



PODER DE POLÍCIA E O IMPEDIMENTO DE APRECIÇÃO JUDICIAL NA DÉCADA DE 70 – O STF FRENTE AO ATO INSTITUCIONAL Nº 05

Monografia de conclusão de curso da Escola de Formação

ROBERTO JUNQUEIRA DE ANDRADE VIETRI

2002

SUMÁRIO

Introdução.....	3
Panorama da ordem constitucional então vigente.....	7
Poder de polícia, exclusão de apreciação judicial e o Supremo Tribunal Federal....	10
Conclusão.....	23
Bibliografia.....	27

INTRODUÇÃO

Em 31 de março de 1964, o General Olímpio Mourão Filho mobilizou suas tropas e partiu de Juiz de Fora em direção à cidade do Rio de Janeiro. Dava-se por deflagrada a incursão militar que deporiam João Goulart do poder e, como repercussão maior, o aniquilamento da efêmera experiência democrática pós-1945 surgia como o tom de uma nova era. No mesmo compasso, pois, restavam eliminados os últimos resquícios do populismo getulista, sendo vendida, no entender dos interventores em questão, a promessa de livrar o Brasil dos perigos em confabulação – o comunismo, a influência cubana, a corrupção, a falta de comando, os ditos descaminhos de Jango.

No dia 9 de abril daquele mesmo ano foi editado o documento que seria chamado de Ato Institucional, no caso o de número 1, cujo objetivo centrava-se em ministrar doses maiores de força ao Poder Executivo e também reduzir o campo de atuação dos outros Poderes, por meio de medidas como a suspensão das imunidades parlamentares, a autorização para a cassação de mandatos e o afastamento de garantias básicas dos magistrados.

Esses poderes excepcionais serviram de justificativa para a cena que se daria em seguida, perpetuando-se por mais de uma década, qual seja: o desencadeamento de uma série de perseguições aos opositores do golpe - ou revolução -, envolvendo prisões, inclusive ao público estudantil que se transmutava, gradualmente, de um apanhado a um grupo em vias de tomar corpo.

O primeiro presidente foi o General Humberto Castelo Branco, com mandato até 31 de janeiro de 1966. O seu governo foi marcado pela reorganização da economia - por meio do plano PAEG do Ministro Roberto Campos - e pela atitude

moderada na esfera política, já que a idéia primeira era conduzir um rearranjo na democracia, dando azo a uma feição mais contida e limitada em relação ao modelo anterior, num passo seguinte à realização da faxina prevista no AI/1.

Com esse comportamento sofreu pressões dos próprios militares, vindo a baixar os Atos Institucionais posteriores, sendo que o de nº 4 convocou o Congresso para a promulgação da Constituição Federal de 1967.

O chefe do Executivo que sucedeu ao Castelo foi o General Arthur da Costa e Silva, militar de carreira proeminente, dono de uma linha de raciocínio diferente à do seu anterior. Sua ascensão ao poder representava a esperança da ala linha-dura das Forças Armadas e dos nacionalistas, em claro contraponto à política do anterior Presidente de aproximação com os americanos e incentivo ao capital estrangeiro. No início de seu governo, entretanto, Costa e Silva mostrou-se abrandado e flertou com parcela da oposição.

Contudo, os movimentos sociais contra o regime ganhavam força e a oposição rearticulava-se rapidamente; os militares estavam cercados pela explosão da luta armada de grupos como o MR-8 e a Aliança de Libertação Nacional e, no plano político, pela conspiração de Jango, Juscelino e Carlos Lacerda, fundadores da chamada Frente Ampla.

Nas palavras do historiador Boris Fausto¹, “todos esses fatos eram suficientes para reforçar a linha-dura na certeza de que a revolução estava se perdendo e era preciso criar novos instrumentos para acabar com os subversivos”. Faltava a gota d’água. E foi a decisão do Congresso que negou a quebra da imunidade parlamentar e, conseqüentemente, desautorizou o STF processar por crime o deputado Márcio Moreira Alves, autor de um discurso provocativo às Forças Armadas.

¹ Boris Fausto, *História do Brasil*, pg. 479.

Não houve jeito. Em 13 de dezembro de 1968, a cúpula militar se reuniu e, sob a coordenação do Ministro Gama e Silva, era entregue, ao Presidente, o texto do Ato Institucional nº 5 (em anexo), baixado ao final da tarde. Inaugurava-se, a partir dali, o período mais duro e sombrio do regime militar.

