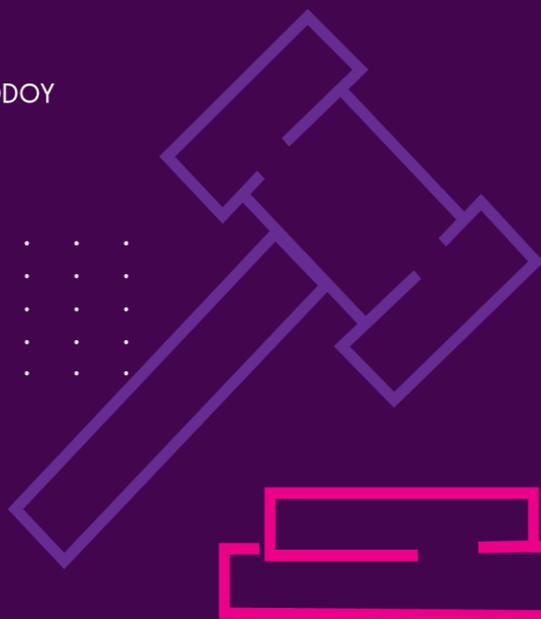


**A HISTÓRIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO
BRASILEIRO CONTADA PELA ADVOCACIA
PÚBLICA: ESTUDOS E COMENTÁRIOS
SOBRE OS PARECERES DA CONSULTORIA-GERAL
DA REPÚBLICA - 1903-1911**

AUTOR

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

***A HISTÓRIA DO DIREITO
ADMINISTRATIVO BRASILEIRO
CONTADA PELA ADVOCACIA PÚBLICA***

*Estudos e comentários sobre os pareceres da
Consultoria- Geral da República*

**Volume 1
1903-1911**

**Brasília
2025**

CEUB

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - CEUB

Reitor

Pio Pacelli Moreira Lopes

Vice-Reitor

Gabriel Costa Mallab

Diretora Acadêmica

Simone Maria Espinosa

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Livre-docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Ex-Consultor-Geral da União. Professor do Programa de Pós-graduação do CEUB-Brasília

Disponível online em: repositorio.uniceub.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Godoy, Arnaldo Sampaio de Moraes

A história do direito administrativo brasileiro contada pela advocacia pública: estudos e comentários sobre os pareceres da Consultoria-Geral da República / Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – Brasília: CEUB, 2025.

116 p.

ISBN 978-85-7267-228-3

1. Administração pública. I. Centro Universitário de Brasília.
- II. Título.

CDU 342.9.1

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: A CONSULTORIA-GERAL DA REPÚBLICA	06
Gabinete do Consultor-Geral da República – Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 1903	13
Comentário	14
Gabinete do Consultor-Geral da República –Rio de Janeiro, 6 de fevereiro de 1903. – N. II.	16
Comentário	17
Gabinete do Consultor Geral da República – Rio de Janeiro, 3 de março de 1903. N. 12.	20
Comentário	22
Gabinete do Consultor-Geral da República. - Rio de Janeiro, 3 de março de 1903. – N. 13.	25
Comentário	28
Gabinete do Consultor-Geral da República – Rio de Janeiro, 25 de março de 1903 – N. 17.	31
Comentário	33
Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 16 de abril de 1903. – N. 23.	35
Comentário	37
Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 20 de junho de 1903. – N. 43.	39
Comentário	45
Gabinete do Consultor-Geral da União – Rio de Janeiro, 4 de fevereiro de 1904. – N.4.	47
Comentário	48

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 29 de junho de 1905.	50
Comentário	55
Gabinete do Consultor Geral da República. — Rio de Janeiro, 4 de março de 1906.	57
Comentário	62
Gabinete do Consultor Geral da República. —Rio de Janeiro, 30 de novembro de 1906. N. 82.	65
Comentário	72
Gabinete do Consultor Geral da República. Rio de Janeiro, 5 de outubro de 1907. N. 66.	75
Comentário	76
Gabinete do Consultor Geral da República — Rio de janeiro, 20 de maio de 1908 — N. 47.	78
Comentário	79
Gabinete do Consultor Geral da República. — Rio de Janeiro, 5 de agosto de 1908.— N. 66	82
Comentário	84
Gabinete do Consultor Geral da República. Rio de Janeiro, 25 de julho de 1911. N. 23.	86
Comentário	92
Gabinete do Consultor Geral da República – Rio de Janeiro, 31 de agosto de 1911. – N. 30.	96
Comentário	96
Gabinete do Consultor-Geral da República. - Rio de Janeiro, 16 de novembro de 1911. – N° 44.	99
Comentário	100

Gabinete do Consultor Geral da República. – Rio de Janeiro, 22 de dezembro de 1911.	102
Comentário	102
Gabinete do Consultor Geral da República. – Rio de Janeiro, 22 de dezembro de 1911. – N° 66.	104
Comentário	108
CONCLUSÕES	110

INTRODUÇÃO: A CONSULTORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A Consultoria-Geral da República (CGR) nasceu como órgão de opinião e assessoramento jurídicos da Presidência da República, instituída pelo Decreto nº 967, de 2 de janeiro de 1903, no início do governo Rodrigues Alves.

