

INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO-LEI SÔBRE CENSURA PRÉVIA

JOSAPHAT MARINHO

Senador — Professor da Faculdade de Direito da
Universidade da Bahia.

1 — O DECRETO-LEI E SUA JUSTIFICAÇÃO

O Decreto-Lei nº 1.077, de 26 de janeiro de 1970, segundo sua ementa, “dispõe sôbre a execução do art. 153, § 8º, parte final, da Constituição da República Federativa do Brasil”. O preâmbulo que o explica, por sua vez, apenas reproduz, da parte final do dispositivo constitucional invocado, a cláusula concernente à intolerabilidade de “publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”. Por isso, também, acentua, limitativamente, “que essa norma visa a proteger a instituição da família, preservar-lhe os valores éticos e assegurar a formação sadia e digna da mocidade”.

Daí o art. 1º, como regra-comando da lei, prescrever que “não serão toleradas as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes, quaisquer que sejam os meios de comunicação”. Na forma do art. 7º, esta regra “aplica-se às diversões e espetáculos públicos, bem como à programação das emissoras de rádio e televisão”.

Só por extensão, pois, e para forçar o apêlo ao art. 55, I, da Constituição, o preâmbulo do decreto-lei, considerando abusos de publicações e exteriorizações, pôde concluir “que o emprêgo desses meios de comunicação obedece a um plano subversivo, que põe em risco a segurança nacional”.

2 — FUNDAMENTO ILEGÍTIMO

Já observamos, noutra oportunidade, que as ocorrências envolvem a segurança nacional, e geram o poder extraordinário de legislar, quando ofendem ou ameaçam atingir a existência do Estado, e, pois, de seu quadro institucional. Tanto que, mesmo durante o estado de sítio, “o Presidente da República somente poderá adotar outras medidas restritivas, além das previstas na Constituição, mediante lei, ouvido o Conselho de Segurança Nacional”, e “a fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Podêres e a prática das instituições, quando gravemente ameaçados por fatores de subversão ou corrupção” (art. 155, § 3º). Demais, convém salientar que a Constituição, extremando conceitos e perigos, distingue, expressamente, entre segurança nacional e ordem política e social, como o faz ao definir a competência da União (art. 8º, VIII, c). A letra e o espírito da Constituição, em suma, conferem sentido amplo, mas definido, à matéria de segurança nacional (Inconstitucionalidade de Decretos-

Leis, sôbre Inelegibilidades, *in Rev. de Informação Legislativa*, nº 24, pág. 3).

Assim entendeu, em sua incontrastável autoridade, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 62.731, em 1967, ao apreciar o Decreto-Lei nº 322, dêsse ano. Em seu voto vitorioso, o Relator, Ministro *Aliomar Baleeiro*, esclareceu que o conceito de segurança nacional “não constitui algo indefinido, vago e plástico, algo que pode ser, ou não ser, entregue ao discricionarismo do Presidente e do Congresso. Os direitos e garantias individuais, o federalismo e outros alvos fundamentais da Constituição ficarão abalados nos alicerces e ruirão se admitirmos que representa “segurança nacional” tôda matéria que o Presidente da República declarar que o é, sem oposição do Congresso”. E acrescentou: “Quero crer que “segurança nacional” envolve tôda matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, paz e sobrevivência do País, suas instituições e valores materiais ou morais, contra ameaças externas e internas.” Em resumo, o conceito de segurança nacional abrange, no juízo do eminente Ministro, “medidas preventivas contra os lêvedos da ação armada ou da desordem”.

No mesmo julgamento, advertindo dos riscos da interpretação extensiva, o Ministro *Luiz Gallotti* ponderou: “Entendido amplamente, isto é, que o Congresso, sem limites, pode alargar o conceito de segurança nacional, então, poderia haver decretos-leis sôbre tudo, porque, remotamente, tôda a ordem jurídica interessa à segurança nacional, e a limitação constitucional, da competência do Executivo para baixar decretos-leis, praticamente desapareceria” (*Rev. Trimestral de Jurisprudência*, vol. 45, pág. 559).

