

Inconstitucionalidade de Decretos-Leis sôbre Inelegibilidades

JOSAPHAT MARINHO

SENADOR — INSCRIÇÃO DA F.A. — 112.570 — N.º 2
DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SUMÁRIO

1 — Decreto-Lei n.º 1.069. **2** — Decreto Lei n.º 1.063. **3** — Emenda Constitucional n.º 1 e **vacatio legis**. **4** — Importância da complementação da lei. **5** — A Constituição de 1967 e a Emenda n.º 1. **6** — Atos Institucionais. **7** — Derrogação e ab-rogação. Atos nulos. **8** — Segurança nacional. **9** — O S. T. F. e o conceito de segurança nacional. **10** — O S. T. F. e o Decreto-Lei n.º 314. **11** — Eleições municipais em parte da Federação. **12** — Constituição, decreto-lei e lei delegada. **13** — Inelegibilidades e lei complementar. **14** — Partilha do poder de legislar: delimitação. **15** — Conclusão.

1 — Os decretos-leis expedidos sobre inelegibilidades encerram inconstitucionalidade manifesta e insanável.

O Decreto-Lei nº 1.069, de 4 de novembro de 1969, nos termos de seu art. 1º, revoga o art. 18 do Decreto-Lei nº 1.063, de 21 de outubro, que estabelece casos de inelegibilidade e providências correlatas. Suprimindo o preceito enumerado, torna o diploma inaplicável às eleições de Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, designadas para 30 de novembro de 1969. Pelo art. 2º submete essas eleições à disciplina do Ato Complementar nº 61, de 14 de agosto de 1969.

Se o preâmbulo do decreto-lei argüi a inconveniência do adiamento das eleições e a dificuldade de obediência aos novos prazos, sua base jurídica reside na invocação do art. 55, I, da Constituição Federal, “para a efetiva realização da política nacional, fundada no princípio da segurança”.

A lei, porém, não pode alterar o inexistente, nem modificar a natureza dos fatos e relações da vida associada.

2 — Ora, o Decreto-Lei nº 1.063, de 21 de outubro de 1969, é inexistente, juridicamente destituído de qualquer eficácia.

Na forma de sua ementa, “estabelece, de acordo com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, casos de inelegibilidade, e dá outras providências”. Mas a Emenda Constitucional nº 1, na conformidade de seu art. 2º, entrou em vigor, precisamente, no dia 30 de outubro. Se nesta data é que a Emenda começaria a vigor, antes dela não podia o novo texto constitucional servir de arrimo a lei alguma. Até o dia 29 de outubro, o fundamento de qualquer lei ou decreto-lei somente consistia na Constituição de 1967, ou nos Atos Institucionais a ela subsequentes, violadores da ordem vigente, porém de existência material evidente, garantida pelo poder político-militar.

Pouco importa que o Decreto-Lei nº 1.063 também haja estipulado seu ingresso em vigor no dia 30 de outubro (art. 19), assim coincidindo com o início de eficácia da Emenda Constitucional. Ponto central de apreciação da matéria é que esta Emenda, tendo sua vigência marcada a partir de 30 de outubro, não representava, antes desta data, instrumento normativo, obrigatório e válido, que amparasse ou escudasse a feitura de lei comum.

3 — Entre a data da publicação da Emenda e a prevista para sua entrada em vigor, decorria o período de *vacatio legis*, durante o qual o documento novo ainda não era o direito constitucional positivo, aplicável, a carta reguladora dos poderes do Estado e dos direitos e deveres dos indivíduos. Eis o ensinamento da doutrina: “para ter a lei autoridade de preceito, ou norma de conduta, a que devam todos obedecer, isto é, para desenvolver a força 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 força 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” (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho: A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Comentada, Liv. Freitas Bastos, 1943, vol. 1º pág. 48).

