires

à la constitution." Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1923, vol. III, pág. 671).

5. Se essa função de apreciar a constitucionalidade da lei cabe ao Poder Judiciário, não poderia a mesma ser exercida, concomitantemente, pelo Poder Executivo, sob pena de se confundirem as atribuições dêsses Poderes, o que nossa Constituição veda, ao prescrever no seu art. 36 a sua separação e independência, bem como ao proibir a delegação de poderes privativos de um e outro: "Art. 36. São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. § 1.º O cidadão investido na função de um dêles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. § 2.º E' vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições".

6. E, de acôrdo com as fontes inspiradoras de suas linhas mestras, comete a Constituição de 1946, de modo expresso, ao Poder Judiciário, a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade da lei, cujo exercício, porém, tão grave é considerada a responsabilidade dessa declaração, dependerá da manifestação da maioria absoluta dos membros dos tribunais que assim decidirem: "Art. 200. Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público".

7. Objetar-se-á, porém, que à autoridade administrativa se poderão apresentar, dependentes de aplicação, normas legislativas ordinárias em oposição a preceitos constitucionais, o que pode suceder com freqüência quando, tal como se verificou entre nós, uma nova Constituição entra em vigor.

8. Se a questão da constitucionalidade da lei se oferece, comumente, como problema de aferição do valor e da vigência de texto ordinário posterior em face da norma constitucional anterior, aspecto que recebemos dos Estados Unidos, onde a Constituição de 1787 veio dar a primeira estrutura política ao país que acabara de se emancipar de seus estado colonial, pode ocorrer, ao contrário, e quando as Constituições se sucedem em conseqüência de reformas ou de simples alterações pacíficas, sem que a legislatura anterior seja levada de roldão por movimentos revolucionários, que o choque da norma superior constitucional se verifique com o corpo de leis ordinárias anteriores que devem ser aferidas, em tôda a sua plenitude, de molde a que só subsistam e só se apliquem aquelas que se conformem com o texto ou o espírito — dir-se-ia hoje, com a mística — da nova Constituição.

9. Nesse último caso, a tarefa de elaborar os novos textos de legislação ordinária, complementares à Constituição, cabe ao Poder Legislativo, enquanto que a declaração de inconstitucionalidade de leis anteriores *in concreto*, incumbe ao Poder Judiciário.

10. Assim é que a Constituição de 1891, no seu art. 34, cometia ao Congresso a tarefa de "Decretar as leis orgânicas para a execução completa da Constituição", com o que, no dizer sintético e preciso do autorizado João Barbalho, deu-lhe "a faculdade de regular o funcionamento dos institutos políticos e administrativos por ela criados" (*Comentários*, pág. 138). E, detendo-se sôbre êsse aspecto, o mais autorizado de nossos intérpretes constitu-

cionais, Rui Barbosa, escrevia: "As Constituições não têm o caráter analítico das codificações legislativas. São, como se sabe, largas sínteses, sumas de princípios gerais, onde, por via de regra, só se encontra o *substractum* de cada instituição nas suas normas dominantes, a estrutura de cada uma, reduzida, as mais das vezes, a uma característica, a uma indicação, a um traço. Ao legislador cumpre, ordinàriamente, revestir-lhes a ossatura delineada, impor-lhes o organismo adequado, e lhes dar capacidade real de ação". *(Constituição Federal Brasileira,* vol. II, pág. 477).

11. O legislador constituinte de 1946 não cogitou expressamente da elaboração das *leis orgânicas,* nem tratou, de modo especial, da adaptação à nova regra constitucional, da legislatura anterior. Deixou a solução do problema implícita nos trâmites ordinários da elaboração da lei, tais como prescritos na Seção V do seu Capítulo II, cometida a verificação específica da inconstitucionalidade da lei ao Poder Judiciário. Nem por isso, entretanto, importou êsse silêncio na delegação ao Executivo, de julgar da constitucionalidade de leis, e de aplicá-las ou não, a seu critério, conforme as entenda, acordes ou contrárias à Constituição. Se isso ocorresse, equivaleria êsse poder anômalo a fazer *tabula rasa* da segurança da lei, da sua própria vigência, e deixar à incerteza das atitudes e dos pontos de vista pessoais dos agentes do Executivo tôda a vida jurídica do país.