Sua criação atendeu a uma necessidade estrutural do Estado republicano: prover a Chefia do Executivo de um polo estável de reflexão jurídica, dotado de memória institucional e de capacidade de formular diretrizes, pareceres e soluções diante das questões, muitas vezes inéditas, que a administração federal iria enfrentar ao longo do século XX.

A CGR funcionou ininterruptamente até 1993, quando a reorganização da advocacia pública federal culminou na criação da Advocacia-Geral da União (AGU), a quem foram atribuídas as prerrogativas e competências outrora concentradas na Consultoria—em parte, hoje, diluídas na Consultoria-Geral da União.

Numa genealogia mais remota, a CGR pode ser vista como herdeira, em alguns aspectos, das versões do Conselho de Estado que existiram no século XIX, particularmente no que diz respeito ao aconselhamento jurídico-político do Poder Executivo; mas a sua fisionomia é tipicamente republicana, marcada por um mandato de assessoramento direto à Presidência e por um acervo opinativo que acompanha, quase em tempo real, as mutações do direito público brasileiro.

O quadro institucional em que se insere a CGR revela, já de início, a sua posição singular. O Consultor-Geral da República era agente de estrita confiança presidencial e, por disposição expressa, detinha status protocolar de Ministro de Estado.

Essa condição não se resumia à etiqueta: indicava que os pareceres do Consultor deveriam dialogar com o centro da decisão política, fornecendo

fundamento e desenho jurídico para atos de governo, projetos normativos e respostas a conflitos federativos, administrativos e internacionais.

A moldura normativa original, fixada pelo Decreto nº 967/1903, foi, no entanto, reconfigurada em diferentes conjunturas. Em 1933, sob o governo Getúlio Vargas, o Decreto nº 22.386 introduziu um regime de reserva: os pareceres não seriam comunicados nem publicados sem autorização do governo, salvo motivo relevante a juízo do próprio Consultor-Geral.

A opção pela opacidade, típica dos períodos autoritários, mostra como a circulação do saber jurídico de Estado foi, por vezes, tratada como ativo estratégico a ser controlado. Em 1957, no governo Juscelino Kubitschek, o Decreto nº 41.249 redesenhou esse arranjo: as consultas passariam a admitir-se apenas “em assuntos de alta relevância”, exigindo-se precisão na formulação do ponto controvertido.

Além disso, consolidou-se formalmente o tratamento ministerial do Consultor, reforçando institucionalmente a centralidade da CGR. No breve interregno parlamentarista, houve ajuste de minudência: a Consultoria vinculou-se diretamente ao Presidente da República e à Presidência do Conselho de Ministros.

Superada essa fase, a estrutura voltou ao desenho anterior. Em todos esses movimentos, percebe-se o pêndulo entre publicidade e reserva, entre tecnicidade e politicidade, sem que a CGR perdesse a sua vocação de eixo jurídico da decisão governamental.

A história da Consultoria é também a história de seus titulares. À frente da CGR estiveram alguns dos nomes mais influentes da cultura jurídica brasileira. T. A. Araripe Júnior (1903–1911) conferiu ao órgão um estilo de parecer que combinava erudição, dogmática e senso de administração, num momento de consolidação de instituições republicanas—e é sob sua pena que se veem, por exemplo, os contornos de temas como prescrição contra a Fazenda, responsabilidade estatal em tempos de guerra civil, jurisdição fiscal em colônias militares e a difícil articulação entre soberania e liberdade religiosa. Rodrigo Octávio (1911–1929) deu sequência com mão segura à construção de um direito administrativo federal atento ao direito internacional e às exigências da federação, enfrentando dúvidas de nacionalidade,

naturalização e competência tributária estadual sobre atividades privadas assentadas em terras federais.

Em seguida, a Consultoria foi ocupada, em diferentes momentos, por juristas importantes que marcaram o pensamento público: Levi Carneiro (1930–1932), Carlos Maximiliano (1932–1933), Francisco Campos (1934), Anníbal Freire (1938–1940), Orozimbo Nonato (1940–1941), Hahnemann Guimarães (1944–1945), Themístocles Brandão Cavalcanti (1945–1946; 1955), Miguel Seabra Fagundes (1946), Haroldo Valadão (1947–1950), Brochado da Rocha (1955–1956), Caio Tácito (1957), Victor Nunes Leal (1960), Caio Mário da Silva Pereira (1961), Rafael Mayer (1974–1978), Ronaldo Poletti (1984–1985), Paulo Brossard (1985–1986) e Saulo Ramos (1986–1989).