Exatamente sob a vigência do AI/5 - em meio, portanto, àqueles dias do endurecimento do regime - é que o presente trabalho pretende se situar. O nosso objetivo se concentra em expor alguns dos elementos relativos à significativa ampliação do poder de polícia reservado ao Executivo quando foi chamado a se pronunciar o intérprete oficial da norma constitucional, no caso o STF, bem como, sendo o caso, indicar possíveis limites jurisprudenciais àquele modelo de liberdade de agir.

Para tanto, escolhemos como tema de fundo a questão da censura à imprensa, por ter sido uma das práticas mais acentuadas e constantes depois de 1968.

Buscando a melhor compreensão do problema, optamos por traçar, num primeiro momento, um breve panorama sobre a peculiar ordem constitucional em que conviviam uma Constituição escrita e Atos Institucionais, ambos em constante conflito. O itinerário percorrido no texto tem, já na segunda parada, o seu momento de maior interesse. É aquele no qual atingimos a análise de um acórdão proferido pelo STF em meados da década de 70.

Aliás, importante afirmar que a metodologia consiste basicamente em extrair normas e conceitos a partir do exame da jurisprudência, num deslocamento do ângulo de perspectiva ao senso comum, mais familiarizado com o primado pela pesquisa bibliográfica de doutrina variada.

O nosso caso inicial é um Mandado de Segurança impetrado contra ato que censurou matérias do semanário "O São Paulo". Em seguida, trataremos de um Recurso Extraordinário cujo tema é o ato de confisco, com o escopo de extrair elementos que se ligam à razão de decidir adotada pelos Ministros da Corte Suprema no primeiro julgado.

Por fim, desenharemos a parte conclusiva, que conterà as nossas impressões derradeiras sobre o tema abordado.

PANORAMA DA ORDEM CONSTITUCIONAL ENTÃO VIGENTE

Inicialmente, faz-se necessária uma breve reflexão acerca da possibilidade de normas em conflito sobreviverem no ordenamento jurídico. Segundo o Prof^o Tércio Sampaio Ferraz Júnior², do ponto de vista da lógica, duas normas distintas estão em conflito quando opostos são os modais deônticos relativos a elas; por exemplo, a norma "x" diz que algo é permitido, ao mesmo tempo em que a norma "y" dispõe que, na mesma hipótese, há o caráter do obrigatório. Ao lado disso, duas normas também podem ter, no mandamento, conteúdos internos que se negam mutuamente. Assim, certa norma fala em ação, ao passo que outra disciplina uma omissão.

Visto o problema sob esse ângulo, duas normas com tais contrariedades não podem ser válidas ao mesmo tempo. Entretanto, seguindo o raciocínio do citado autor, não temos o mesmo impasse quando analisamos a questão pelo plano teórico dos sistemas jurídicos. Nesta última hipótese, duas normas contrárias podem valer simultaneamente, com uma condição: desde que provenham de autoridades distintas, as quais reciprocamente se excepcionem.

Portanto, o ordenamento jurídico permite que duas normas válidas se neguem mutuamente, apesar dos obstáculos lógicos demonstrados.

No direito pátrio, vivenciamos essa situação quando estava em voga o regime militar, momento fático da entrada em cena de conflitos entre as normas constantes dos Atos Institucionais com as regras da Constituição escrita.

² Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Atos Institucionais e Exclusão de Apreciação Judicial*, pg. 90 a 92.

Vale ressaltar, por oportuno, que Constituição escrita e ordem constitucional não são necessariamente o mesmo objeto. Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho³ que, ordinariamente, ambas se confundem. Contudo, existe a possibilidade do conjunto de normas formalmente constitucionais num determinado momento abrangerem um universo maior do que o texto da Constituição escrita.

Sendo assim, de acordo com aqueles autores, a ordem constitucional era formada, no Brasil, pela estabilidade estrutural da Constituição e pela discricionariedade conjuntural dos Atos Institucionais e Complementares que, por sua vez, atendiam à situação excepcional emergente do processo revolucionário e, exatamente por terem a natureza de excepcionalidade, se impunham e sobrelevavam a própria Constituição, legitimando o amesquinçamento de uma gama enorme de direitos. Nesse contexto, ganhou título de legitimidade a autorização para o confisco de bens, a exclusão de apreciação judicial de certos atos, a suspensão da garantia do *habeas corpus* e a censura, dentre outros.

Feitas essas considerações, podemos relatar agora, sucintamente, a evolução cronológica das mudanças legislativas de índole constitucional pertinentes na época tratada neste trabalho.