4 — Vale acentuar, também, que essa diretriz não traduz preocupação meramente formal, ou de defesa de privilégios do indivíduo. Cuida-se de preservar a segurança das normas e dos direitos criados, no plano geral das relações que vinculam ao domínio e à hierarquia das leis os cidadãos e os governantes. No prefácio a obra editada, em 1961, sob os auspícios do Centro Francês de Direito Comparado, *Georges Vlachos* assinala essa verdade. “La technique de la promulgation et de la publication des actes législatifs — pondera elle — ne rejoint pas seulement la dogmatique des libertés individuelles en ce qu’elle délimite la participation de l’exécutif à l’oeuvre législative. S’il est vrai, comme Montesquieu l’a enseigné, que la notion de sûreté est inhérente à celle de liberté, la sûreté, qui n’est en l’espèce que la certitude du droit, ne trouve-t-elle pas sa garantie dans les formalités destinées à rendre les lois exécutoires et opposables aux citoyens et n’y a-t-il pas, dans la procédure de publication des lois, la recherche d’une publicité considérée comme une des conditions de l’ordre juridique légitime?” (*Institut de Droit Comparé de l’Université de Paris: La Promulgation, La Signature et la Publication de Textes Législatifs en Droit Comparé*, Les Editions de l’Epargne, Paris, 1961, pref., pág. X).

5 — No caso, é de capital importância considerar esses requisitos de eficácia porque os dois textos constitucionais não se equivalem na disciplina das inelegibilidades. A Constituição de 1967, em sua forma originária, é grandemente *especificativa* das inelegibilidades (arts. 145 a 147), deixando à lei complementar “*outros casos*”, que delimita no pressuposto de preservação do regime democrático, da probidade administrativa e da normalidade e legitimidade das eleições, contra o abuso do poder econômico e do exercício de cargos públicos (art. 148). A Emenda Constitucional nº 1, com a estranhável retificação de 21 e a republicação integral de 30 de outubro, embora enuncie algumas hipóteses de irreelegibilidade e de inelegibilidade, é substancialmente *normativa*. Reserva à lei complementar estabelecer “*os casos de inelegibilidade*”, segundo as regras predeterminadas (arts. 150 e 151).

Diversos, assim, os textos constitucionais, nem ao menos se pode alegar a identidade de conteúdo e de alcance para justificar o preparo e a publicação, no prazo de vigência da Carta de 1967, de decreto-lei sobre inelegibilidades, “*de acordo com a Emenda Constitucional nº 1*”. Há na iniciativa evidente subversão da ordem jurídica, que importou em antecipar, em lei ordinária, a vigência da Emenda, com desconhecimento da Constituição.

6 — Se os Atos Institucionais de nºs 5 e 16 autorizavam o decreto-lei, como este os invocou, não o faziam, *entretanto*, para que fôsse aplicada a Emenda Constitucional, cuja vigência pendia, expressamente, do vencimento de dia certo. Salvo edição de Ato institucional específico — desde que o govêrno se julgava investido dêsse poder de exceção — a matéria de inelegibilidade somente podia ser disciplinada, até o dia 29 de outubro, com fundamento na Constituição de 1967, segundo seu contexto originário.

Se assim não fôr entendida a supremacia da Constituição, ter-se-á que concluir, como no severo dilema de *Marshall*, que “*então as constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável*”: “*then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to*

limit a power in its own nature illimitable" (*Marbury v. Madison In John Frank: Cases on the Constitution, McGraw-Hill Book Company, N. Y., 1951, pág. 23*).

7 – Uma vez, porém, que, apesar dos equívocos e das transformações correntes, prevalece a noção da supremacia constitucional, o decreto-lei que estabelece casos de inelegibilidade, editado como foi, é ofensivo à Constituição de 1967, e, portanto, sem validade. Incide na lição sobrevivida 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" (*A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo, Atlântida Editôra, Rio, 2ª ed., pág. 49*).

Em consequência, é nulo, por inconstitucional, o Decreto-Lei nº 1.063. Por isso mesmo, não podia ser invocado, nem parcialmente modificado, como o foi pelo Decreto-Lei nº 1.069, que nêlo condenou e suprimiu apenas o art. 18. Uma lei, material ou formal, não pode ter por fim *derrogar* outra juridicamente *inexistente*, porque a *alteração* pressupõe reconhecimento da validade do diploma, *Ab-rogar* o texto, ou suspender-lhe totalmente a vigência (arts. 42, VII, e 43 da Const. Federal) são as providências adequadas para repelir a lei inconstitucional no seu conjunto, ou por sua índole. Logo, o Decreto-Lei nº 1.069, pretendendo alterar o de nº 1.063, e, assim, convalidá-lo no seu sistema, é, por igual, insubsistente.