Essa elasticidade, porém, encontra obstáculo irremovível na Constituição, que enuncia os pressupostos da noção de segurança nacional, relacionando-a com as instituições políticas e militares, e reserva ao Conselho de Segurança Nacional o estudo dos assuntos que a ela interessem (arts. 86-89 e 91). Segurança nacional, em consequência, não é fator indelimitável, que possa ser invocado contra quaisquer vícios ou males, para substituir a competência constitucional comum de legislar pela extraordinária.

Destarte, “publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”, conquanto condenáveis e reprimíveis, não se incluem entre os elementos que ameaçam a segurança nacional. Podem atingir a ordem social, diferenciada do problema de segurança nacional por expressa e compreensível cautela da Constituição, precisamente ao definir a competência da União para apurar infrações penais (art. 8º, VIII, c). Todo o texto constitucional, aliás, confere tratamento distinto ao fato moral, como requisito configurador de situações específicas, ou determinante do aproveitamento ou da punição de pessoas. Daí a Constituição referir-se a “decôro parlamentar” (art. 35, II, e § 1º), “proibidade administrativa”, ou “na administração” (art. 82, V, e art. 151, II), “reputação ilibada” (art. 118, parágrafo único, e art. 121), “idoneidade moral” (art. 128, § 1º, a, art. 131, II, e art. 133, III),

“moralidade” (art. 151, IV), “corrupção” (art. 154 e art. 155, § 3º), sempre para extremar fatos ou situações inconfundíveis. Note-se, ainda, que, mesmo quando os fatores de corrupção tenham gravidade de autorizar o Presidente da República a adotar, durante o estado de sítio, além das enumeradas na Constituição (art. 155, § 2º), “outras medidas estabelecidas em lei”, somente poderá fazê-lo “ouvido o Conselho de Segurança Nacional”, e não por inspiração de outro órgão (art. 155, § 3º). Mesmo no § 8º do art. 153 a distinção é nítida, pois o texto alude, especificadamente, a “propaganda de guerra”, “de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe” e a “publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”.

Logo, o sistema constitucional trata diferentemente a segurança nacional, o fato político e o fato moral. Quando, excepcionalmente, prevê que o procedimento moral, por abusos graves apurados, pode propiciar medidas políticas especiais, di-lo com clareza, como no art. 154 e no art. 155, § 3º. Das disposições que assim prevêem nenhuma alcança, direta ou indiretamente, a questão vinculada a “publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”. Embora o fator corrupção seja mencionado em ambos os preceitos, o art. 154 cuida de suspensão de direito individual ou político, pelo Supremo Tribunal Federal, e o § 3º do art. 155 faculta a adoção, pelo Presidente da República, durante o estado de sítio, de “medidas estabelecidas em lei”. Nada, nesses mandamentos, se assemelha à censura genérica e permanente instituída no decreto-lei examinado, e deferida ao arbítrio do Departamento de Polícia Federal e do Ministro da Justiça (arts. 2º e 3º).

Nestas condições, falta o pressuposto constitucional do decreto-lei. O caso não é de segurança nacional. Esta expressão se associa intimamente, na linguagem da Constituição, como bem observa o Professor *Geraldo Ataliba*, ao “conceito de ordem, organização política, funcionamento das instituições” (*O Decreto-Lei na Constituição de 1967* RT, 1967, pág. 53). Não se associa a questões éticas, a ações “contrárias à moral e aos bons costumes”, ou à defesa da família, problemas disciplináveis como têm sido disciplinados, em leis feitas por outros fundamentos. Veja-se que, mesmo presentemente, a Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, ao passo que os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social são definidos no Decreto-Lei n.º 314, de 13 de março de 1967, com as alterações decorrentes do Decreto-Lei n.º 510, de 20 de março de 1969. A própria legislação vigente, portanto, insuspeita por sua origem, consagra a distinção das matérias e dos fundamentos de regulá-las em normas válidas.

Nem seria possível desconhecer a distinção, pois nas constituições há partes estruturais e eminentes que circunscrevem o alcance de todas as outras normas. O regime de liberdades ergue-se entre esses pontos culminantes, e ainda depois de 1967 o reconheceu o Supremo Tribunal Federal, na decisão concessiva do *Habeas corpus* n.º 45.232, de que foi Relator o Ministro *Themistocles Cavalcanti*.

