

NOTAS SOBRE O BANIMENTO E SEUS EFEITOS

RONALDO REBELLO DE BRITTO POLETTI

SUMÁRIO: 1. O banimento em tese. 2. No Código Criminal do Império e no de 1.890. 3. Nos Atos Institucionais e na Constituição. 4. O aspecto da nacionalidade. Situação jurídica. Conceito jurídico-internacional diferente de cidadania. Estatalidade. 5. A exigência de nacionalidade no Direito Internacional Público. Os refugiados. 6. Os casos de perda de nacionalidade. 7. O banimento da família imperial. 8. O domicílio. Os atos de Registro Civil e notariais. O art. 18 da Lei de Introdução ao Código Civil. 9. O art. 40 do Código Civil aplicado por analogia. 10. A cidadania. O servidor público banido. 11. Os direitos civis. 12. Os efeitos do banimento no direito privado.

1. O banimento constitui restrição da liberdade, impondo ao banido a expulsão do território nacional, a conseqüente residência no exterior e a proibição de voltar ao país, enquanto durar a medida, que pode ter caráter permanente. Reflete interesse do Estado em afastar do seu território quem se torne nocivo à convivência nacional. Será judicial, se resultar de pena cominada por sentença, ou apenas providência política.

2. A medida existia à época do Império, cujo Código Criminal dispunha:

“Art. 50. A pena de banimento privará para sempre os réus dos direitos de cidadãos brasileiros e os inibirá perpetuamente de habitarem território do Império.

Os banidos que voltarem ao território do Império serão condenados à prisão perpétua”.

Aquele diploma não cominou tal sanção a crime definido na parte especial, explicando-se sua referência na parte geral pelo disposto no art. 7.º, § 3.º da Constituição Política do Império (cf. TOMÁS ALVES JÚNIOR — *Anotações Teóricas e Práticas ao Código Criminal*, I vol., págs. 548 e seguintes, R.J. 1864):

“Art. 7.º. Perde os direitos de cidadão brasileiro:

§ 1.º

§ 2.º

§ 3.º — O que for banido por sentença”.

O Código Penal de 11 de outubro de 1890 (Dec. n.º 847), já na República, disciplinava diferentemente a matéria, retirando a perpetuidade da pena:

“Art. 46. O banimento privará o condenado dos direitos de cidadão brasileiro e o inibirá de habitar o território nacional, enquanto durarem os efeitos da pena.

O banido, que voltar ao país, será condenado à reclusão até trinta anos, se antes não readquirir os direitos de cidadão”.

3. O banimento inexistia em nosso direito, desde a Constituição Republicana de 1891, que o aboliu (cf. art. 72, § 20):

“Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1.º a 19.º

§ 20.º — Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial”.

Foi, agora, reintroduzido pelos Atos Institucionais n.ºs 13 e 14, de 5 de setembro de 1968, permanecendo a possibilidade de sua aplicação, nos termos que a lei determinar, por força do § 11, do art. 153 da Carta Magna. As causas de sua existência são a guerra psicológica adversa revolucionária ou subversiva, bem como a possibilidade de guerra externa. Foram, todavia, fatos determinados e específicos que novamente o ensejaram no ordenamento positivo brasileiro. De fato, o seqüestro de um diplomata estrangeiro e a conseqüente exigência dos seqüestradores acabaram por precipitar os citados atos institucionais. O Governo do Brasil, fiel às tradições humanitárias do povo, salvou a vida do diplomata, sem abrir mão da soberania do Estado. Aplicou aos presos uma sanção, banindo-os do território nacional, ao invés de libertá-los, conforme exigiam os seqüestradores.

A medida, nos termos do ato institucional, aplica-se pelo Poder Executivo ao brasileiro que, comprovadamente, se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional. O texto do ato institucional omitiu os efeitos do banimento na vida civil do banido,

embora tenha resolvido questões imediatas, quais sejam a determinação da suspensão do processo ou da execução da pena a que, porventura, estivesse respondendo, como a interrupção da contagem de todo e qualquer prazo de prescrição penal a seu favor.