12. Sòmente ante manifestação imperativa do texto constitucional é que caberá, a nosso ver, aos agentes do Poder Executivo agir em contrário a preceito legal expresso e quando êste, de modo explícito ou evidente, contrarie ou desatenda a preceito constitucional, ou quando êste preceito seja *auto executável.* Nesses casos, a Constituição atua como verdadeira lei comum, de fôrça superior, revogando a lei ordinária anterior por sua disposição em contrário: "Não sendo a Constituição de um Estado senão uma lei, se bem que lei de uma categoria superior a tôdas, a lei suprema, a sua lei das leis, nada obsta a que a nação, ou o povo, assentando nela os fundamentos gerais do seu Govêrno, particularize também, no que entender com certos assuntos, pela atenção que lhe mereçam, pelo cuidado que lhe inspirem, circunstâncias de organização, providências de aplicação, mais próprias da esfera ordinária da legislatura. Nos Estados Unidos avultam bastante as disposições desta natureza nas Constituições estaduais, onde as tem multiplicado a necessidade, indicada pela experiência, de atalhar os abusos, a que se entregam as Assembléias Legislativas dos Estados, inutilizando as normas constitucionais, a cuja execução negligenciam em prover". (Rui Barbosa, op. cit., pág. 479). Exemplifica o mestre: "Assim, quando a nossa Constituição declara que "nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente", que "fica abolida a pena de galés, a do banimento e a de morte"; quando estatui que ninguém sofrerá privação dos seus direitos por motivo religioso; quando prescreve que nenhum impôsto se cobrará senão em virtude de lei anterior (art. 72, §§ 19, 20, 21, 28 e 30); quando veda ao Govêrno Federal criar distinções de qualquer natureza em favor dos portos de uns contra os de outros Estados (art. 8.º); quando proíbe aos Estados tributar bens, rendas ou serviços da União, assim como

a esta, recìprocamente, lançar impostos sôbre serviços, rendas ou bens dos Estados (art. 10); quando exclui a decretação de leis retroativas pelos Estados, ou pela União (art. 11), a inibição que resulta dêsses textos, assim como de quaisquer outros que apresentem o mesmo caráter, é absoluta e imediata. Nenhuma legislação complementar se requer, para que êles operem e obriguem na sua maior plenitude". (*Idem*, pág. 482). E conclui: "Executáveis por si mesmas, ou auto-executáveis, se nos permitem uma expressão que traduza num só vocábulo o inglês *self-executing*, são, portanto,, as determinações, para executar as quais, não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação. "Disposição executável por si mesma é a que ministra a norma, ou os meios, pelos quais se possa exercer e proteger o direito, que ela dá, ou cumprir o dever, e desempenhar o encargo, que ela impõe". "A self-executing provision is one which supplies the rule or means by which the right given may be enforced or protected, or by which a duty enjoined may be performed" (George Tucker, *Constitucional Law*, IV, D.N. 4.8 Cycl. 753). Pág. 488. 13. Adverte, porém, e logo a seguir o próprio Rui: "Mas nem tôdas as disposições constitucionais são auto-aplicáveis. As mais delas, pelo contrário, não o são". "A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos". "The Constitution does not enforce itself, but requires legislative action to make its effective" (*De Turk v. Commonwealth of Pennsylvania*, 5. R.A. 854). (Op. cit. pág. 488).

14. Note-se, entretanto, que ao Executivo, em se tratando de lei posterior à Constituição, cabe, uma vez, a oportunidade de apreciar da constitucionalidade da lei no momento de sancioná-la. Nessa oportunidade, ao Presidente da República incumbe julgar se o texto que lhe é presente é ou não conforme à Constituição, para sancioná-lo em caso afirmativo ou vetá-lo em caso contrário: "Art. 70. Nos casos do artigo 65, a Câmara onde se concluir a votação de um projeto enviá-lo-á ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1.º Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interêsses nacionais, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará, no mesmo prazo, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Reconhecida, porém, a constitucionalidade da lei através da outorga da sanção, extingue-se, sob êsse aspecto, qualquer outra atribuição executiva, cumprindo apenas aos agentes dêsse Poder dar execução à lei, tal como redigida. Nas leis *anteriores* à Constituição, entretanto, essa oportunidade não se verifica, e sòmente em face de preceitos constitucionais *auto-executáveis*, é que poderá o Executivo, por seus agentes, ter por revogada a lei ordinária ou derrogado qualquer de seus preceitos.

15. Ora, no caso concreto em que se provoca a manifestação do Executivo, encontramo-nos em face do preceito que necessita, tìpicamente, de

ação legislativa complementar, para que receba perfeita aplicação. Assim é que o artigo 149 da Constituição estatui: "A lei disporá sôbre o regime dos bancos de depósito das emprêsas de seguro, de capitalização e de fins análogos".