8 – Se nulo não fôsse por seu fim, o Decreto-Lei nº 1.069 teria, como tem, o mesmo estigma, por seu fundamento, que assenta em *segurança nacional* (art. 55, I).

Embora segurança nacional seja matéria de conceito amplo no regime brasileiro, a partir da Constituição de 1967, não pode ser de aplicação arbitrária, nem mesmo depois da Emenda nº 1.

Examinado o texto constitucional no complexo de seus dispositivos sobre a matéria, apura-se que a idéia consagrada de segurança nacional é sempre relacionada com o *todo*, e não com suas partes isoladas. Visa à defesa da integridade territorial do País e de suas instituições políticas e militares, consideradas em seu significado maior e não sob o ângulo de fatos de repercussão meramente regional ou local. Por isso, o art. 55, I, refere-se, em forma genérica, à segurança nacional. Expressiva, também, dêsse entendimento é a competência atribuída ao Conselho de Segurança Nacional, tôda ela tendo em vista a *nação*, e não suas unidades, ou acontecimentos a estas limitados. Assim, ao Conselho compete "estabelecer os objetivos nacionais permanentes", "estudar, no âmbito interno e externo, os assuntos que interessem à segurança nacional", e "indicar as áreas indispensáveis à segurança nacional e os Municípios considerados de seu interesse". (art. 89, I, II, III). E se o Presidente da República aprova nomeação de Prefeitos, feita por Governador, não é para prestígio de determinados Municípios, mas quando são êstes "declarados de interesse da segurança nacional" (art. 15, § 1º, b).

Dêsse modo, sômente podem ser compreendidos na noção de segurança nacional, para justificar competência excepcional prevista na Constituição, fatos ou situações concernentes ao País e às suas instituições no plano geral, jamais

restritos ao âmbito regional ou local, sem ameaça à integridade do conjunto. 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 Poderes 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.

9 — De harmonia com essa compreensão decidiu o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 62.731, em agosto de 1967, ao apreciar o Decreto-Lei nº 322, desse ano. Em seu voto largamente vitorioso, o Relator, Ministro Aliomar Baleeiro, salientou que não emitia juízo pessoal, antes em função dos arts. 89 a 91 da Constituição, a que correspondem os arts. 86 a 89, depois da Emenda nº 1. E 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 nos alicerces e ruirão se admitirmos que representa “segurança nacional” toda matéria que o Presidente da República declarar que o é, sem oposição do Congresso.”

“Quero crer que “segurança nacional” envolve toda 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 duas palavras — contra a guerra externa ou intestina, esteja ela travada e efetiva ou fermente ainda em estado potencial próximo ou remoto. Daí admitir eu que o conceito de “segurança nacional” abranja medidas preventivas contra os lêvedos da ação armada ou da desordem, nesta época em que tanto se falou e fala-se em “5ª coluna”, “guerra fria”, “guerra revolucionária”, “guerra psicológica” etc.”

Dentro da irrecusável lógica dessas idéias, acentuou o Ministro-Relator: “Parece-me, pois, que em matéria objetivamente definida na Constituição (arts. 89 e 91), não é constitucional interpretar-se a cláusula “segurança nacional” do art. 58, I, como algo que o Presidente da República faz e o Congresso desfaz, ou que ambos podem fazer discricionariamente”.

Desdobrando raciocínio semelhante, o Ministro Victor Nunes observou que discricionário, no dispositivo constitucional, “é a condição da urgência e do interesse público relevante”. “Sobre isso falam soberanamente, em primeiro lugar, o Executivo, em segundo, o Congresso”. Ressaltou, porém, que o mesmo não ocorre com a qualificação da matéria de segurança nacional. “A definição dessa

matéria — disse — não é discricionária, pois o nosso sistema constitucional seria ilusório, se um conceito tão básico, tão importante, tão fundamental, seja para a segurança do Estado, seja para a segurança dos indivíduos, dependesse tão-só do critério ilimitado e exclusivo dos órgãos políticos”.

Por fim, o Ministro Luiz Gallotti assinalou: “Entendido amplamente, isto é, que o Congresso, sem limites, pode alargar o conceito de segurança nacional, então, poderia haver decretos-leis sobre tudo, porque, remotamente, toda a ordem jurídica interessa à segurança nacional, e a limitação constitucional, da competência do Executivo para baixar decretos-leis, praticamente desapareceria” (Revista Trimestral de Jurisprudência, vol., 45, págs. 559-580).