Essa sucessão de consultores, com perfis e agendas intelectuais distintos, é um fio condutor para entender as respostas do Estado a problemas recorrentes—competências federativas, limites do poder regulamentar, direitos fundamentais em chave administrativa, responsabilidade civil do Estado, contratos e concessões, direito de estrangeiros—e a maneira como a administração pública absorveu, resistiu e se transformou diante dessas respostas.

As competências do Consultor-Geral da República, desde 1903, foram amplas: examinar consultas ministeriais, assistir juridicamente a Presidência da República, opinar sobre projetos e proposições, harmonizar entendimentos entre pastas, velar pela coerência do sistema normativo do Executivo e, não raro, indicar soluções de política de Estado compatíveis com a Constituição e as leis.

A amplitude dessa agenda, todavia, nunca foi estática. O Decreto nº 22.386/1933, além de impor a reserva de publicidade, é um sintoma de que a definição do que “cabe” ao parecerista do Executivo foi historicamente sensível ao regime político de cada época.

Em períodos de maior abertura, os pareceres circularam mais, alimentando doutrina e jurisprudência; em períodos de retração, recolheram-se aos autos e à reserva administrativa, mas seguiram funcionando como gramática interna de governo. Em 1957, quando o decreto de Juscelino voltou a prestigiar o caráter “de alta relevância” das consultas, a mensagem foi dupla: de um lado, concentrar a CGR

no que efetivamente demandava direção jurídica da Chefia; de outro, reafirmar que o órgão não era simples departamento opinativo, e sim peça estratégica da governabilidade constitucional.

O presente trabalho parte de uma hipótese simples e, ao mesmo tempo, fecunda: é possível estudar a história do direito administrativo brasileiro pela leitura articulada dos pareceres da Consultoria-Geral da República.

Ao reunir, explicar e comentar documentos produzidos entre as primeiras décadas do século XX e o término da CGR, propomos ao leitor um percurso que combina a letra dos pareceres com sua circunstância institucional. Não se trata de uma antologia neutra.

Cada parecer aqui trabalhado é seguido por comentário que destaca o problema jurídico central, os fundamentos normativos manejados e as opções interpretativas adotadas; ao final, uma nota de articulação situa a peça no arco temático mais amplo do livro, evidenciando continuidades e deslocamentos.

O objetivo é permitir que o leitor alcance tanto o caso concreto—com suas contingências de tempo e lugar—quanto a linha de fundo que vai sedimentando conceitos, técnicas e limites do poder administrativo brasileiro.

Esse método tem algumas virtudes adicionais. Primeiro, afasta o risco de reescrever o passado com a linguagem do presente. A leitura direta dos pareceres faz emergir o léxico de cada época, a forma de argumentar, as autoridades doutrinárias citadas e, sobretudo, os impasses que não estavam resolvidos de antemão—impasses que, muitas vezes, ainda nos assombram, apenas com outras vestimentas.

Segundo, devolve à administração pública o que é da administração pública: um campo de decisões, com responsabilidade e accountability, em que o jurídico não se confunde com a política, mas também não se isola dela. Terceiro, ilumina o papel da CGR como um laboratório de soluções.

Ao acompanhar, por exemplo, a passagem de um regime de opacidade (1933) a um regime que seleciona consultas de “alta relevância” (1957), o leitor percebe como a Consultoria se moveu entre o segredo estratégico e a publicidade

qualificada—um equilíbrio que continua a desafiar a advocacia pública contemporânea.

Também é importante enunciar, já na introdução, o recorte conceitual que orienta as leituras. Utilizamos “direito administrativo” em sentido amplo: não apenas a disciplina dos atos, processos e contratos da administração, mas o conjunto de relações entre Estado e particulares mediadas por competências, garantias e responsabilidades.

Assim, entram em cena pareceres sobre prescrição contra a Fazenda, reparação e não reparação de danos em contexto de guerra civil, limites da competência federal em territórios da União ante a tributação estadual, catequese e soberania no interior do país, telégrafo (e depois telegrafia sem fio) como serviço público de envergadura federal, nacionalidade e naturalização na fricção com o direito internacional, patrimônio de ordens religiosas e vacância sob o prisma das pessoas jurídicas—temas que, de diferentes maneiras, marcaram a tessitura do nosso direito público.

Ao lê-los com atenção, vemos uma administração que aprende, erra, corrige, fixa entendimentos e, por vezes, reabre discussões. Vemos, sobretudo, a construção de um senso de limites para o exercício do poder.

A transição institucional de 1993, com a instalação da AGU, merecerá, nas páginas finais do volume, um epílogo. Aqui, basta anotar que a desmaterialização da CGR—suas funções distribuídas por novas carreiras e órgãos—não significa o desaparecimento do seu legado.

