

COLABORAÇÃO

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE SEGURANÇA NACIONAL

Josaphat Marinho

*Senador Federal — Professor da Faculdade
de Direito da Universidade da Bahia*

SUMÁRIO:

- A Lei de Segurança
- Lei Nula
- Convalidação Impossível
- A Lei e o Congresso
- Dupla Inconstitucionalidade
- Revogação Necessária
- Declaração de Inconstitucionalidade
e Suspensão de Vigência da Lei.

comêço de vigência da nova Constituição, decorria o período a que a doutrina chama de *vacatio legis*, e em que prevalecia a ordem jurídica anterior.

Vacatio legis — esclarece Pedro Nunes — “diz-se do período que decorre do dia em que uma lei é publicada, à data em que ela entra em execução, durante o qual vigora a lei anterior” (1). Conquanto êsse entendimento seja tranqüilo, vale recordar a lição que encerra o prestígio de Eduardo Espínola: “para ter a lei autoridade de preceito, ou norma de conduta, a que devam todos obedecer, isto é, para desenvolver a fôrça obrigatória, adquirida com a publicação, é mister que, publicada, decorra o prazo da *vacatio legis*.” Como observa Fiore, enquanto a lei nova não adquire a sua fôrça obrigatória efetiva, não possui autoridade imperativa, ainda que promulgada e publicada; de onde resulta que até àquele momento está em vigor a lei antiga, que a nova se propõe a modificar, derrogar ou revogar” (2).

Logo, até 14 de março estava em vigor a Constituição anterior, não podendo ser invocada, sobretudo para expedição de ato legislativo, a Constituição que sòmente a partir de 15 teria fôrça normativa.

5 Dir-se-á que essa diretriz se aplica, em regra, às leis comuns. Decerto; mas, assim ocorre porque as leis constitucionais, quase sempre, têm efeito imediato. No entanto, se a vigência delas é condicionada a prazo, a aplicação do princípio é perfeita, até porque as leis constitucionais, na ausência de disciplina específica, obedecem, na prática, à semelhança das leis comuns, aos princípios gerais de direito.

Fixando a questão Roubier assinala que “raramente as leis constitucionais suscitam conflitos de leis no tempo”, e acrescenta: “A razão está em que o objetivo principal das Constituições é criar e situar os órgãos superiores do Estado, e definir suas funções; ordinariamente essas leis são dotadas de efeito imediato, sem dificuldade. Ocorre, por vezes, que as leis constitucionais restabelecem, para lhes dar sentido mais solene, certos princípios gerais de direito” (3).

(1) Nunes, Pedro: Dicionário de Tecnologia Jurídica, Edit. Freitas Bastos, 5.ª ed., 1961, vol. 2.º, pág. 459.

(2) Espínola e Espínola Filho, Eduardo: A Lei de Introd. ao Cód. Civ. Bras. Comentada, Liv. Freitas Bastos, 1943, vol. 1.º, pág. 48.

(3) Roubier, Paul: Le Droit Transitoire, Dalloz et Sirey, Paris, 1960, pág. 12

6 No caso, estabelecido prazo certo para vigência da Constituição de 1967, não correspondente à data de sua promulgação, foi consagrado o princípio da *vacatio legis*. Por exigência invencível do Governo, com assentimento da maioria parlamentar, assim dispôs o texto, apesar da luta do Movimento Democrático Brasileiro para que a nova Constituição entrasse imediatamente em vigor. Portanto, até 14 de março prevalecia a Constituição anterior, com as emendas nela introduzidas e com as limitações resultantes dos Atos Institucionais.

Os Atos Institucionais facultavam ao Presidente da República emitir decreto-lei sobre matéria de segurança nacional e de natureza administrativa e financeira (AI-2, artigo 30, e AI-4, artigo 9.º e § 1.º). Nenhum lhe permitia **substituir**, como substituiu, a Constituição em vigor pela promulgada a 24 de janeiro, e de execução prevista para começar a 15 de março, nos termos de seu art. 189. “O caráter discricionário de uma função — assinalou **Rui Barbosa** — não legitima senão os atos ditados pela natureza de seus fins. A discricção legal no uso de uma atribuição não importa o direito de associar arbitrariamente a ela competências, que ela naturalmente não abrange” (4). A competência de legislar sobre segurança nacional **mediante decreto-lei** não envolvia, não envolve, **nem pode envolver**, a outorga de reforma constitucional, porque o impede o princípio de hierarquia das leis.

Demais, texto promulgado e não vigente, mesmo de índole constitucional, é irrelevante, porque destituído de império, de força obrigatória. “A autoridade da lei só se completa quando transcorre o período de *vacatio legis*” (5).