Até a data do golpe militar de 1964, vivíamos sob a égide da Constituição de 1946. Essa ordem constitucional foi suplantada já no momento da edição do AI/1, que delegou ao Comando Supremo da Revolução poderes extraordinários, inclusive acima das regras constitucionais então vigentes; adentramos, portanto, num período de discricionariedade constitucional conjuntural, mantida até o advento do AI/4, quando foi convocado o Congresso Nacional para a “promulgação” de uma Constituição escrita, cujo projeto era de autoria do Presidente da República.

³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, 1975, vol. III, pg. 231.

Com o AI/5, de 13/12/68, consolidado dentro da ordem jurídica pelas mãos da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, reapareceu o poder revolucionário que fez com que mais uma vez saíssemos de um regime de estabilidade constitucional. Isso porque essa Emenda, a despeito de não ter revogado a Constituição de 67, reformou-a e endossou novamente o regime de exceção imposto pelo AI/5 e Atos seguintes. Apenas para registro, essa conjuntura estendeu-se até 1978, quando a Emenda Constitucional nº 11 revogou expressamente os Atos Institucionais.

Portanto, traçamos um panorama da ordem constitucional do regime golpista/revolucionário que, por sua peculiaridade, possibilitou juridicamente que certos direitos e garantias previstos na Constituição de 67 fossem excepcionados pelos Atos Institucionais, garantidores da operacionalização do regime. Com o intuito de demonstrar esse fato, bem como fazer uma análise crítica da atuação do STF, passamos a relatar dois casos concretos submetidos à palavra final desta Corte.

PODER DE POLÍCIA, EXCLUSÃO DE APRECIACÃO JUDICIAL
E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No contexto eminentemente ditatorial da década de 70, o direito de expressão sofreu sérias restrições em virtude do uso do poder de polícia pelo Presidente da República, consubstanciadas, com destaque, pela censura à imprensa.

Sabe-se da importância que esse veículo possui num regime democrático, pois a sua clientela, o povo, é a força que legitima o poder. Ocorre que naquele período não vivíamos em democracia alguma, ou, como se sabe de uma célebre discussão envolvendo atores militares e o saudoso advogado Sobral Pinto, vivíamos numa espécie de “democracia à brasileira”, sendo certo que as muitas implicações dessa adjetivação atravessaram o campo da retórica para o da prática e, naquilo que nos interessa no momento, as atribuições de fiscalização e controle sobre a mídia foram enormemente ampliados. Atritos estes que não demorariam a bater na porta do Judiciário.

A) Caso nº 1: Mandado de Segurança nº 20.146-1

O primeiro caso concreto é o Mandado de Segurança nº 20.146-1, de 17/05/789 (em anexo), em que os impetrantes (Fundação Metropolitana e Outros) se insurgem contra a censura prévia de natureza política sobre o jornal semanário “O São Paulo”, editado pela primeira requerente do *mandamus*, além da negativa de publicação de discurso proferido no Senado da República pelo segundo impetrante (Senador André Franco Montoro). Alegam, de início, que o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para analisar a matéria; no mérito, voltam-se contra o art. 11 do AI/5, que fala em exclusão de apreciação judicial, invocando o princípio de que nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário; tocam no problema da indelegabilidade dos poderes

excepcionais do Presidente da República ao Ministro da Justiça a ao Diretor Geral da Polícia Federal e, por fim, entendem ter havido violação da independência do Poder Legislativo, em razão do veto aos discursos do mencionado Senador.

Chamado a prestar as devidas informações, o Presidente da República encaminhou parecer do Consultor Jurídico do Ministério da Justiça, que além de invocar a preliminar de exclusão de apreciação judicial, teceu vasta argumentação de cunho primordialmente retórico.

De início, ressaltou a importância da imprensa na história da civilização e no processo histórico da pátria brasileira, admitindo, inclusive, que ao próprio Governo convinham as críticas dos jornais, a fiscalização dos costumes políticos e a divulgação livre dos fatos de interesse da comunidade nacional. Por outro lado, traçou contornos limitadores do direito de expressão - e nesse sentido, transcrevemos as palavras do consultor:

“Diante desse fenômeno do mundo moderno, em face do qual todos têm direitos e deveres, também, ao Estado compete preocupar-se e colaborar para a existência de uma imprensa livre, de alto nível, mas também responsável perante a lei e a sociedade. Por isso, as leis devem disciplinar a liberdade de imprensa, de maneira a realizarem o direito, reprimindo os abusos e possibilitando apurar-se a responsabilidade dos transgressores. Além disso, em caráter extraordinário, presentes os motivos constitucionais do estado de sítio, dispõe o Poder Público de medida coercitiva da censura da imprensa, possibilitada pelo AI/5, em defesa da Revolução”.