Ao contrário: a Consultoria-Geral da União e as Procuradorias seguem, em larga medida, operando sobre os trilhos que a CGR assentou. O que se perde, talvez, é a consciência desse fio de continuidade. Ao reconstruí-lo, este livro oferece ao leitor—advogado público, magistrado, gestor, pesquisador, estudante—um repertório de soluções e de perguntas.

De soluções, porque muitos dos problemas enfrentados nos pareceres voltam sob outras formas; de perguntas, porque nenhum parecer encerra, sozinho, a última

palavra sobre o equilíbrio entre Estado e liberdade, prerrogativa e garantia, eficiência e legalidade.

A organização dos volumes reflete, por isso, duas preocupações. A primeira, cronológica: cada capítulo situa o parecer no tempo político-institucional de sua emissão, de modo a não arrancar a peça de seu solo histórico.

A segunda, temática: os pareceres foram agrupados em eixos que permitem comparações horizontais (federalismo fiscal, serviços públicos, atuação internacional do Estado, regime de terras e dominialidade pública, restrições e imunidades administrativas, nacionalidade e estrangeiros). Essa dupla porta de entrada—tempo e tema—facilita leituras parcimoniosas ou de fôlego, conforme o interesse do leitor.

Em todos os casos, a regra editorial é simples: preservar a integridade do texto, respeitar sua ortografia e estilo de época quando indispensável para compreensão, e acrescentar, apenas quando necessário, notas de esclarecimento que não interfiram na voz do documento.

Ainda, uma palavra sobre o lugar deste livro no nosso debate público. Em momentos de tensão federativa, de rediscussão do papel dos órgãos de controle, de demandas por eficiência administrativa e por transparência decisória, voltar aos pareceres da CGR é um exercício de humildade institucional.

Os pareceres lembram que o Estado é, antes de tudo, uma construção jurídica feita de escolhas argumentadas; que os limites ao poder não nascem apenas de textos constitucionais, mas da prática reiterada de interpretações comprometidas com a Constituição; que a técnica jurídica pode, sim, impedir abusos e iluminar saídas.

Se este volume contribuir para recuperar essa tradição—para recolocar a boa consultoria de Estado no centro da nossa imaginação institucional—terá cumprido seu papel.

Ao longo dos anos em que exerci o honroso cargo de Consultor-Geral da União, de 2011 a 2015. Tive contato com os pareceres da CGR. Li todos eles que chegaram ao meu alcance. Escolhi trezentos entre eles, isto é, os que me pareceram mais representativos de uma construção histórica do direito administrativo, sob a ótica da Administração.

Tomei o cuidado de digitá-los, de verter a redação original para fórmulas ortográficas contemporâneas, suprimindo, aqui e ali, alguma citação estrangeira que me parecia demasiada longa. Respeitei estilos e torneios de linguagem.

Chama a atenção a pequena extensão dos textos, pelo menos nessa primeira fase, o que é compensado com concisão, objetividade e densidade jurídica. Os comentários na realidade representam uma tentativa de compreensão dos textos estudados no ambiente normativo contemporâneo.

Este é, pois, o convite ao leitor: entrar nas oficinas da Consultoria-Geral da República, ouvir os consultores em seus próprios termos, e percorrer, com olhos de hoje, e atenção de historiador do direito, o direito administrativo brasileiro no momento no qual é efetivamente construído.

Segue, então, o primeiro volume da coletânea, que cobre os anos de 1903 a 1911. O leitor tem em mãos uma história do direito público da República, contida em fontes primárias e inéditas.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República – Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 1903.

Sr. Ministro da Guerra. – Restituo-vos, com o meu parecer, os papeis, que acompanharam o vosso Aviso n. 2, de 15 do corrente mês, e relativos à pretensão do alferes da Guarda Nacional Flaubiano de Oliveira Maciel. Flaubiano de Oliveira Maciel, representado por seu procurador o advogado Dr. José Rodrigues Lima, requereu em 5 de novembro de 1902, lhe fosse paga no Tesouro Nacional a importância que ainda lhe resta a Fazenda Nacional, por dívida de exercícios findos, proveniente de seus vencimentos de campanha, no Estado do Rio Grande do Sul, de conformidade com os documentos que apresentou ao comandante do 4º Distrito Militar com requerimento de 23 de dezembro de 1895.

Do atestado passado no acampamento de S. Gabriel, em 28 de julho do dito ano de 1895, pelo comandante do 4º corpo de cavalaria da Guarda Nacional da 1ª Brigada da 4ª Divisão em operações naquele Estado, tenente-coronel Antonio Candido Vaz de Oliveira, consta que Flaubiano Maciel servira efetivamente como oficial do corpo sob seu comando, desde 1º até 17 de junho, data em que pela reorganização do mesmo corpo foi dispensado do serviço pelo general comandante da divisão.