Por outro lado, o banimento do texto constitucional, introduzido primeiramente pelo Ato Institucional n.º 14, e depois mantido na Emenda Constitucional n.º 1, depende de lei que poderá dispor sobre seus efeitos jurídicos.

No tocante ao banimento previsto no ato institucional, temos como evidente ser ele medida do Poder Executivo, portanto não judicial ou, pelo menos, não exercitável por órgão do Poder Judiciário. Além disso, a sanção no banimento consubstanciada não é definitiva, nem perpétua, porque seus efeitos são “enquanto perdurar” (cf. art. 1.º, AI n.º 13); sendo assim, é temporário, suscetível de reexame e de reogação, naturalmente pelo próprio Poder banidor.

Essas conclusões referentes ao banimento do Ato Institucional não se aplicam ao da Constituição, pois, quanto a este, nada se permite concluir com segurança. De fato, ele (o da Constituição) está a depender de lei disciplinadora do instituto.

4. Dois aspectos são fundamentais para o desenvolvimento da questão: o da nacionalidade e o do domicílio dos banidos.

Quanto à nacionalidade, observemos de início que ela é uma situação jurídica e não um direito, malgrado a Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamar que todo homem tem direito a uma nacionalidade e que ninguém dela será arbitrariamente privado (cf. art. XV).

A nacionalidade representa tema nada pacífico na doutrina. Do ponto de vista sociológico, constitui um conceito fático e afastado de conotações jurídicas. No entanto, ela é vínculo de natureza política entre o homem e o Estado. Por isso, na sua idéia predomina o aspecto jurídico-internacional e não se confunde com os critérios do direito interno. Assim, nacionalidade difere de cidadania, que é noção eminentemente jurídica e interna. Há, naturalmente, quem pense o contrário (cf., a respeito da sinonímia entre nacionalidade e cidadania e acerca de todo o tema, PONTES DE MIRANDA, **Nacionalidade de Origem e Naturalização no Direito Brasileiro**, págs. 12/13, 2.ª ed., 1936, RJ; A. BARDEAU DE CARVALHO, **Nacionalidade e Cidadania**, pág. 9, 1956, S.P.; RAUL PEDERNEIRAS, **Direito Internacional Comparado**, 13.ª ed., pág. 306, 1965, S.P.). Mas muitos argumentos persuadem-me da outra tese (cf. OLIVEIROS LITRENTO, **Manual de Direito Internacional Público**, págs. 313 e seguintes, FORENSE, s/d, RJ; HAROLDO VALADÃO, **Direito Internacional Privado**, 2.ª ed., 1970, RJ).

A expressão **nacionalidade**, que muitos, para desvinculá-la do mencionado prisma fático, substituem por **estatalidade**, é situação jurídica, não confundível com os direitos, uma vez que é antes con-

dição e pressuposto para a exigência destes. Ela terá influência na criação e no desenvolvimento dos direitos subjetivos, mas não é um deles (cf. CLÓVIS BEVILÁQUA, pág. 58, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., 1972). Será fácil verificar esta natureza de **situação jurídica** da nacionalidade, se a visualizarmos como um estado da pessoa, porque, sem dúvida, ela realiza modo de existir do ponto de vista político, isto é, as pessoas são nacionais ou estrangeiras. Ora, sem dúvida, **estado** é, por excelência, situação jurídica.

5. Duas afirmações parecem-me importantes para uma conclusão sobre o efeito do banimento na nacionalidade do banido.

A primeira consiste em haver o Direito Internacional, através dos órgãos que o aprimoram e defendem, feito grande esforço pelo desaparecimento do apátrida, porque é do interesse das pessoas e dos Estados que todos tenham a proteção de algum país (cf. RAUL PEDERNEIRAS, op. cit., pág. 312, ref. Conferência para a Codificação do Direito Internacional, 1930, Haia, onde se fez voto pelo esforço de todos para reduzir casos de **apolitia** ou apatridia). Este problema vem muito discutido no Direito Internacional Público, a respeito dos refugiados, que, certamente, não se confundem com os banidos aqui tratados. Foi por causa dos refugiados que se elaborou, no Direitos das Gentes, a doutrina da exigência da nacionalidade (cf. EGÍDIO REALE, in *Recueil des Cours*, vol. 63, págs. 473 e seguintes; G. VAN HEUEN GOEDHART, *The Problem of Refugees*, *ibidem*, 1953, I, v. 82, págs. 259 e seguintes; F. SCHNYDER, *Les Aspects Juridiques Actuels du Problème des Réfugiés*, *ibidem*, 1965, I, pág. 374).