Por isso também se entende porque o Ministro *Hermes Lima*, naqueloutro julgamento do Supremo Tribunal Federal, conquanto declarasse válido o Decreto-Lei nº 322, relativo a locação, acentuou que o conceito de segurança nacional, embora "flexível e aberto", "não está na Constituição como um cheque em branco". E, mencionando o texto, exemplificou: "O Presidente da República não poderá, em nome da segurança nacional, negar a liberdade de palavra, ou, então, restringir ou eliminar qualquer dos direitos e qualquer das garantias que estão assegurados no art. 150" (*Rev. Trim. Jurisp. cit. pág. 559*).

Assim, e visto que o Decreto-Lei nº 1.077 incide num dos direitos e garantias individuais, e o esmaga, afirma-se a impertinência da invocação feita pelo Poder Executivo. Esse decreto-lei é ilegítimo, preliminarmente, por inconstitucional quanto a seu fundamento.

3 — CONTEÚDO INCONSTITUCIONAL

Ainda, porém, que a matéria examinada pudesse encerrar-se na idéia de segurança nacional, o decreto-lei pecaria por excesso patente, em face da Constituição.

No art. 2º confere ao Departamento de Polícia Federal a atribuição de "verificar, quando julgar necessário, *antes da divulgação de livros e periódicos*, a existência de matéria infringente da proibição enunciada no artigo anterior", já reproduzido no início destas considerações. Pelo art. 3º, "verificada a existência de matéria ofensiva à moral e aos bons costumes, o Ministro da Justiça proibirá a *divulgação da publicação e determinará a busca e a apreensão de todos os seus exemplares*". De acôrdo com o art. 4º, "as *publicações vindas do estrangeiro e destinadas à distribuição ou venda* no Brasil também ficarão sujeitas, quando de sua entrada no País, à *verificação estabelecida* na forma do artigo 2º". Por sua vez, o art. 5º prescreve que "a distribuição, venda ou exposição de livros e periódicos que *não hajam sido liberados* ou que tenham sido proibidos, após a verificação, sujeita os infratores, independentemente da responsabilidade criminal" a duas sanções: perda dos exemplares da publicação, "que serão incinerados à sua custa", e multa. Dêsse modo, a "verificação" autoriza o Ministro da Justiça a *proibir a divulgação e a determinar a busca e a apreensão* de todos os exemplares da publicação, podendo ocorrer ainda o cerimonial da incineração.

O decreto-lei estabelece, portanto, em forma ampla, a censura prévia, alcançando não apenas diversões e espetáculos públicos mas, também, e genericamente, *livros e periódicos*.

A Constituição, porém, repele o arbítrio de que se investiu o Poder Executivo. Assim dispõe no § 8º do art. 153:

"É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação, independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da

autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.”

Se valer, portanto, o que declara a carta constitucional, somente “diversões e espetáculos públicos” estão sujeitos a censura prévia. Na manifestação de pensamento, em geral, o poder não foi autorizado a violar ou constringer a consciência para traçar-lhe contornos, antes de divulgada a idéia. Sendo livre a manifestação de pensamento, como proclama a Constituição, cada um fica responsável pelos excessos praticados. Para punir o abuso é que foi prevista a apuração da responsabilidade, “nos termos da lei”.

Demais, para evitar dúvida, a Constituição assegura que “a publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade”. Se não depende de licença, não está sujeita à censura prévia. E se compreende que assim seja garantido, pois o pensamento preventivamente vigiado e medido pelo poder não tem liberdade. Não é que a liberdade deva ser absoluta. Para discipliná-la, entretanto, cumpre observar os limites da Constituição.

Precisamente para reprimir delírios da liberdade de pensamento, a Carta política estipula que “não serão toleradas”, entre outras práticas, “as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”. A cláusula “não serão toleradas” significa, porém, claramente, que essas publicações e exteriorizações não poderão ter livre curso, não se propagarão, porque *submetidas à ação repressiva, não à censura prévia*. Outro sentido não se pode dar à expressão, porquanto a regra constitucional é que “a publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade”. Somente este entendimento se harmoniza, ainda, com o princípio básico e extenso da livre manifestação de pensamento e de prestação de informação. Como restrição à regra, a parte final do preceito há-de envolver apenas a faculdade de proibir publicações imorais e exteriorizações contrárias aos bons costumes. Proibir tais publicações e exteriorizações pressupõe o conhecimento delas *por exposição normal, voluntária*. Assim, o ato de proibir não deve ser censura antecipada, mas repressão ao divulgado. Porque não são toleradas, as publicações e exteriorizações condenadas não continuam ao alcance da atenção das pessoas.