Em seguida, aproveitando-se do fato de o Presidente-nato da impetrante - Fundação Metropolitana Paulista - ser um dos mais altos dignitários da Igreja Católica Nacional, reuniu no parecer vastíssima legislação de direito canônico, com o

objetivo de demonstrar que a Igreja já exercera a censura em caráter permanente e ordinário. Ilustrativamente, citamos um dos Cânones, o de nº 1384, § 1º, que reza:

“A Igreja tem direito de exigir que os fiéis não publiquem livros que Ela não haja previamente examinado, e de proibir com justa causa os que hajam sido publicados por qualquer pessoa”.

Conclui o parecer, apontando que “a Igreja também reconhece o valor dos métodos censórios e os vem, de muito, utilizando; tal circunstância inegável deixa inexplicado e sem justificativa o excesso de calor com que a primeira impetrante investe contra as limitações validamente impostas à sua atuação jornalística pelas autoridades competentes.

Ao estabelecer tais restrições, com base em texto legal, o Poder Público não criou medida nova, capaz de estarrecer seus administrados; tão somente, **agiu no interesse da coletividade e da segurança nacional”.**

Nesse momento, o relatório do acórdão atinge o parecer do Procurador-Geral da República que, como veremos, toca em pontos não abordados nas informações prestadas pela autoridade coatora.

A sua primeira consideração diz respeito à ilegitimidade *ad causam* do parlamentar, pois não lhe assistiria o direito líquido e certo a ver publicado discurso em jornal - a não ser no Diário do Congresso. Na esteira desse raciocínio, somente seria parte legítima a empresa jornalística, caso entendesse que a censura não poderia incidir sobre matéria daquela natureza.

Passada uma das preliminares em relação ao segundo impetrante, o Procurador-Geral detectou a impossibilidade jurídica do pedido, em face da vedação

de revisão judicial do ato censório. O panorama legal desenhado para legitimar essa exceção constitucional tem como primeiro traço o art. 182 da Constituição escrita, que dispunha:

“Art. 182. Continuam em vigor o Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968, e os demais Atos posteriormente editados”.

Temos que esse artigo é decisivo para validar a ordem constitucional excepcional, pois a legitimidade dos Atos Institucionais advinha do próprio texto da Constituição escrita. É verdade que a Carta Magna inscrevera como uma das garantias individuais a de que **“a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 153, §§ 4º)**. Contudo, o art. 11 do texto normativo do AI/5 dizia que:

“Art. 11. Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

A partir daí, inferiu-se que os atos praticados pelo Presidente da República com o objetivo de censurar a imprensa tinham por fundamento precisamente o Ato Institucional nº 05, pois de conformidade com o seu art. 9º:

“Art. 9º. O Presidente da República poderá baixar Atos Complementares para a execução deste Ato Institucional, bem como adotar, se necessário à defesa da Revolução, as medidas previstas nas alíneas d e e do § 2º do art. 152 da Constituição”.

Entre essas medidas que o Presidente podia adotar, se incluía, justamente, a censura da imprensa, independentemente da decretação do estado de sítio (**art. 15, § 2º, "e", da E.C. nº 1/69**).

A exegese dos citados artigos informa a argumentação do parecer, que ainda cita Manoel Gonçalves Ferreira Filho, no sentido de que "de fato, **esses atos ampliam os poderes do Presidente da República**, especialmente a fim de ensejar o combate à subversão e à corrupção, conforme explicita o preâmbulo do ato nº 5".

Ainda seguindo no curso do parecer, identificamos dois pontos invocados pelos impetrantes que serviram para limitar a regra da não apreciação pelo Judiciário, com o que concordou, em tese, o Procurador da República - a despeito de, dadas as circunstâncias do caso concreto, as hipóteses não terem se ajustado à espécie.

O primeiro pressuposto para que o ato pudesse estar imune à palavra do Judiciário era que o seu conteúdo estivesse adequado com as hipóteses elencadas no AI/5; por exemplo, certamente **não escaparia** ao controle da constitucionalidade do Poder Judiciário ato do Presidente da República que cassasse de uma pessoa o pátrio poder ou alterasse os estatutos de uma sociedade comercial. Apesar de pertinente em abstrato, esse argumento foi facilmente contestado no presente caso, pois o ato de censura estava expressamente previsto no AI/5.