Especulou-se que o refugiado pode perder, ou não, a nacionalidade, admitindo-se, portanto, a possibilidade de mantê-la. O indiscutível, no entanto, é haver o refugiado, por vontade, ou não, rompido os laços com o governo de seu país, o qual não mais lhe presta proteção. A rigor, o que o refugiado, indubitavelmente, perde são seus direitos políticos, portanto, a sua cidadania, não obrigatoriamente sua nacionalidade.

6. A segunda está em que os casos de perda de nacionalidade são apenas os previstos na Constituição (cf. HAROLDO VALADÃO, op. cit., pág. 314):

“Art. 146. Perderá a nacionalidade o brasileiro que:

I — por naturalização voluntária, adquirir outra nacionalidade;

II — sem licença do Presidente da República, aceitar comissão, emprego ou pensão de governo estrangeiro; ou

III — em virtude de sentença judicial, tiver cancelada a naturalização por exercer atividade contrária ao interesse nacional.

Parágrafo único. Será anulada por decreto do Presidente da República a aquisição de nacionalidade obtida em fraude contra a lei”.

Ora, se isto é assim, e silenciando o Ato Institucional n.º 13, conlui-se, necessariamente, e ainda com base no interesse do Direito das Gentes, que os brasileiros banidos não perderam a sua nacionalidade de origem.

7. Ainda, sobre a nacionalidade, nos já citados Códigos do século passado, a medida era judicial e o banido ficava privado, por sentença, dos seus direitos de cidadão brasileiro. Façam-se, aqui, parênteses, a fim de registrar questão de interesse, do ponto de vista histórico. RUI, ao comentar o já transcrito § 20 do art. 72 da Constituição de 91, afirma que ali,

“... e mui explicitamente, por uma declaração formal e dupla, só se trata do banimento enquanto pena e do banimento judicial.

Não se cogita, pois, da hipótese criada pelo decreto ditatório de 21 de dezembro de 1889, que baniu do território brasileiro D. PEDRO e sua família.

Na Constituição que o Governo Provisório promulgou aos 22 de junho e 23 de outubro de 1890 não se continha a cláusula relativa ao banimento.

E o Código Penal, por ele decretado em 11 de outubro do mesmo ano, cominava o banimento como penalidade a vários crimes.

Ao elaborar, portanto, a Constituinte Republicana a sua obra, o banimento existia, na legislação do país, em duas entidades distintas: como providência de Estado, no decreto que banira a família destronizada e, como meio de repressão, no Código Penal.

Encarando essas duas figuras jurídicas, absolutamente distintas, se a Constituinte as quisesse tratar segundo o mesmo critério, extinguindo juntamente uma e outra, ou havia de abolir, por uma fórmula geral, o banimento, sem distinção entre as duas espécies, ou, procedendo por especificação, teria que acrescentar ao banimento judicial o banimento político.

Mas de nenhum desses dois métodos usou, antes individuou expressamente o banimento judicial. E por quê? Porque tivesse em mente reservar aos poderes políticos do regime, no exercício constitucional de suas funções, o direito de banir? Não; porque nenhum desses poderes tem atribuição alguma, além das que o texto constitucional lhes confere declaradamente ou das que nessas implicitamente se contém, e não cabe sob qualquer delas o arbítrio de fulminar o banimento.

Por que então particularizar-se, como se particularizou, no § 20 do art. 72, o banimento judicial?