7 Ora, não estando em vigor, como não estava, a Constituição promulgada a 24 de janeiro, o Decreto-Lei n.º 314, de 13 de março, expedido à base e em função dela, violou a Constituição anterior e vigente. Desconhecendo-a, como a desconheceu, pela invocação da Carta de 1967, inovadora e ainda não em vigor, o pretense ato normativo é nenhum, sem efeito jurídico. Aplica-se-lhe, à justa, o ensinamento de **Rui Barbosa**: “Tôda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula. Atos nulos da legislatura não podem conferir poderes válidos ao executivo” (6). Essas

(4) Barbosa, Rui: *A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, Atlântida Editôra, Rio, 2.ª ed., pág. 142.

(5) Espínola e Espínola Filho, Eduardo: *Ob. e vol. cits.*, pág. 53.

(6) Barbosa, Rui: *Ob. e ed. cits.*, pág. 49.

sentenças resumem a doutrina da supremacia da Constituição, vitoriosamente defendida por Marshall no caso *Marbury v. Madison*, para tornar-se um dogma do regime de freios e contrapesos. É o que o Ministro Prado Kelly, sintetizando o pensamento dos publicistas, chama a "hegemonia da Constituição", como testemunho da "soberania do Estado" no plano interno. "A prevalência" desse estatuto, material ou formal, é requisito insuprível do sistema" (7).

Em consequência, é nulo o Decreto-Lei n.º 314, que, em verdade, além de ignorar, alterou e substituiu a Constituição anterior e vigente, mediante adoção de normas da Constituição promulgada e, então, ainda não em vigor.

8 Objeter-se-á que, cessada a vigência do Estatuto de 1946, não cabe mais tratar de lei inconstitucional e nula, inclusive porque durante aquele regime o decreto-lei não produziu qualquer efeito. Caso será, nessa diretriz, de indagar se a nova Constituição convalidou o decreto-lei, ou se o revogou, ou não, de plano.

Decerto, em regra, "a inconstitucionalidade de uma lei apura-se em relação à Constituição sob que foi promulgada; a sua revogação, em relação à lei ou Constituição posterior" (8). Mas essa orientação, conquanto prevalecente, não é absoluta e sofre as variações impostas pela diversidade de situações reais. O Ministro Castro Nunes sempre sustentou que "o problema é materialmente o mesmo, quer se trate de lei anterior, quer se trate de lei posterior à Constituição. O exame situa-se, em ambos os casos, em verificar se pode subsistir a norma inferior em face da Constituição. Não contesto que a incompatibilidade se resolve numa revogação, o que resulta da anterioridade da norma. Mas perde-se de vista o outro elemento, a diversidade hierárquica das normas." E, ainda salientando que "a teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade", reconheceu: "É certo que algumas vezes o texto constitucional repele tão explicitamente o preceito legal que o caso assume as proporções de uma revogação expressa." Ressalvou, contudo, o princípio defendido: "a Constituição não revoga leis, senão quando expressamente o faz." E acrescentou que, embora não gozem da presunção de constitucionalidade, "as leis anteriores subsistem até que as revogue o poder competente" (9).

É bem de ver que as normas discricionárias envolvem, por si mesmas, incompatibilidade com o regime constitucional, do que se presume que a superveniência deste as espanca e sepulta. Eis o que ocorreu, por exemplo, com os Atos Institucionais e, em tese, com os Atos Complementares.

(7) Kelly, Prado: Estudos de Ciência Política, Ed. Saraiva, São Paulo, 1966, I, pág. 130.

(8) Ac. Sup. Trib. Fed., 1948, no Mand. Seg. n.º 922, Rel. Min. Goulart de Oliveira — Rev. Forense, vol. 122, págs. 434-435.

(9) Nunes, Castro: Teoria e Prática do Poder Judiciário, Ed. Rev. Forense, 1943, págs. 600-3.

9 A hipótese examinada, porém, é de anomalia flagrante: o decreto-lei foi editado no regime precedente, mas invoca a Constituição de 1967 e entrou em vigor no mesmo dia que ela.

Não se pode presumir, assim, que esta o tenha revogado por incompatibilidade necessária e absoluta. Embora intempestivamente, o ato legislativo visou a ser, por disposições expressas, uma decorrência da Constituição em nascimento.

Também não se pode considerar o decreto-lei integrante do novo sistema constitucional, como implicação ou complemento dêle, apesar dos objetivos do governo anterior, que o editou. O precedente seria extremamente grave, por admitir, contra o Direito, que fôsse possível regular ou complementar uma Constituição, e **por delegação legislativa**, antes que estivesse em vigor. Seria a enormidade da criatura antes do criador, pois durante a *vacatio legis* o instrumento constitucional promulgado não era **jure constituto**, mas **jure constituendo**, sujeita sua eficácia a prazo certo, só modificável por outra norma de igual categoria.