O outro ponto a que fizemos menção respeita à forma do ato. Os impetrantes alegam que o ato necessariamente teria de estar revestido da forma de decreto, sob pena de invalidade. De acordo com o parecer, desassiste razão aos requerentes, pois o AI/5 não prescreve nenhuma forma especial ao ato, fato que leva à conclusão

que o único requisito objetivo é a necessidade de forma escrita; não há, portanto, que se falar em obrigatoriedade de decreto, pois a conceituação dos diferentes veículos pelos quais os atos são editados (decreto, portaria, despacho, etc) é meramente doutrinária, não havendo nulidade pela adoção de um pelo outro, se um deles não é expressamente exigido.

Pudemos extrair, a partir destas últimas duas discussões, um pouco de teoria geral do ato administrativo. Quando o Procurador admitiu, em tese, a investigação do conteúdo e da forma do ato, nada mais fez senão discorrer sobre um dos elementos do ato – o conteúdo ou objeto – e um dos seus pressupostos de validade, que é a formalização.

O conteúdo é aquilo que o ato dispõe, é a medida produtora de alguma alteração no ordenamento jurídico. Vige aqui o princípio da legalidade no Direito Administrativo, porque para o conteúdo do ato ser lícito, não basta apenas a sua não contrariedade com a lei; é imprescindível uma relação de subsunção, ou seja, o ato só pode cumprir o que a lei permite ou obriga. Por isso que foi dito que o ato de censura era válido sob esse aspecto, pois era permitido por lei.

Já a formalização é a específica maneira pela qual o ato deve ser externado, segundo definição de Celso Antônio Bandeira de Mello. Este autor, na sua lição, relativiza o entendimento manifestado pelo Procurador - que opinou apenas no sentido de que somente ocorreria nulidade ou invalidade pela adoção de uma formalização em detrimento de outra, se houvesse expressa previsão legal que tivesse sido desatendida. Para a teoria mais moderna, essa regra não é tão rígida assim, pois pode haver casos em que o desrespeito a certa formalização não acarreta invalidade do ato, mas apenas a sua irregularidade, vício este de menor alcance.

Nesse sentido, transcrevemos, por acharmos oportuno, breve trecho da lição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ :

“A formalização, evidentemente, deve obedecer às exigências legais, de maneira a que o ato seja expressado tal como a lei impunha que o fosse. Assim, como já se foi dito, a motivação do ato é importante requisito de sua formalização.

Sem embargo, há aspectos da formalização que podem, eventualmente, ser irrelevantes quanto à validade do ato. Como adiante se verá, ao tratar da invalidade dos atos administrativos, certos defeitos de formalização apenas caracterizam o ato como “irregular”, não afetando sua validade.

É que, em muitos casos, a indicação legal de que o ato deve ser expressado por “portaria” ou por algum outro modelo instrumental de enunciação do ato não interfere em nada com as garantias do administrado ou com a segurança e certeza em relação ao conteúdo do ato”.

Conclui, ao final, que a adoção de uma dada formalização para expedir o ato ao invés daquela que seria a própria não gera invalidade - apenas irregularidade, acarretando unicamente sanção ao agente público descuidado -, se foi respeitada a mesma publicidade, prazos, etc; ou seja, não houve prejuízo real ao administrado.

Uma vez tecidas essas opiniões, que consideramos importantes por apontarem uma evolução na teoria dos atos administrativos daquela época para os dias de hoje, retomamos a análise do parecer do Procurador da República.

Este refutou o argumento de que o ato que determinou a censura, consubstanciado no despacho presidencial de 30 de março de 1971 e proferido na

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, pg. 367.

Exposição de Motivos nº 165-8, de 29.03.71 - por não ter sido publicado -, era inválido e, portanto, inoperante o despacho de 20.06.73 que ratificou o primeiro, de nada valendo sua publicação no Diário Oficial. Isso porque seria impossível a ratificação de ato inexistente.

Na nossa opinião, acertou o Procurador ao demonstrar a total improcedência desse tipo de alegação com a espécie dos autos.

Tem-se por pacífico que o ato nulo - e, com mais forte razão o inexistente -, é insuscetível de ratificação. Ocorre que a não publicação de um ato não acarreta a sua invalidade, mas apenas obsta a sua eficácia. A validade de um ato relaciona-se com a observância dos ditames legais na sua concepção, ao passo que a eficácia é a prerrogativa do ato produzir efeitos no mundo jurídico. E uma das formas com as quais isso se dá é com a publicação, que pode conter termo inicial de vigência.

Sendo assim, o despacho ratificativo publicado introduziu a eficácia necessária ao ato de censura.