Porque existia uma situação singular de banimento político, instituída pelos órgãos legislativos da revolução, que a Constituinte entendia necessário respeitar: a da família imperial. E, para não envolver na abolição do banimento o dos membros da família deposta, o meio era restringir a fórmula constitucional, que o extinguiu, ao banimento

judicial, isto é, ao imposto por sentença dos Tribunais. "(COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, vol. V, págs. 485 e seguintes, Saraiva, SP, 1934).

A prevalecer este raciocínio, aplicando-o ao caso contemporâneo, concluir-se-á que o Estado dispõe da providência do banimento político independente do texto constitucional que vedasse o banimento, porque apenas estaria proibida a sanção emanada de sentença judicial. Ainda que a Lei Maior não restringisse a expressão pela sua judicialidade, é claro que as razões de Estado permaneceriam na sua forma extra-constitucional. Para não aplicar esta conclusão à hipótese semelhante, basta, argumentando, formular circunstância igual, isto é, se a família imperial, agora, representasse ameaça à República, poderia ser banida, ainda que a Constituição houvesse abolido a medida, que estaria fora da Lei Magna, mas não seria contra ela. Aliás, a imprevisibilidade política veio, historicamente, proporcionar novas razões de Estado para o novel banimento do Ato Institucional n.º 13.

Aproveitemos, porém, o exemplo da História para as nossas conclusões. Não seria lógico imaginar que o Imperador e seus familiares houvessem, pelo banimento, perdido a nacionalidade, menos seus direitos civis, os quais foram reconhecidos plenamente, no decorrer do tempo.

8. A questão do domicílio, por sua vez, é sobremaneira importante para as nossas conclusões, inserindo-se, até, no núcleo da discussão, se considerarmos uma antiga norma da Lei de Introdução ao Código Civil.

Saber se o banido perdeu, ou não, o domicílio brasileiro, pode servir de subsídio para deslindar os efeitos do banimento, como, por exemplo, no tangente ao registro civil e aos atos notariais.

Segundo o artigo 18 da Lei de Introdução ao Código Civil, na sua redação originária, era possível inferir que o domicílio no Brasil constituía requisito para a autoridade consular realizar os atos notariais e os de registro civil, de interesse de brasileiros.

Dizia o mencionado artigo do Decreto-lei n.º 4.657, de 4/9/42:

"Art. 18. Tratando-se de brasileiros ausentes de seu domicílio no país, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento, assim como para exercer as funções de tabelião e de oficial do registro civil em atos a eles relativos no estrangeiro".

No entanto, o dispositivo foi modificado pela Lei n.º 3.238, de 1.º de agosto de 1957, que lhe deu nova redação e inseriu outro a respeito do assunto:

"Art. 19. Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiros ou brasileira nascidos no país da sede do consulado".

“Art. 20. Reputam-se válidos todos os atos indicados no artigo anterior e celebrados pelos cônsules brasileiros na vigência do Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, desde que satisfaçam todos os requisitos legais.

Parágrafo único. No caso em que a celebração desses atos tiver sido recusada pelas autoridades consulares, com fundamento no artigo 18 do mesmo Decreto-lei, ao interessado é facultado renovar o pedido dentro de 90 (noventa) dias contados da data da publicação desta lei”.

Como é evidente, o requisito não só foi abolido, mas também se convalidaram os atos realizados sem a sua observância. O legislador agiu corretamente, pois a Lei de Introdução merecera críticas pela exagerada fidelidade ao sistema domiciliar, quando a tradição no direito privado interno e no direito internacional público, no caso, é do requisito da nacionalidade, como vinculação jurídico-política (cf. OSCAR TENÓRIO — **Direito Internacional Privado**, vol. II, pág. 71, 9.ª edição).

Os atos de Registro Civil constituem anotações em livros próprios dos fatos capitais da existência da pessoa natural, desde seu nascimento até sua morte. Por esses registros, conhecem-se e provam-se tais fatos. A razão de ser em perpetuar em registros públicos essas situações está no interesse do Estado e das pessoas. O primeiro vê facilitadas suas funções obtendo dados úteis para as medidas administrativas de toda ordem, enquanto os particulares adquirem um meio eficaz de provar seus estados, suas situações jurídicas, bem como de realizar com segurança seus negócios.