10 Acresce, para agravar a anomalia apurada, que esse reconhecimento importaria em submeter o ato à apreciação do Congresso Nacional, nos termos do parágrafo único do art. 58 da Constituição de 1967. Tal, porém, não é possível, visto que o Presidente da República emitiu o decreto-lei — diz o preâmbulo — “usando das atribuições que lhe confere o artigo 30 do Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, combinado com o art. 9.º do Ato Institucional n.º 4, de 7 de dezembro de 1966”. E na forma dos Atos Institucionais invocados o decreto-lei não estava sujeito ao exame do Congresso Nacional, para aprovação ou rejeição em globo.

11 Não subordinado à apreciação do Congresso Nacional, nos limites do art. 58, parágrafo único, da Constituição, também o decreto-lei, conseqüentemente, não é susceptível de aprovação pelo simples decurso do prazo de 60 dias, previsto nesse texto. O silêncio somente pode acarretar aceitação quando ocorre a competência de apreciar o ato. Se um órgão não tem o privilégio de examinar um ato, não pode haver omissão criadora de efeitos jurídicos.

12 De outro lado, consoante pensamento uniforme da doutrina e da jurisprudência, o Congresso Nacional pode examinar a constitucionalidade das leis para fixar sua própria competência, mas não proclama puramente a nulidade delas. A declaração formal de nulidade das leis, por ofensa à Constituição, compete ao Poder Judiciário. No presente regime constitucional essa atribuição é deferida, explícita e conclusivamente, ao Supremo Tribunal

Federal (art. 114, I). Ao Senado Federal reserva-se o privilégio de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (art. 45, IV).

O Poder Legislativo revoga ou altera os textos viciados. Esse processo de substituição total ou parcial das leis violadoras da Constituição traduz o modo de sanar o Congresso Nacional a nulidade, no limite de suas atribuições. É que, nos seus efeitos, revogar e alterar equivalem a anular a regra preestabelecida.

13 Nestas condições, parece-nos próprio declarar que o Decreto-Lei n.º 314, de 13 de março de 1967:

1.º — incide no regime comum dos instrumentos normativos preexistentes ao novo Estatuto constitucional, apesar da anormalidade de sua elaboração e do seu contexto;

conseqüentemente,

2.º — pode ser alterado ou revogado, para supressão de seus excessos, sem qualquer dependência ou efeito do disposto no art. 58, parágrafo único, da Constituição de 1967.

Esse reconhecimento evita conclusão no sentido de que o silêncio do Congresso, no prazo de 60 dias, importa em aprovação do decreto-lei e garante tramitação regular aos projetos sobre a matéria, inclusive aos já apresentados: o de n.º 5, do Senado, e os de n.ºs 40, 56, 57 e 71, da Câmara, todos de 1967, de autoria, respectivamente, do Senador Antônio Balbino e dos Deputados Matheus Schmidt, José Carlos Guerra, David Lerer e Mário Covas.

No processo técnico e político de ação legislativa, esses projetos revelam a inconformidade dos parlamentares com o propósito oficial de manutenção e execução do diploma condenado.

14 O decreto-lei, aliás, é insubsistente, quer em face da Constituição de 1946, sob a qual foi editado, quer em confronto com a atual, e não apenas pela forma aberrante de sua elaboração, já analisada, também por evidente demasia de seus preceitos.

O art. 2.º, em desusado estilo de definição, proclama que “a segurança nacional é a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos”. E o § 1.º do art. 3.º acrescenta que “a segurança interna, integrada na segurança nacional, diz respeito às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se

manifestem ou produzam efeito no âmbito interno do País”. Ora, antagonismo é oposição, luta, ação divergente, prevista nas duas Constituições, ao assegurar o regime representativo de base popular, a aprovação de lei por maioria de votos, o veto e a possibilidade de sua recusa, a livre manifestação do pensamento, o direito de associação, a pluralidade dos partidos políticos, o direito de representação, o direito de greve (Const. de 46: artigos 1.º, 42, 70, 141, §§ 5.º, 12, 13 e 37, art. 158; Const. de 67: artigos 1.º, 33, 53, 62, 149, 150, §§ 8.º, 28, 30, art. 158, XXI). Se prevalecesse o decreto-lei, na sua concepção imprecisa, a prática desses princípios constitucionais poderia gerar “antagonismos” puníveis, sem crime.