10 — Fixando essa conceituação, o Supremo Tribunal Federal não adotou critério divergente, sequer, do Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967. De acordo com esse instrumento, a segurança nacional era a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos (art. 2º). O Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, que revogou o de nº 314, não alterou essa compreensão (arts. 2º e 3º). Não se confunde, pois, a segurança nacional com remédio para quaisquer vícios ou males, ou com processo comum para sanar inconvenientes resultantes de erro legislativo.

Assim entendida, segundo a Constituição, a jurisprudência e a lei, a matéria de segurança nacional não abrange, portanto, fato em que os contrastes caracterizados não atingem nem ameaçam a prática e a estabilidade das instituições. Contradições e conflitos decorrentes de lei imprudente não bastam para configurar antagonismos danosos à sobrevivência das instituições, que são os compreendidos na área da segurança nacional. Conflitos e contradições tais devem ser eliminados ou superados pelo uso da competência constitucional comum, e não excepcional, dos poderes do Estado.

11 — No caso, mesmo a exposição de motivos do Decreto-Lei nº 1.069, elaborada pelo Ministério da Justiça, estimou que a impropriedade do art. 18 do Decreto-Lei nº 1.063 gerou fato apenas determinante de “grave inquietação no seio do partidos”, e de “perturbação no sistema eleitoral”, por importar em alteração na propaganda e na situação de candidatos, em pleito previsto para uma parcela de Municípios da Federação. Dêse modo, ainda que o problema de inelegibilidades pudesse situar-se, em tese, na esfera da segurança nacional, na hipótese não teria ocorrido fato suficientemente extenso e perigoso, que ameaçasse as instituições políticas, ou, em particular, o regime representativo. Não se configuraria, em resumo, “antagonismo” contra a consecução de “objetivos nacionais”, ou seja, inexistiria o fator justificativo da ação ou da política de segurança segundo a própria doutrina da Escola Superior de Guerra (Revista Brasileira de Estudos Políticos — nº 21, julho de 1966 — especial sobre a Segurança Nacional — notadamente págs. 72-80).

Tanta incerteza dominava que a fundamentação do ato alude à “realização da política nacional, fundada no princípio da segurança”, mas não informa ter sido ouvido o Conselho de Segurança Nacional (D.O. de 4-11-69). A Constituição reformada, no entanto, com ênfase superior à da redação primitiva, proclama ser o Conselho “o órgão de mais alto nível na assessoria direta ao Presi-

dente da República, para formulação e execução da política de segurança nacional” (art. 87).

12 — Mesmo, porém, que o fato oferecesse outra caracterização de gravidade estaria excluído do âmbito da segurança nacional, para o efeito do art. 55, I, por força do disposto no parágrafo único do art. 52 da Constituição.

Essa norma, enumerando as matérias que não podem ser objeto de delegação legislativa, inclui entre os assuntos vedados “a nacionalidade, a cidadania, os direitos políticos e o direito eleitoral” (nº II). Ora, o problema das inelegibilidades participa da natureza das questões diretamente vinculadas à cidadania, aos direitos políticos e ao direito eleitoral. Visto, pois, à luz de qualquer desses aspectos, escapa à competência legislativa do Poder Executivo.

Nem se afirme que não há similitude entre lei delegada e decreto-lei. São ambos instrumentos legislativos. A diferença essencial, em nosso regime, é que “a delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos do seu exercício” (art. 54 da Const. Fed.), ao passo que o decreto-lei tem seus pressupostos enumerados no texto constitucional (art. 55). Destarte, na prática da legislação delegada o Congresso Nacional exerce papel condicionador relevante, através do ato de habilitação. Além disso, “se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, êste a fará em votação única, vedada qualquer emenda” (art. 54, parágrafo único). Logo, pode o Congresso fulminar o projeto. Na edição de decreto-lei, os requisitos estão preestabelecidos, genericamente, na regra constitucional, e a rejeição dêle, pelo Congresso Nacional, “não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência” (art. 55 e § 2º).