Pontes de Miranda, que analisou a Constituição de 1967 no conjunto de seus preceitos, salienta a unidade do § 8º do que era o art. 150, e observa: “Na parte final do texto, há permissão de leis que *punam* a propaganda de guerra e de processos violentos para se subverter a ordem política ou a ordem social, de preconceitos étnicos ou de classe: não, porém, a censura dos livros, revistas, jornais etc. A censura (pré-censura) só se permite se se trata de espetáculos e diversões públicas — isto é, não se conhece censura de livros, revistas, diários e outros periódicos.” Adiante, fortalece seu julgamento: “O texto, *in fine*, diz que não será, porém, tolerada propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem (política ou social), ou de preconceitos

de raça ou de classe. Que se quis com isso dizer? Que se admite a pré-censura? De modo nenhum. Que se concedeu o direito de proibição? Sim, e a faculdade, para o Estado, de editar leis penais a respeito." E para elucidar que as provas do fato punível, a que se refere, não podem decorrer de requisição anterior à publicação ou exteriorização, acentua: "Não há censura (pré-censura) por se tratar de qualquer das espécies do art. 150, § 8º, *in fine*; há apenas punição, incluída a apreensão imediata à divulgação ou no ato mesmo de a começar" (*Comentários à Constituição de 1967*, RT, T. V, 1968, págs. 141, 151 e 153).

Ora, a Emenda Constitucional nº 1 apenas acrescentou no período final do § 8º a cláusula — "e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes". Não estabeleceu forma especial para condenação dessas publicações e exteriorizações. Logo, a punição delas incide no mesmo critério examinado, que não abrange a censura prévia, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas. Como escreveu Rui Barbosa em ensinamento rigorosamente oportuno, "não se pode obstar ao uso do direito: pune-se a *infração cometida*" (*Campanhas Jornalísticas — Obras Seletas*, VII, República, 2º vol., 1956, pág. 79).

Conseqüentemente, o decreto-lei baixado exorbita, de modo rude, dos limites da Constituição. Não a executa, em verdade a desrespeita.

4 — EXORBITANCIA INADMISSÍVEL

Pior é que o ato normativo exorbita em ponto em que o Congresso Nacional, corretamente, não pode transigir ou condescender. Vale repetir a ponderação do Professor *Afonso Arinos de Melo Franco*, quando Deputado pela União Democrática Nacional, ao combater o Projeto de Lei de Imprensa nº 1.943, de 1956. "Tôda a luta pela libertação do pensamento político, científico, filosófico, religioso e estético, luta que é a definição e a glória do regime democrático — disse êle —, só teve um sentido, uma interpretação, uma finalidade: demolir e impedir a censura do Estado" (*Pela Liberdade de Imprensa*, Liv. José Olympio Editôra, 1957, pág. 113).

O Decreto-Lei nº 1.077 é a afirmação descompassada da censura do Estado, contra a liberdade de pensamento proclamada na Constituição. O texto explícito do ato abusivo não permite as atenuações com que pretendem alguns explicar-lhe o alcance. Realmente coage a inteligência, devassa-lhe a fôrça criadora e informativa, no livro, nas revistas, nos jornais, sem exceção. A título de perseguir publicações e exteriorizações imorais, já atingidas por leis penais e pela lei de imprensa, submete tôdas as formas de expressão das idéias à verificação prévia e ao arbítrio de autoridades policiais e administrativas. Irrestritamente, a Polícia é investida da tarefa de censurar e o Ministro da Justiça da competência de punir, à revelia do Poder Judiciário. Eis o que está nos dispositivos inquisitoriais.

Por isso mesmo, a verdade escrita, e não a presumida ou disfarçada, é que há de servir de suporte ao exame do instrumento editado, que ofende, tirânicamente, a Constituição e as tradições liberais do pensamento jurídico nacional.