O atestado termina declarando que era firmado para que o requerente pudesse receber da repartição competente o soldo e gratificações a que tinha direito. Trata-se, pois, de serviços, por sua natureza e origem, legais. Por Decreto n. 1.687, de 1894 foi mobilizada a Guarda Nacional no Estado do Rio Grande do Sul. Autorizadas as despesas, foram estas aprovadas, bem como outros atos do Poder Executivo, pelo Decreto Legislativo n. 273, de 13 de junho de 1895. A despesa relativa aos vencimentos requeridos, portanto, acha-se nos termos da Circular da Fazenda n. 36, de 3 de janeiro de 1871, art. 3º, Decreto n. 10.155, de 5 de janeiro de 1889, art. 13, n. I, e Lei n. 490, de 16 de dezembro de 1897, art. 31, pr.

Todavia, verificando-se que das últimas datas de 1895 até a da apresentação do requerimento de 5 de novembro decorreu o lapso excedente de cinco anos, de que cogitam os arts. 1º e 3º do Decreto n. 857, de 12 de novembro de 1851, sou de parecer que o direito que tinha o requerente a se fazer reconhecer credor da Fazenda Nacional incorreu em prescrição. Não posso aceitar a doutrina do Aviso do Ministério da Fazenda de 3 de outubro de 1902, no qual se declara não prescrita a dívida de Eduardo Pires Martins, oriunda de serviços prestados no mesmo lugar, no mesmo tempo e em idênticas condições que o requerimento, pelos seguintes motivos. Funda-se o aviso aludido no art. 7º, § 2º, do citado decreto n. 857. Esse decreto, porém, não sufraga as conclusões dele tiradas.

Diz o referido art. 7º, § 2º: “Os cinco anos não correm para a prescrição (...) § 2º Quando a demora for ocasionada por fato do Tesouro, tesourarias ou repartições a que pertença fazer a liquidação e reconhecimento das dívidas e efetuar o pagamento.”

Não diz a lei o que se deva entender por demora, mas pela conexão dos dois números do artigo, isto é, desse número com o antecedente, vê-se que a demora a que se refere o art. 7º, § 2º, não pode ser senão de ordem imperativa, - a omissão de ato de natureza processual, contínuo, determinado em lei, regulamento ou mesmo em praxes consagradas.

Qual o ato substancial que rigorosamente deveria ter sido praticado por qualquer funcionário do Ministério da Guerra e que propositalmente ou por desídia foi omitido com prejuízo que a parte não pudesse prever ou amparar de modo decisivo? Nenhum. Ao contrario disto o decreto citado indicava no art. 12 ao interessado o meio de o praticar nas seguintes palavras: “Aqueles que quiserem segurar o seu direito, obstando a que corra para a prescrição o tempo consumido por demora e embaraços das repartições, poderão requerer e se lhes dará um certificado da apresentação do requerimento e documentos com especificada declaração do dia, mês e ano.”

Desta disposição, como da do art. 5º deduz-se claramente que o legislador não cogitou em favorecer a negligência dos credores da Fazenda Nacional; antes, dando expressamente o motivo da prescrição liberatória, instituída em favor do Estado, infringiu-a como pena aos descuidados no andamento de papeis, que não comportam, nem podem comportar, principalmente no atual regime, marcha contenciosa.

O requerente, pois, incorreu na pena que se impõe aos negligentes; e deve somente queixar-se de si ou do rigor da lei.

Este modo de pensar está de inteiro acordo com a doutrina geralmente aceita e decorrente da distinção que os tratadistas estabelecem entre o elemento de direito público e o de direito privado, que concorrem no exercício da função pública remunerada.

Nos casos de vencimentos devidos, regulam as leis patrimoniais, porque tais vencimentos são derivados de um contrato, e o decreto n. 857 assim deve ser entendido. A administração figura, então, como gestor dos negócios da União enquanto pessoa jurídica de direito privado; e a nenhuma regra, aplicável a relações de particulares, salvo o privilégio do foro e isenção da penhora forçada, pode-se eximir esse gestor sob pretexto de que a gestão resulta da publica organização.

– **T. A. Araripe Junior.**

Comentário

O parecer de T. A. Araripe Júnior, datado de 1903, enfrenta o tema da prescrição contra a Fazenda Pública em um caso de soldos e gratificações de campanha de um oficial da Guarda Nacional. O alferes Flaubiano de Oliveira Maciel

buscava receber valores devidos desde 1895, mas somente formalizou o pedido em 1902. A questão era se a prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 857, de 1851, deveria ou não incidir.

O Consultor-Geral reconheceu que os serviços prestados eram legítimos e regularmente atestados, mas destacou que havia decorrido mais de cinco anos entre os fatos e o requerimento. Rejeitou a interpretação, defendida em aviso do Ministério da Fazenda, de que a demora da Administração afastaria a prescrição.

Argumentou que a lei previa mecanismos para suspender o prazo, como a obtenção de certificado junto às repartições competentes, mas que o interessado não os utilizara. Concluiu, assim, que se tratava de negligência do próprio credor, e que a lei não poderia favorecer tal comportamento.