Quanto ao problema de afronta ao princípio da isonomia, pois matérias vedadas no periódico "O São Paulo" foram normalmente publicadas em outros jornais, o Procurador argumentou que "improcede a alegação, no fundo e na forma, eis que razões podem existir que desaconselhem a publicação de uma notícia ou comentário em determinado lugar, ou através de determinado veículo, pelo público a que se dirige, e inconveniente inexistente na sua divulgação em outro local, ou por outro órgão". E prossegue: "Não seria possível declarar a ilegalidade da censura, simplesmente porque as autoridades encarregadas de executá-la não observaram, em determinados assuntos, o mesmo critério adotado pelas que a executam em outros jornais".

Percebemos aqui, de forma evidente, que a explicação dada no parecer é retórica, não enfrenta as nuances do princípio da isonomia e faz transparecer uma boa margem de apreciação discricionária com que estava armado o Chefe do Executivo quando censurava a imprensa, pois fica a impressão de que os censurados poderiam ser escolhidos "a dedo", fato que abria no horizonte grande possibilidade de abuso de poder.

Podemos indagar: será que as revistas "a" e "b" não estavam na verdade em condições iguais, o que não legitimava a censura de uma e a autorização à outra, pois o elemento discriminador não se encontrava a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito? Será que na época da ditadura, o Executivo, ao aplicar a lei aos casos concretos, não criou desigualdades arbitrárias? Quais as verdadeiras razões que estavam por trás de comportamentos díspares?

Não é objetivo do trabalho tirar conclusões definitivas, mas apenas apontar indícios da considerável margem de manobra a que estava possibilitado o Presidente no uso do seu poder de polícia. Aliás, o próprio Procurador admite isso de forma sutil, ao dizer que "é matéria que, para caracterizar um possível abuso ou desvio de poder, exigiria exame de circunstâncias de fato, inadmissível no âmbito do Mandado de Segurança".

Por último, alegam os impetrantes violação ao princípio da separação dos poderes, em virtude da interferência do Executivo na publicação de discurso feito por membro do Poder Legislativo.

Em primeiro lugar, repete-se a assertiva de que somente tinha direito o parlamentar a ver seus discursos publicados no Diário do Congresso - que é o que assegura a independência do Poder Legislativo. A fundamentação central, entretanto, apoia-se na idéia comum de que quem pode o mais também pode o

menos, pois, se é lícito ao Presidente cassar mandatos parlamentares, não haveria sentido objeções quanto a atos de menor impacto na teoria da separação dos poderes - como é o caso da censura a discursos.

O parecer é enfim concluído, ressaltando que se não se trata de vício de competência ou de forma, não está o ato sujeito à apreciação pelo Poder Judiciário, sendo inútil a invocação da Lei de Imprensa pelos requerentes.

O Ministro Cordeiro Guerra, relator do acórdão, não conheceu do Mandado de Segurança preliminarmente, em virtude do óbice à apreciação judicial prevista no AI/5. Invocou precedente da Corte nesse mesmo sentido, que foi o Mandado de Segurança nº 20.023, de agosto de 1975.

Ao final, rejeitou inclusive um dos limites admitidos pelo Procurador - a observância de certa forma legal. Para aquele Ministro, a disciplina formal, assim como se bem ou mal se censura, é tema de mérito que fica prejudicado pela análise da citada preliminar.

No mesmo sentido é o voto do Ministro Thompson Flores, não conhecendo do "writ" pelos mesmos motivos. No que atina à consideração da forma, ele silenciou. Contudo, admitiu uma investigação para se comprovar se o Presidente operou no âmbito das atribuições por ele invocadas.

Os demais Ministros acompanharam esses votos sem nenhuma consideração extra, sendo que o *Mandamus* não foi conhecido por unanimidade.

Com o escopo de extrair mais um limite à regra da não apreciação de certos atos do Executivo pelo Judiciário, lançamos mão da análise de mais um julgado proferido na nossa Suprema Corte. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 77263.

B) Caso nº 2: Recurso Extraordinário nº 77.263, de 13/02/1974

Torna-se imperioso, num primeiro momento, relatar as situações fáticas que culminaram no nascimento da lide. O Sr. Murillo de Barros Pimentel celebrou um contrato com Thirso Corrêa Rosa, por meio do qual o primeiro, dono da Sociedade Agro-Pastoril do Caiapó Ltda., prometeu a cessão e transferência de 75.000 cotas do capital social da mencionada empresa, em troca de uma parcela no valor de Cr\$ 25.000,00 e a liquidação de débitos da sociedade no valor de Cr\$ 70.000,00. O contrato previa cláusula resolutive no caso de inadimplemento do cessionário, importando no desfazimento do negócio e devolução a este da parcela que havia pago.