16. Comentando êsse artigo, observa, a nosso ver, com inteira propriedade, o Dr. Assistente Jurídico do Departamento Nacional de Seguros Privados e Capitalização: "Empregando em relação às sociedades de seguros, as expressões — "a lei disporá sôbre o regime" — o legislador constituinte deixou claro o pensamento de assegurar ao Poder Legislativo a liberdade de manter ou abolir o princípio da nacionalização. Se os autores da Constituição Brasileira quisessem garantir aos estrangeiros o direito de se associarem, para a formação de emprêsas de seguros, não teriam enxertado, no texto constitucional, o preceito do art. 149. Bastaria eliminar êste dispositivo, para assegurar aos estrangeiros, no tocante à aquisição de ações de emprêsas de seguros, os direitos que lhes reconhecem as leis reguladoras das sociedades em geral". O preceito constitucional, dissemos em recente parecer, não traça as linhas mestras, nem indica os princípios gerais concernentes às emprêsas de seguros. Não outorga direitos, nem impõe encargos. Não estabelece bases à lei ordinária: deixa ao arbítrio do Poder Legislativo regular o regime dos bancos de depósito, das emprêsas de seguros e de capitalização. Se a lei fundamental houvesse prescrito regras para a organização das sociedades de seguros, as leis anteriormente promulgadas, como as futuras, teriam de amoldar-se a elas. O art. 149, porém, não aponta nenhuma diretriz: delega ao parlamento, sem quaisquer reservas, o arbítrio de regular o regime dessas e de outras sociedades. Na elaboração da lei reguladora das operações de seguros, o legislativo não se acha subordinado a princípios preestatuídos; exerce poderes discricionários; funciona, por assim dizer, como mandatário do poder constituinte". No sistema atual, a lei ordinária pode adotar a orientação mais conveniente aos interêsses nacionais: nativista ou cosmopolita. O que a lei ordenar, no assunto, terá de ser obedecido". (fls. 7).

17. Objetar-se-á, porém, como o fêz o ilustrado Diretor Geral, no trecho de início transcrito, que, desde que a Constituição estabeleceu a igualdade perante a lei, assegurando essa igualdade tanto a brasileiros como a estrangeiros residentes no país (art. 141), não poderia a lei ordinária, na regulação do regime das emprêsas de seguros, sobrepor-se a tais princípios.

18. A objeção é, fora de dúvida, respeitável, e suscetível de fundada controvérsia. A nosso ver, porém, não basta para determinar uma atitude da Administração Pública contrária a texto de lei vigente. Poderia, quando muito, fazer com que o Poder Judiciário, chamado a se manifestar sôbre o caso, decidisse em favor da possibilidade de estrangeiros possuirem ações de emprêsa de seguros independentemente do esperado pronunciamento legislativo, mas, conforme vimos, não pode ter a virtude de obter igual manifestação do Executivo.

19. Em verdade, se até na declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Poder Judiciário, essa inconstitucionalidade deve ser evidente, e conforme advertiu Pedro Lessa, repetindo a lição de Cooley, é de se guardar, como regra necessária, na declaração de inconstitucionalidades, — "que o tribunal não alimenta dúvida razoável (reasonable doubt) acêrca da inconstitucionalidade". *(Do Poder Judiciário,* pág. 143)) — maior razão haverá para que se acautele o Executivo, não se adiantando em declarar contrário à Constituição texto possível de controvérsia.