O raciocínio está assentado em doutrina europeia, de onde se extrai a noção de que, em certas relações, a Fazenda Pública figura como gestora de interesses patrimoniais privados, submetida ao regime das prescrições civis. Essa concepção desloca a questão do plano do privilégio soberano para o campo do direito comum, limitando a ideia de imunidade estatal.

Do ponto de vista histórico, o parecer revela momento de afirmação da prescrição contra a Fazenda, em um contexto em que a jovem República buscava organizar suas finanças e proteger-se de passivos indefinidamente reclamáveis. É também indício da recepção de categorias dogmáticas estrangeiras para dar solidez científica ao direito administrativo brasileiro.

Esse episódio revela ainda a rigidez da época em relação ao comportamento do administrado: cabia a ele diligenciar pela defesa de seus direitos, sob pena de perecimento pela prescrição. Essa lógica seria reafirmada mais tarde em marcos normativos como o Decreto nº 20.910, de 1932, que consolidou a prescrição quinquenal em favor da Fazenda.

Em síntese, trata-se de um parecer paradigmático, que ilumina a passagem de um modelo de imunidade quase absoluta do Estado para uma concepção de responsabilidade administrativa submetida a limites jurídicos, especialmente no campo patrimonial.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República –Rio de Janeiro, 6 de fevereiro de 1903. – N. II.

Sr. Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda. – Consulta o Ministério da Fazenda, em aviso de 29 do mês findo, sobre o “direito que possa ter a Fazenda Nacional aos valores ou objetos que forem encontrados nos subterrâneos do morro do Castelo”. Respondo: Dispõe o Código Penal, art. 331, n. 3: “É crime de furto apropriar-se de coisa alheia achada, deixando de a restituir ao dono, si a reclamar; ou de manifestá-la, dentro de 15 dias, à autoridade competente”.

“Entram nesta disposição”, pergunta Teixeira de Freitas, Consolidação das leis civis, art. 890, nota 7, “os tesouros, dinheiros e quaisquer objetos que alguém ache enterrados ou ocultos? – Entram, e não aparecendo seu dono”, acrescenta o citado juriconsulto, “regem as disposições do § 39 Inst. de rer. divis., e L. um. Cod. de thesaur., segundo as quais pertencem ao inventor (achador) tudo, si foi achado em terreno próprio; metade, si foi achado em terreno alheio ou público. Nesta última hipótese, a outra metade pertence ao dono do terreno, ou ao Estado. Tais objetos enterrados ou ocultos não são bens vagos, a que não é achado senhor certo, nos termos da Ord., liv. 2º, tit. 6º, § 17, e do art. 52, § 2º da Consolidação citada”.

Esta doutrina acha-se consagrada o Projeto do Código Civil adotado pela comissão especial da Câmara dos Deputados, art. 613, concebido assim: “O depósito antigo de moeda ou de coisas preciosas, enterrado ou escondido, de cujo dono não há memória, si for casualmente achado em prédio alheio dividir-se-á por igual entre o inventor e o dono do prédio.

Art. 614. Se for achado pelo dono do prédio, ou por operário seu incumbido da pesquisa, ou por terceiro não autorizado, pertencerá o tesouro por inteiro ao dono do prédio.

Art. 615. Se for achado no terreno aforado, será dividido entre o enfiteuta e o inventor.

Art. 616. O depósito achado deixa de ser tesouro, si alguém justificar a propriedade dele.” (V. Carlos de Carvalho, Nova Consolidação das leis civis, art. 211 e legisl. cit., letra h).

Ora, no caso vertente não se trata de casualidade, nem tão pouco de vacância de bens.

Os tesouros que possam porventura aparecer nos subterrâneos do morro do Castelo pertencem à União.

Pertencem-lhe, e imprescritivelmente, por força da Carta Regia de 19 de janeiro de 1759 e alvará de 25 de fevereiro de 1761, em virtude dos quais foram sequestrados e confiscados os bens dos padres jesuítas, consistentes em moveis, não dedicados ao culto divino, e somente em mercadorias, em fundo de terras, casas e rendas de dinheiros e mais objetos existentes nas suas casas e que possuísem, sem encargos pios, os quais bens foram à semelhança dos bens vacantes, incorporados ao fisco, conforme se pode verificar dos volumes correspondentes àqueles anos, da legislação portuguesa, coleção Delgado, e ainda da Synopsis ou Dedução Cronológica do general Abreu e Lima, 1845, p. 228; Memórias de Pizarro, vol. III; Varnhagen, História do Brasil, vol. II.

Como sonogados em fraude à execução dos referidos atos do Governo de então, os tesouros de que se trata serão apreendidos em qualquer parte onde sejam achados, como pertencentes, em plena propriedade, ao Estado, que os mandou confiscar e incorporar aos bens nacionais, sem embargo de qualquer acessão de superfície sob a qual se encontrem os subterrâneos do Colégio dos Jesuítas do morro do Castelo, e do disposto no art. 72, § 17, da Constituição da República, aliás inaplicável à espécie.

