DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — MILITAR — TRANSFERÊNCIA PARA A RESERVA — PRESCRIÇÃO

— Não é admissível declarar-se a inconstitucionalidade de lei ordinária em face da Constituição revogada, nem de Constituição promulgada posteriormente.

— A declaração de inconstitucionalidade não aproveita a quem não a pediu judicialmente; para que a lei deixe de vigorar, para os que não tomaram parte na demanda que ensejou a declaração de inconstitucionalidade, é necessária a sua revogação por lei nova ou a intervenção do Senado na forma do art. 64 da Constituição.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

PROCESSO P. R. N.º 7.592-53

E. M. n.º 66, de 30 de abril de 1953, submetendo à consideração presidencial o Parecer sob n.º 262-T, da mesma data, relativo ao pedido de anulação do decreto de 13 de dezembro de 1952, que transferiu para a reserva, com base no decreto-lei n.º 2.173, de 1940, o Capitão-de-Corveta da Reserva Remunerada Paulo Alcoforado Natividade. — Aprovado. Em 5-5-953. — (Rest. proc. ao Gabinete Militar em 9-5-953).

*

PARECER

I

1. Com despacho do Exmo. Sr. Presidente da República, solicitando parecer, foi enviado a esta Consultoria Geral o processo, originário do Ministério da Marinha, em que é interessado o Capitão de Corveta da reserva Paulo Alcoforado Natividade.

2. O referido oficial, em requerimento datado de 10-12-51, requereu a anulação do decreto-lei de 13-2-42, que o transferiu, compulsòriamente, para a reserva remunerada, com base no decreto-lei n.º 2.173, de 6-5-40. Alegou o reclamante que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mandado de segurança n.º 1.103, ocorrido em 25-6 de 1951, declarou "inconstitucionais" os arts. 9.º, 10 e 11 do aludido diploma legal, nos quais se fundara o ato administrativo que o colocou na inatividade.

3. O ilustre Consultor Jurídico do Ministério, chamado a opinar, lembrou que a decisão judicial só opera na espécie que lhe deu causa; mas, em certos casos, a administração pode e deve aplicá-las às hipóteses semelhantes, maximé quando se trata de aplicação de lei declarada contrária à Constituição.

4. De acôrdo com êste parecer o Senhor Ministro submeteu ao Exmo. Senhor Presidente da República, a decisão do pedido, concluindo favoràvelmente.

5. Na Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional, levantou-se, porém, a preliminar de prescrição, em face do decreto n.º 20.910, de 6-1-32, e do decreto-lei n.º 4.597, de 19-8-42. O Ministério, entretanto, replicou, dizendo que a prescrição, no caso em exame, se deveria contar, não do ato de transferência para a reserva, praticado em 1942, mas do julgamento do Supremo Tribunal Federal, verificado em 1951.

6. Novamente a Secretaria Geral do Conselho foi ouvida e aconselhou a relevação da prescrição, mediante lei, não só em favor do interessado neste processo, como de todos os demais oficiais que se encontram nas mesmas condições. Sòmente por via legislativa, por provocação do Poder Executivo, em Mensagem ao Congresso Nacional, ou por iniciativa dêste, a pretensão do requerente, concluiu o mesmo órgão, poderá ser atendida.

7. Antes do despacho final o Excelentíssimo Sr. Presidente da República quís ouvir esta Consultoria, como foi dito de início.

II

8. Argumenta-se, em favor do requerente, invocando o julgado proferido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, no mandado de segurança n.º 1.103, em que foram impetrantes os Capitães de Mar e Guerra Mário de Faro Orlando e Edgar de Paula Oliveira. Examinei, na Secretaria do Tribunal, as notas taquigráficas dos votos e os acórdãos emitidos neste caso e verifiquei que há peculiaridades dignas de registro, que o distanciam da hipótese que deu origem ao presente processo.

9. De fato, os impetrantes, em petição de 19-7-49, impugnaram os decretos que os colocaram na reserva, com base no decreto-lei n.º 2.173, de 1940, combinado com o Estatuto dos Militares (decreto-lei n.º 9.698, de 1946), art. 51, *c*. O confronto dos dispositivos do texto de 1940 foi feito com os da Constituição de 1946, art. 141, §§ 1.º, 3.º, 4.º e 25, na vigência da qual haviam sido transferidos, compulsòriamente, para a reserva, conforme decretos publicados em 17 de março de 1949, os impetrantes da segurança.