Em face disso, os banidos têm direito aos atos de Registro Civil e de tabelionato, inexistindo qualquer óbice a que as autoridades diplomáticas e Repartições Consulares brasileiras pratiquem aqueles cuja competência lhes pertença legalmente.

9. Quanto à questão, em si, da perda do domicílio, discute-se na especulação doutrinária, embora a lei brasileira tenha resolvido o problema. Há quem sustente que a prisão ou o desterro (forma de banimento) só importam mudança de domicílio se perpétuos, porque do contrário os condenados restam na esperança de voltar e, persistindo esta esperança, deve subsistir o domicílio (cf. CLÓVIS, op. cit., pág. 168). A lei brasileira, contudo, estabeleceu legalmente o domicílio do preso, ou do desterrado, no lugar onde cumpre a sentença ou o desterro (Código Civil, art. 40), dirimindo, portanto, qualquer dúvida quanto ao banimento, porque a este instituto a norma deve ser aplicada por analogia.

10. No que diz respeito à cidadania, conceito puramente jurídico, o banido a perde, porque, inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional, foi impellido a deixar o país e proibido de nele residir. Parece fora de dúvida que, em consequência, se ache impedido de exercer

direitos políticos. Não se trata, propriamente, de suspensão dos mesmos, ou de sua perda definitiva, mas da impossibilidade de exercê-los, enquanto perdurar o banimento. Assim sendo, impedido o proscrito de exercer aqueles direitos, feriu-se-lhe a cidadania.

Isto é lógico, pois não se concebe que alguém, perdendo o domicílio no Brasil, em face dos motivos expressos no Ato Institucional n.º 13, exerça direitos políticos, como aqueles de eleger e ser eleito.

Daí, outras conseqüências necessárias. No caso do funcionário público, ele tem o domicílio legal no lugar onde exerce seu cargo. Se inexistente esta condição, por força do banimento, não pode exercer sua função. Assim, o banido perde a própria capacidade jurídica para ocupar cargo público. Isto, de resto, seria inviável materialmente, pois o banido não tem possibilidade de fazê-lo.

Aliás, este é o entendimento mais razoável, do contrário ele ficaria, por força do AI n.º 10 e AC n.º 78, em situação privilegiada, teoricamente, em relação a quem teve seus direitos políticos suspensos ou seu mandato cassado, com base na legislação revolucionária, até porque o proscrito não poderia ser demitido, já que seria impossível franquear-lhe a defesa exigida na investigação sumária, preconizadas as duas pelo Ato Complementar n.º 39 e seu decreto regulamentador.

No mais, a mera aposentadoria compulsória, cuja aplicação dispensa a defesa, representaria, sob certo aspecto, um prêmio, e resultaria numa situação mais benévola em relação a outros funcionários, que, menos perigosos ou nocivos, foram demitidos.

O servidor público banido perdeu implicitamente seu cargo ou sua função. É preciso, a título de esclarecimento, declará-lo. Tal declaração pode ser feita sem fundamento em lei, mas me parecem plenamente aplicáveis à espécie o Ato Institucional n.º 10, de 16/5/69, e o Ato Complementar n.º 78, de 15/01/70.

11. Os direitos civis constituem natural projeção da personalidade. Decorrem da própria existência da pessoa. Os banidos deles não podem ficar privados, embora possam ter restrições sobre a maneira de exercê-los, como conseqüência do domicílio legal e necessário.

12. O banimento não acarreta a perda da nacionalidade, mas impõe ao banido outro domicílio. Daí, a possibilidade de fazer, a título de exemplo, ilações que me parecem pertinentes:

a) o banido está sujeito à lei brasileira, obrigatória três meses depois de publicada oficialmente (cf. art. 1.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil);

b) todas as normas de Direito Internacional Privado, referentes à sucessão, lhe são aplicadas, considerando-se brasileira a nacionalidade do banido e seu domicílio no exterior;

c) sendo possível ao banido constituir mandatário por instrumento público lavrado nas repartições diplomáticas, não será possível cogitar da declaração de sua ausência, nem a designação de curador.