Declara o aviso que há requerentes que se propõem explorar esses subterrâneos, sob condições não mencionadas no mesmo aviso.

Penso que nada obsta à que a União autorize essa exploração. Parece-me, porém, que o Governo nada poderá fazer sem ato do Poder Legislativo, quer se trate de mandar proceder à busca dos referidos tesouros por terceiros, mediante indenização dos trabalhos, quer permitindo a divisão do que for encontrado. No primeiro caso, será necessário solicitar a competente autorização para a abertura do crédito respectivo; no segundo é preciso que o Congresso vote lei consentindo na alienação de parte dos bens achados.

T. A. Araripe Junior.

Comentário

O parecer de 6 de fevereiro de 1903, também de autoria de T. A. Araripe Júnior, discute a quem pertenciam eventuais tesouros ou objetos encontrados nos subterrâneos do Morro do Castelo, no Rio de Janeiro. A consulta partiu do Ministério da Fazenda, diante de pedidos de particulares interessados em explorar aqueles subterrâneos, outrora ocupados pelo Colégio dos Jesuítas.

O Consultor-Geral começa examinando a doutrina tradicional sobre “tesouros ocultos”. Recorda o art. 331 do Código Penal, que tratava da apropriação de coisa achada, e cita a Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas e a Nova Consolidação de Carlos de Carvalho.

Essas fontes indicavam que, em regra, os tesouros seriam divididos entre o achador e o dono do prédio, salvo quando achados em terreno próprio ou pelo proprietário, casos em que caberiam integralmente a este. Essa era a solução também adotada no Projeto do Código Civil, então em discussão no Parlamento.

Araripe Júnior, no entanto, afasta essa disciplina geral. Para ele, os tesouros do Morro do Castelo não se enquadravam na categoria de achados casuais ou bens vacantes.

Tratava-se de bens jesuítas confiscados pela Coroa portuguesa por meio da Carta Régia de 1759 e do alvará de 1761, quando da expulsão da Companhia de Jesus. Esses bens haviam sido incorporados ao patrimônio real e, posteriormente, ao patrimônio nacional.

Qualquer objeto oculto nos subterrâneos do antigo colégio jesuíta, portanto, deveria ser considerado “sonogado em fraude à execução” daqueles atos de confisco, e por isso pertencia ao Estado.

O parecer ainda discute a possibilidade de exploração dos subterrâneos por terceiros. Reconhece que a União poderia autorizar pesquisas e escavações, mas apenas mediante lei do Congresso Nacional. Isso porque ou seria preciso abrir crédito público para custear os trabalhos, ou seria necessário permitir a divisão dos achados com os exploradores. Em ambos os casos, a decisão não poderia ser tomada apenas pelo Executivo.

Esse parecer é importante para a história do direito administrativo e patrimonial brasileiro. Ilustra a permanência de institutos do direito português na República, sobretudo no tocante à sucessão do Estado brasileiro nos bens da Coroa.

Mostra também como o direito administrativo se apropriava de tradições jurídicas coloniais para afirmar a titularidade pública sobre bens de origem religiosa. Ao insistir na imprescritibilidade e na plena propriedade da União sobre esses tesouros, Araripe Júnior reforça a ideia de continuidade entre os atos do poder régio e o patrimônio estatal republicano.

Além disso, o parecer é revelador de um momento de transição institucional: de um lado, o Estado republicano buscava afirmar seu domínio absoluto sobre

determinados bens; de outro, o Consultor-Geral já reconhecia que a execução prática de qualquer exploração dependia de lei do Congresso, em respeito ao princípio da legalidade orçamentária e patrimonial. É, assim, uma peça que articula heranças coloniais e fundamentos modernos do direito público brasileiro.

Este parecer se articula com o anterior, sobre a prescrição contra a Fazenda Pública, porque ambos evidenciam a preocupação de Araripe Júnior com a defesa do patrimônio estatal. No primeiro caso, tratava-se de limitar o alcance de créditos individuais contra a Fazenda, impondo o rigor da prescrição.

No segundo, o tema era a definição da titularidade de bens ocultos, para reafirmar que, por força histórica e normativa, pertenciam à União. Os dois textos revelam uma mesma lógica: a construção de um Estado republicano forte, que não podia abrir mão nem de seus créditos nem de seus bens. O eixo comum é a noção de que a lei não deve favorecer a negligência ou a fragmentação patrimonial, mas sim resguardar o interesse público.

PARECERES

Gabinete do Consultor Geral da República – Rio de Janeiro, 3 de março de 1903. N. 12.