10. O Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, Relator, reportou-se a um julgamento anterior, proferido no mandado de segurança n.º 947, impetrado pelo Capital de Mar e Guerra Raul Alvares de Azevedo e Castro e indeferido, unânimemente; concluiu pela legalidade dos atos impugnados. Os dispositivos do decreto-lei n.º 2.173, de 1940, não contrariavam a Constituição de 1946 e, por isto, os atos nêle fundados eram legítimos.

11. De acôrdo com S. Excia. votaram os Srs. Ministros Macedo Ludolf, Luís Gallotti, José Linhares e Barros Barreto. Em sentido contrário, concedendo a segurança, votaram os Srs. Ministros Ribeiro da Costa, Edgar Costa, Orosimbo Nonato e Aníbal Freire. A decisão é de 1-12-49 e os votos vencidos consideraram como colidentes com a

Constituição de 1946, especialmente o art. 182, os dispositivos do decreto-lei n.º 2.173, de 1940.

12. Houve embargos e no julgamento dêstes, ocorrido em 25-6-51, o Tribunal mudou de decisão, por maioria de votos. Receberam os ditos embargos os Senhores Ministros Edgar Costa, Luís Gallotti, Mário Guimarães, Rocha Lagoa, Orosimbo Nonato, e os rejeitaram os Senhores Ministros Afrânio da Costa e Barros Barreto.

13. Aludiu-se, aliás, ao julgamento de outro mandado de segurança de número 1.095, impetrado pelo Capitão de Mar e Guerra Eduardo Henrique Sisson, versando a mesma tese, e que foi indeferido em sessão de 14-12-49.

14. O julgamento ora comentado, apesar de na "ementa" do respectivo acórdão se aludir à "inconstitucionalidade" dos dispositivos do decreto-lei número 2.173, de 1940, o que fêz foi declarar revogados, pela Constituição de 1946, os textos anteriores, com ela colidentes, particularmente em confronto com o seu art. 182.

15. E' sabido que a declaração de "inconstitucionalidade" pressupõe a vigência simultânea de dois textos de hierarquia diversa, sendo o ordinário baixado posteriormente à promulgação do constitucional. Conforme sustentei no Parecer 243-T, de 27-2-52.

"Não é admissível declarar-se a "inconstitucionalidade" de lei ordinária em face de Constituição revogada, nem de Constituição promulgada posteriormente.

No primeiro caso porque a inconstitucionalidade é substancialmente *um conflito entre dois textos vigentes;* assim acontecendo, o texto de menor hierarquia cede lugar ao de maior. Mas, para que haja atrito, é preciso que ambos os textos atuem, produzam efeitos, no momento da declaração da incompatibilidade. Não tem sentido indagar-se da divergência entre dois diplomas quando um dêles já deixou de vigorar, porque não pode haver colisão entre o que existe e o que deixou de existir.

7. A incompatibilidade entre uma lei *anterior* à Constituição, não se resolve pela declaração de inconstitucionalidade, mas pelo princípio da *revogação.*

Nêste sentido é pacífica a jurisprudência dos Tribunais.

"A lei anterior à Constituição e incompatível com esta considera-se *revogada* e não *inconstitucional*" (Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 24-1 de 1936, *in Revista Forense,* vol. 68, pág. 170).

"A constitucionalidade da lei sòmente se afere em face da Constituição vigorante à época de sua promulgação" (Acórdão do T. J. do Distrito Federal, de 16-9-47, *in Revista Forense,* vol. 125, pág. 499; idem, acórdão de 19-4-50, *in* Revista cit., vol. 142, pág. 224).

"Verifica-se, entretanto, que não se trata de questão de inconstitucionalidade em sentido técnico. Êsse vício pode inquinar leis posteriores à Constituição, com a qual são confrontadas. Mas, na espécie, a lei que se considera é cerca de nove anos anterior à Constituição em vigor. A questão que surge é, por conseguinte, apenas a de saber se o texto legal em exame subsiste em face da Constituição nova, ou se foi por esta revogada" (Acórdão do T. J. de São Paulo, de 26-1-49, *in Revista Forense,* vol. 123, pág. 176).