É de ver, porém, que se a lei delegada, dependente de resolução clausulada do Congresso, para habilitar o govêrno a determinado procedimento normativo, não pode disciplinar a cidadania, os direitos políticos e o direito eleitoral, tal não há de ser permitido ao decreto-lei, que representa forma anômala de delegação. A condição de segurança nacional, por importante que seja, não é suficiente para deferir ao decreto-lei amplitude incompatível com a natureza de uma faculdade excepcional. Mostra-o, aliás, a própria Constituição, que no caso de declaração de Municípios como “de interêsse da segurança nacional” reservou ao Poder Executivo apenas a iniciativa da lei (art. 15, § 1º, b), não a prerrogativa de decreto-lei.

Tanto mais cauteloso há de ser o intérprete na verificação da competência do Presidente da República de expedir decreto-lei porque se trata de *faculdade excepcional*, e de *compreensão estritíssima* no que concerne a segurança nacional, como pondera, com inegável procedência, o Professor *Geraldo Ataliba* (*O Decreto-Lei na Constituição de 1967*, Edição da Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1967, págs. 19, 27, 43 e 45 e s.).

13 — Acresce, para acentuar a cautela, que, de conformidade com o art. 151 da Constituição, “lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta”, o que por igual exclui a matéria, em sua amplitude, de incidência no círculo excepcional do decreto-lei. Desta sorte, ainda por sua forma é inconstitucional o Decreto-Lei nº 1.069. Quando a Constituição

pretendeu restringir, extraordinariamente, o alcance de lei complementar nela prevista, como a indicada no art. 18, § 1º, para facultar a expedição de decreto-lei, fê-lo de maneira explícita, dispondo sobre finanças públicas e normas tributárias, no art. 55, II. Preceito equivalente não encerra sobre inelegibilidade ou matéria dela abrangente, para reduzir a dimensão da lei complementar estipulada no art. 151.

14 — Cabe salientar, finalmente, contra o estranhável propósito ampliativo do decreto-lei, que na tradição constitucional brasileira, como na dos regimes democráticos em geral, o instrumento normativo regular é a lei, discutida e votada pela representação política. A iniciativa de projetos e o exercício do veto exprimem a forma comum de participação do Poder Executivo no processo legislativo.

A Constituição vigente, não obstante a marca de fortalecimento do Poder Executivo, estabelece, *como princípio*, que “o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional” (art. 27). Portanto, a outorga de competência legislativa ao Executivo continua *exceção*, e como tal deve ser interpretada.

Sucede, ainda, e conforme observou recentemente o Professor *Michel-Henry Fabre*, que, no conjunto, não é boa a legislação por decreto-lei. “Le plus souvent, le décret-loi n'apporte que des réformes hâtives, mal préparées et mal digérées. En somme, le parlement ne fait pas ce qu'il devrait faire, le gouvernement fait mal ce qu'il ne devrait pas faire” (Principes Républicains de Droit Constitutionnel, Lib. Gén. de Droit et de Jurisp., Paris, 1967, pág. 180). As questões suscitadas pelos Decretos-Lei nºs 1.063 e 1.069 comprovam essa observação, com singular oportunidade.

Decerto, é irrecusável a tendência contemporânea de alargar o poder de legislar do Executivo. Mas essa diretriz objetiva proporcionar ao governo, em certos setores da administração, soluções mais rápidas, ou normas de acentuado caráter técnico. Não visa a usurpar ao Legislativo a elaboração daquelas leis que se destinam a regular direitos do indivíduo e da comunidade, como os relativos às franquias políticas e eleitorais. Demais, à redução do *poder normativo* do Parlamento deve corresponder a ampliação de seu *poder de controle*, dentro, também, da orientação moderna, o que não se verifica no regime brasileiro. Prova disso é o que ocorre com o próprio decreto-lei, que se não fôr rejeitado pelo Congresso, dentro de sessenta dias, “será tido por aprovado”, e rejeitado “não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência” (§ § 1º e 2º do art. 55).

Conseqüentemente, dar interpretação extensiva ao sistema de decreto-lei é contrariar a essência do regime representativo. A Constituição mesma assim o reconhece, porquanto, permitindo aos Estados “adotar o regime de leis delegadas”, ressalvou: “proibidos os decretos-leis” (art. 200, parágrafo único).

15 — É inegável, pois, a exorbitância dos Decretos-Leis nºs 1.063 e 1.069, como o será a de outros da mesma índole, em face da Constituição. Não os convalida a aprovação, direta ou indireta, do Congresso Nacional, porque não podem ser confirmados atos nulos.