Ocorre que Thirso teve todos os seus bens confiscados, inclusive as quotas sociais das quais não detinha a titularidade consolidada, pois a segunda parte da obrigação não havia sido adimplida. Como as quotas foram confiscadas em favor da Caixa Econômica Federal, Murillo propôs ação ordinária de rescisão contratual em face de ambos, pois nem um nem outro, depois de notificados, cumpriram com o resto da obrigação; ou seja, a liquidação das dívidas da empresa.

O autor da ação, ora recorrido no Recurso Extraordinário, pretendia o desfazimento integral do negócio com a conseqüente liberação das cotas confiscadas, sem prejuízo de devolver ao cessionário a parcela paga, cuja quantia se sub-rogaria às cotas no montante do confisco.

Não logrou êxito na primeira instância, já que o juiz considerou que o ato de confisco não poderia ser discutido no Judiciário, em virtude da exclusão de apreciação judicial prevista no AI/5. Decidiu extinguir a demanda sem julgamento do mérito, por carência da ação.

Inconformado, Murillo interpôs agravo dessa decisão perante o Tribunal Federal de Recursos, obtendo o seu provimento. Os Ministros desse Tribunal entenderam que não estava sendo analisado o mérito do confisco, impedido como sabemos de apreciação judicial, mas sim lesão a direito de terceiro que não poderia ser atingido pelos efeitos do confisco de bens alheios. Nesse sentido, invocou-se inclusive a regra de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão de direito individual, sobrelevando a exceção prevista no AI/5.

A regra que podemos extrair da decisão do Tribunal Federal de Recursos é a de que os efeitos do ato confiscatório não podem atingir o patrimônio de terceiros.

Sendo assim, afirmou-se o direito de Murillo discutir na Justiça a anulação do pacto celebrado, para somente após a decisão as cotas terem a sua devida destinação: retornarem ao seu patrimônio ou integrarem o patrimônio de Thirso e, via de consequência, o quinhão confiscado.

A Caixa Econômica Federal interpôs recurso extraordinário, relacionando precedente para comprovar o dissídio jurisprudencial e alegando ofensa ao art. 181, I da Constituição.

O STF afastou o acórdão trazido à tona como precedente judicial (Mandado de Segurança nº 19839), pois naquela oportunidade estava sendo discutida a motivação do confisco, ou seja, as próprias razões da medida, muito diferente da hipótese que tratamos agora, em que se discute relação jurídica de terceiro com o paciente do ato. O que é importante registrar diz respeito à questão da forma legal do ato confiscatório, pois naquele acórdão o S.T.F. entendeu ser possível discuti-la preliminarmente à prejudicial de exclusão judicial.

Quanto ao argumento de ofensa ao art. 181, I da Constituição, decidiu o S.T.F. pela sua impertinência, porque no caso de ação proposta por terceiro nas condições relatadas aplica-se o direito comum, e não a legislação específica que versa sobre o confisco em si. O Ministro Xavier de Albuquerque apenas alertou que “se fossem terceiros adquirentes de bens alienados pela pessoa alcançada pelo ato confiscatório, diversa seria a solução porque, quanto a estes, é expresso o art. 8º, § 4º do Decreto-Lei nº 359, de 07.12.68, na redação dada pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 760, de 13.08.69, ao lhes assegurar apenas o direito regressivo contra o alienante”. É uma exceção à norma extraída deste caso que relatamos, pois a despeito da sua legitimidade ou não, está prevista em lei.

Sendo assim, não foi conhecido o recurso da Caixa Econômica Federal, decidindo-se pelo direito de Murillo prosseguir com a ação de rescisão até uma decisão de mérito.

CONCLUSÃO

Pudemos observar que o movimento instaurador da hegemonia dos militares no poder transformou sensivelmente a ordem constitucional no Brasil, por meio da introdução, no sistema, de um mecanismo de exceção denominado Ato Institucional. E não fica difícil notar que o Ato de nº 5 foi o que mais excepcionou direitos e garantias fundamentais, inclusive por ter sido um ato da revolução dentro da revolução, como costuma falar o Prof Boris Fausto.

Uma das conseqüências diretas da tomada de comando de 1964, no que se refere às atribuições do Chefe do Executivo, foi, como se era de esperar, a ampliação do alcance do seu poder de polícia.