III

16. Mas, admitindo-se para argumentar, que houvesse o colendo Tribunal perpetrado um êrro de técnica, ainda assim, a declaração de inconstitucionalidade não se estenderia a quem não a pediu judicialmente.

17. Conforme lembrou C. A. Lúcio Bittencourt, em excelente monografia:

"A lei, assim declarada inconstitucional, não fica *revogada,* ou *nula,* continua a figurar nos registros e no corpo das leis, mas os tribunais a *desconhecem* na apreciação dos casos concretos submetidos a seu julgamento, recusando-lhe eficácia jurídica (*O Contrôle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis,* 1949, pág. 134).

18. E' que, conforme a lição de Rui Barbosa, os Tribunais não revogam leis:

"Qualquer estudante dos manuais de direito constitucional que, nas escolas americanas se distribuem às crianças, tem noção de que o Poder Judiciário não revoga atos de outro poder" (*Atos Inconstitucionais*, pág. 97).

19. A questão é pacífica e dispensa maiores explicações. Para que a lei, declarada" inconstitucional", deixe de vigorar para os que não foram parte na demanda que ensejou a declaração, é necessária a sua revogação por lei nova, ou a intervenção do Senado Federal, na forma do art. 64 da Constituição.

20. Do exposto se verifica que o ato que atingiu o Capitão de Corveta Paulo Alcoforado Natividade, praticado em 13 de fevereiro de 1942, não pode ser pôsto em confronto com a Constituição de 1946, porque fundado em lei anterior, de 1940.

Seria esdrúxulo perquirir da "inconstitucionalidade" de uma lei ordinária em conflito, não com a Constituição então vigente, mas com outra futura, ainda não promulgada.

21. Contra os requerentes do mandado de segurança n.º 1.103, foi aplicado o decreto-lei n.º 2.173, após à Constituição de 1946, isto é, aos 17 de março de 1949. Êles poderiam, como o fizeram, reclamar o contraste com a nova ordem constitucional e arredar o texto anterior; mas ao interessado neste processo, não seria possível assim proceder. Teria que reportar-se à Carta de 1937, à qual o decreto-lei n.º 2.173 não repugnava.

IV

22. Outro aspecto da controvérsia, que me parece desviado de seu leito natural é o da prescrição. E' regra imperativa que a Fazenda Pública goza de um privilégio imemorial neste particular.

23. O Código Civil, no art. 178, § 10, n.º VI, estabelece o prazo de 5 anos para a prescrição de *"tôda e qualquer ação contra a Fazenda Federal", devendo o prazo de prescrição correr da data do ato ou fato, do qual se originar a mesma ação.*

No mesmo sentido dispôs o decreto n.º 20.910, de 6-1-32, art. 1.º.

24. Quanto à suspensão ou interrupção da prescrição, o Código Civil (artigos 163-174), bem como a Lei número 5.761, de 25-1-30, o decreto n.º 20.910, de 6-1-32, e o decreto-lei n.º 4.597, de 19-8-52, contém regras sôbre a sua inteligência. Em nenhum dêstes diplomas se encontra indicado, como motivo de suspensão ou de interrupção de prescrição, a decisão judiciária tomada em processo movido por outrem (capaz e titular de um direito próprio e autônomo), concluindo quer pela inconstitucionalidade", quer pela "revogação" de uma lei.

25. Nem o fato de se tratar de oficial da Armada, servindo "em tempo de guerra", contra o qual não corre a prescrição (art. 169, n.º III, do Código Civil) aproveita ao requerente, porque o "estado de guerra", declarado em 31-8 de 1942, pelo decreto n.º 10.358, deixou de existir por fôrça do decreto número 19.955, de 16-11-45. Assim, na hipótese mais benígna para o requerente, quando êle pediu a anulação do decreto de 13-2 de 1942, aos 10 de dezembro de 1951, mais de 5 anos já haviam decorridos.

26. Em face do exposto, tendo ocorrido prescrição irremediável, deve ser arquivado o requerimento inicial. Quanto à relevação da prescrição, é matéria que depende de lei nova e sôbre cujo mérito e oportunidade não cabe a esta Consultoria Geral opinar. Ao Exmo. Sr. Presidente da República, ou ao Congresso Nacional, em sua alta sabedoria, é que toca a matéria.

E' o que me parece. S. M. J.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 1953. — *Carlos Medeiros Silva*, Consultor Geral da República.