20. Ora, a objeção formulada pelo Senhor Diretor, se valiosa, nem por isso deixa de ser grandemente controvertida, pois, conforme bem antecipara o Sr. Assistente Jurídico: "... já sob o regime da Constituição liberal de 1891, o insigne Lacerda de Almeida sustentava não impedir a lei fundamental restrições à capacidade dos estrangeiros "tôda vez que o exijam as altas conveniências do Estado" (Parecer de 9 de julho de 1918; *Rev. de Dir.,* III, 306). De seu lado, ao comentar o texto do art. 3.º do nosso Código Civil, de manifesta amplitude e ainda em inteiro vigor, o autorizado Clóvis observou: "A igualdade jurídica dos nacionais e estrangeiros foi estabelecida pela Constituição Federal. art. 72, pr.: "A Constituição assegura, a brasileiros e a estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade". O Código Civil, portanto, nada mais fêz do que reproduzir a tese constitucional. Todavia, a própria Constituição e outras leis consagram algumas restrições ao princípio liberal de igualdade jurídica. Assim é que: 1.º A navegação de cabotagem será feita, exclusivamente, por navios nacionais (Constituição, art. 13, parágrafo único). Sôbre êste assuntos foram promulgadas as leis de 11 de outubro de 1892 e 5 de dezembro de 1894 e o reg. n.º 2.304, de 2 de julho de 1896, e n.º 10.524, de 23 de outubro de 1913, que o substituiu. 2.º Em relação às pessoas jurídicas estrangeiras de direito público, a *Introdução do Código Civil,* art. 20, estabelece restrições quanto à aquisição de imóveis: as sociedades anônimas estrangeiras necessitam de autorização, para que funcionem na República (Decreto n.º 434, de 4 de julho de 1891, art. 47); as companhias de seguros necessitam igualmente dessa autorização e ficam submetidas ao regime do Decreto n.º 5.072, de 12 de dezembro de 1903, arts. 22 e 42. 3.º Os estrangeiros não podem ser corretores (Decreto n.º 2.475, de 12 de março de 1897, art. 4.º, letra *a*); regs. aprovados pelos Decretos n.º 8.248, de 22 de setembro de 1910, e n.º 2.264, de 28 de dezembro de 1911, art. 4.º. 4.º Nem leiloeiros matriculados (Código com., art. 63). 5.º Não podem, igualmente, ser providos em serventias vitalícias ou emprêgos de justiça (Decreto número 9.420, de 28 de abril de 1885, art. 169). 6.º Podem ser expulsos do país, quando perigosos à ordem pública (Decretos n.º 1.641, de 7 de janeiro de 1907, e n.º 2.741, de 8 de janeiro de 1913). (Clóvis Bevilaqua, *Código Civil,* vol. I, págs. 167-168). Também Eduardo Espínola se manifestou do mesmo modo, nos seus comentários ao

referido art. 3.º do Código Civil: "A lei brasileira, acompanhando a evolução do direito, parte do princípio fundamental que os direitos civis pertencem antes à pessoa que ao cidadão, e, por isso, admite que os estrangeiros exerçam os seus direitos civis do mesmo modo que os nacionais; assim é que os equipara o art. 72 da Constituição. Excepcionalmente, porém, é excluída, por conveniência que se supõe de ordem pública, a capacidade do estrangeiro, ou então submetida a modificação ou restrição" (*Código Civil Brasileiro*, vol. I, pgs. 65-66).

21. Por aí se vê que a latitude do preceito constitucional do art. 141, que repetiu o texto do art. 72 da Constituição de 1891, apenas com o acréscimo da palavra "vida" entre as garantias asseguradas, comporta, na prática, restrições, baseadas, conforme encareceu Espínola, em conveniências de ordem pública.

22. Dêsse modo, a legislação a ser expedida sôbre seguro, desde que seguida essa orientação pacífica entre os mestres de nosso Direito contemporâneo à Constituição de 1891, tanto poderá adotar o princípio da plena liberdade nos negócios de seguros, filiando-se à tendência da internacionalização crescente dêsse ramo de atividade mercantil, ou o da liberdade limitada, restringindo aos nacionais a prática de certos ramos que se podem considerar vinculados à segurança nacional, como por exemplo a cobertura de riscos de fogo ou marítimos, cujo trato deixa, pràticamente, a descoberto assuntos militares de relevância, ou até manter o regime atual da limitação dessas atividades aos nacionais. E, se diretrizes restritivas do direito do estrangeiro poderão ser adotadas, com base em doutrina pacífica quando na vigência da Constituição de 1891, como pretender que, desde já, o Executivo, *ex-autoritate propria*, declare derrogados, por inconstitucionais, princípios do Decreto-lei n.º 2.063, de 7 de março de 1940, que nada mais fazem do que pôr em prática êsse entendimento?

23. Conforme se pode verificar, seria descabido que o Executivo, antecipando-se à função específica do Congresso, e exercendo atribuições judiciárias, entendesse de declarar inválidos os preceitos apontados da lei, quando o certo é que não sòmente essa invalidade não é manifesta, como, em contrário, pode perfeitamente ser repelida em face da doutrina vigente ao tempo da Constituição de 1891.

24. A nossa conclusão, portanto, é no sentido de que seja aguardada a manifestação do Congresso, isto é, a nova lei a ser expedida nos têrmos do art. 149 da Constituição, aplicando-se, até êsse evento, sem as derrogações pretendidas, o Decreto-lei n.º 2.063 referido, tal como hoje vigora. — *Oscar Saraiva*. Consultor Jurídico. — Despacho: De acôrdo com o parecer do Sr. Consultor Jurídico. *João Otaviano Lima Pereira*, respondendo pelo expediente.