Como observou, com insuspeição, o Senador **Eurico Rezende**, em entrevista a “O Globo”, em sua edição de 15 de abril de 1967, “a divergência entre Oposição e Governo, no que tange a gastos militares, marca uma posição antagonica; a divergência entre a Imprensa e o Ministro de Exército, quanto à sua orientação, caracteriza uma relação de antagonismo; as manifestações entre a Marinha e a Aeronáutica, no que concerne à aviação embarcada, refletem antagonismo; o debate parlamentar entre a ARENA e o MDB, no que se relaciona com a direção federal das Polícias Militares, significa, quando há divergência, o antagonismo dos pronunciamentos. São, enfim — conclui o ilustre representante da ARENA —, dentro do ilimitado e subjetivo conceito da lei, “antagonismos internos”.

Em suma: a título de definir e proteger a segurança nacional, o decreto-lei suprime o direito de divergir, estrangula a liberdade de pensamento e de ação política e social.

Nesse tropel de arbítrio, o art. 48 estipula que “a prisão em flagrante delito ou recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente, na suspensão de exercício da profissão, emprego em entidade privada, assim como de cargo ou função na administração pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória”. E o § 1.º pune “o chefe do serviço ou atividade, empregador ou responsável pela sua direção, inclusive dos estabelecimentos de ensino”, com “multa de cem a um mil cruzeiros novos, aplicável pelo juiz da causa”, “se permitir a violação do disposto neste artigo”. Quer dizer, pois, que se impõe, **sem julgamento**, a quem é apenas indiciado ou acusado, a medida desumana de negar, pela suspensão do emprego e da profissão, as condições elementares de subsistência. E os chefes de serviço e de empresa têm que executar essa iniquidade, sob pena de multa. Mas a Constituição de 1946, no art. 141 e § 25, e a atual, no art. 150, e §§ 15 e 16, assegurando aos indivíduos “a inviolabilidade do direito à vida” e “ampla defesa, com os recursos a ela inerentes,” repelem essa espécie de condenação prévia e sumária, que elimina, pela supressão dos recursos materiais, os próprios meios de pesquisa da verdade.

Por fim, o art. 57 prescreve que o Ministro da Justiça, na forma do art. 166, e § 2.º, da Constituição de 1967, “e sem prejuízo do disposto em leis especiais, poderá determinar investigações sobre a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas, de radiodifusão ou de televisão”. A Constituição, porém, apesar de sua índole autoritária, não permite a concessão desse poder ilimitado ao Ministro da Justiça. O texto constitucional invocado apenas prevê que “a lei poderá estabelecer outras condições para a organização e o funcionamento das empresas jornalísticas ou de televisão e de radiodifusão”. O que se há de entender, portanto, é que, a par dos requisitos e limitações constantes da Constituição, a lei, e não a autoridade executiva, poderá fixar outras condições de controle das empresas.

15 Essas e outras disposições põem à mostra, assim, a incompatibilidade do decreto-lei com o regime constitucional. Urge, portanto, revogá-lo, restabelecendo-se a vigência da Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1953, como prevê o projeto de autoria do Deputado Mário Covas. Essa lei, considerada válida e adequada pelo governo revolucionário durante todo o período discricionário, é que deve vigorar, enquanto não for elaborado o diploma inteiramente ajustado à nova Constituição. Conciliar-se-á, por esse modo, o interesse da segurança nacional com os direitos e garantias individuais e coletivos.

Não importa o argumento de que o decreto-lei, perante a Constituição atual, só será parcialmente viciado. Não importa porque, segundo o art. 4.º, “na aplicação deste decreto-lei, o Juiz ou tribunal deverá inspirar-se nos conceitos básicos da segurança nacional definidos nos artigos anteriores”. E os artigos anteriores, 2.º e 3.º, encerram conceitos inconciliáveis com o regime constitucional e de leis precisas, conforme acreditamos demonstrado. Nem a Carta de 1967 autoriza, em qualquer de suas cláusulas ou no conjunto delas, os excessos do decreto-lei, pois, apesar de tudo, estabeleceu um sistema de direitos individuais e políticos e de poderes distintos e regulados.

É imperioso, portanto, extirpar o mal do organismo jurídico do País.

16 Se não for efetuada a revogação, e se o Supremo Tribunal Federal declarar, como é de presumir-se que o faça, a inconstitucionalidade da lei, cabrá, então, ao Senado, *ex officio* ou mediante provocação, suspender-lhe a vigência, com fundamento no art 45, IV, da Constituição.

Suprindo a competência ampla do Congresso Nacional, o Senado deverá garantir, com a supremacia da Constituição, a prevalência do princípio segundo o qual a verdadeira segurança é a que cria harmonia entre o poder e o povo, sob o império de leis válidas e justas.