Em primeiro lugar, os atos invasores da esfera de algum direito individual sempre tinham por fundamento a simples menção a um direito coletivo. Em determinado momento era a segurança nacional ou o interesse público; mais adiante a justificativa apoiava-se na necessidade de combate à subversão e à corrupção. Em síntese, a invocação de qualquer interesse dito coletivo já era suficiente para que o direito do cidadão fosse comprimido, não existindo, naquela época, a idéia de ponderação entre direitos em conflito, na busca de uma solução com maior proporcionalidade, como defendem alguns autores estrangeiros.

Lateralmente a isso, identificamos um fato: nas informações prestadas pelo Executivo, não havia a preocupação de explicitar os reais motivos que, naquele caso concreto, justificavam a adoção da medida. Concluimos, portanto, que a margem de discricionariedade quanto ao mérito do ato era muito grande.

Havia, ainda, a possibilidade de delegação de poderes do Presidente aos seus subordinados, desde os Ministros até Delegados de Polícia. A sistemática era dar uma ordem genérica para que os atos concretos pudessem ser aplicados pelo maior número de pessoas possível dentro do Executivo. Esse fato esvaziava a própria idéia da gravidade que, em tese, deveria acompanhar um ato excepcional, já que nem sempre a autorização direta, concreta, específica, advinha da própria caneta do Presidente da República.

Não é objetivo, por ora, tratar do tema específico da possibilidade de delegação de poderes, sejam de cunho administrativo ou mesmo legislativo, mas não se pode deixar ao abandono o comentário sobre o preço que se paga por se aceitar a tese da delegação num contexto ditatorial, onde parece não caber a discussão, tão na ordem do dia, em prol do princípio da eficiência em detrimento da legitimidade puramente democrática, pelo menos não nos termos como tem sido colocado no debate atual, haja vista, naquele contexto, a óbvia propensão para o cometimento de abusos e adoção de medidas nefastas em nome da governabilidade. Aqueles eram outros tempos.

Por último - e mais importante -, era a regra que excluía da apreciação judicial uma série de atos excepcionais como a censura e o confisco, porque, ao final das contas, informou de modo definitivo a *ratio decidende* do STF nos casos apresentados.

Abrindo um parêntese, não há como não admitirmos que essa vedação é inerente à revolução, pois se assim não fosse, o socorro do Judiciário fulminaria um a um os atos que sustentavam a existência do próprio regime. No entanto, como foi dito na introdução, este trabalho se preocupa muito mais em pesquisar a atuação do STF em casos concretos e relevantes, em tirar este órgão da sombra e penumbra, em dar a ele o seu merecido lugar, em jogar a ele uma importância de

que não cogitamos sempre nos trabalhos publicados neste país, em transmitir em canal aberto a voz que deve ser sempre ouvida, do que propriamente se ocupar com o terreno da obviedade ao delinear uma associação simples e superficial entre revolução e aumento de poderes. O prisma é outro, assim como o verdadeiro protagonista deve ocupar o seu lugar.

Voltando às considerações finais. Como não se discutia o mérito do ato excepcional, ficaram à margem das decisões judiciais as discussões sobre o princípio da isonomia, sobre separação dos poderes, problemas relacionados a uma grande quantidade de pressupostos de validade dos atos administrativos (motivação, causa, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade) etc.

Entretanto, identificamos, a partir da jurisprudência, pelo menos alguns limites à regra de impedimento de revisão judicial - se em foco não são de toda maneira relevantes e decisivos, merecem ao menos ser citados e registrados. São eles a necessidade de adequação do conteúdo do ato com o tipo previsto na norma (princípio da legalidade), a observância da formalização no ato de confisco e censura (a despeito de divergência no voto de um dos Ministros) e o respeito a direito de terceiro prejudicado pelos efeitos de ato dirigido à pessoa alheia.

Todos aqueles fatos enfraqueceram a independência e harmonia entre os Poderes durante a vigência do AI/5, pois o STF sucumbiu diante da ordem constitucional imposta.

Apareceu aos nossos olhos uma série de indícios que confirmam em última instância a camisa de força de fato imposta, uma vez que, em apelo derradeiro, alguém tem sempre que decidir. Se considerarmos pelo senso comum a existência de um quê de poder transformador embutido na simples idéia de ter que decidir sobre algo, não seria o caso de, ao finalizar, resumir logo o diagnóstico?

Algo que não escape muito, portanto, dos sinônimos, primos e variações da constatação de que o Poder era uno, indivisível e respondia pelo nome de Executivo.

BLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2001.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo : EDUSP, 1999.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Atos Institucionais e Exclusão de Apreciação Judicial*. São Paulo : RDP nº 71.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo : Atlas, 2000.