Senhor Ministro da Guerra. Restituo com o meu parecer os papéis que acompanharam o vosso aviso nº 1, de 10 de janeiro findo, e relativos à pretensão de D. Brígida Simões Fernandes, viúva de Bernardo Fernandes,

Bernardo Fernandes forneceu às Forças da divisão do norte e oeste, em operações no Estado do Rio Grande do Sul, E em virtude de ordem do respectivo chefe, General Hippolyto Antonio Ribeiro, gêneros na importância de R\$ 19.283\$800, tendo requerido o respectivo pagamento em 1897.

Duas notas ou contas, sem data, apenas acusando o dia e mês em que foram feitos os fornecimentos, 1 de novembro de 1894 e 1 de janeiro de 1895, servem de base ao pedido. Delas, todavia, não consta a época em que foram apresentadas, vê-se tão somente de notas assinadas pelo escrivão L. Ennes Bandeira terem sido examinadas na Alfândega de Porto Alegre, em 7 de maio de 1897.

Acompanham-nas dois vales, também sem data, subscritos pelo deputado do quartel mestre general tenente coronel Ernesto Dornellas, e rubricados pelo referido general Hippolyto.

Em seguida a assinatura de cada um desses vales está declarado, sob a firma do tenente-coronel assistente Antonio de Lima Barros, em data de 1 de agosto de 1895, que os documentos são legais, pertencendo o primeiro ao mês de novembro de 1894 e o segundo ao de dezembro do mesmo ano.

Do processo, que tive em mãos, verifica-se que o primeiro ato praticado pelo requerente para haver o pagamento dos aludidos fornecimentos foi a 27 de abril de 1897, data do requerimento em que Bernardo Fernandes, por seu procurador José Teixeira Rolini, juntando os documentos acima descritos solicitava fossem os ditos documentos examinados, processados e incluídos na respectiva relação, a fim de ser solicitado crédito para seu pagamento.

A alfândega pediu por essa ocasião informações da Diretoria Geral de Contabilidade da Guerra sobre si aos corpos de que se tratava tinha sido abonada alguma importância a título de etapa.

A 6 de dezembro do dito ano, tendo o mesmo credor alegado acharem-se naquela Contadoria os documentos relativos à sua reclamação e insistindo, por meio de requerimento na liquidação do débito, foi aquela repartição de parecer (18 de janeiro de 1898) que se solicitassem esclarecimentos do general Hippolyto a fim de conhecer-se que corpos se tinham utilizado dos gêneros fornecidos.

O comandante do 6º distrito transmitiu, então, cópia do ofício de 4 de junho de 1895, no qual se declara que a primeira conta, na importância de 12:395\$200 era de gêneros supridos à divisão no mês de novembro de 1894, e a segunda de 6:888\$600 (1 de janeiro) de gêneros distribuídos na primeira quinzena de janeiro de 1895, e que não recebera quantia alguma para etapas.

Nada se tendo decidido à vista de tais esclarecimentos, Bernardo Fernandes, em 19 de maio de 1899, tornou a insistir no pedido. A Contadoria Geral da Guerra opinou, em 29 de julho desse ano, que não se podia resolver definitivamente sobre o assunto por não estar o pedido acompanhado dos vales ou livranças concernentes aos fornecimentos e sim de documentos, sem data, apenas assinados pelo assistente do quartel-general, se bem que rubricados pelo general Hippolyto, acrescentando que as quantidades dos artigos eram mencionadas englobadamente.

Outrossim, e, com muito acertado escrúpulo, a mesma Contadoria estranhava que, constando primitivamente o pedido de três contas, no valor total de 30:925\$000, entre as quais uma terceira relativa à primeira quinzena de janeiro de 1895, na importância de 11:641\$300, fosse esta estremada para ser paga pela alfândega de Uruguaiana.

Da diligência indicada nesse parecer resultou o ofício de 3 de agosto de 1899 do comandante do 12º regimento de cavalaria de Quarahy, remetido com outro de 16 do mesmo mês, do comando do 6º distrito, no qual se menciona que, chamado o interessado, este declara por escrito que os vales ou livranças tinham sido substituídos por contas gerais passadas pelo deputado assistente do quartel-general, como se praticara sempre durante o período revolucionário. Quanto ao outro ponto nada se adiantou.

Nestas condições permaneceram sem solução as dúvidas que ocorriam, e, sem que em nada fosse alterada a situação anterior, apresentou-se, por último, a viúva do primitivo reclamante, D. Brígida Simões Fernandes, reiterando o pedido em 25 de novembro do ano findo.

A repartição competente, recapitulando em 27 de dezembro último, os fatos já conhecidos, nada sugeriu ao Ministério da Guerra.

Do exposto concluo que se trata de uma transação velada por irrecusável obscuridade. O interessado não cuidou de segurar o seu direito, estabelecendo, por via documentária e legal, correlação perfeita entre o que rezam estes documentos e a realidade dos fatos. Seria possível prescindir de atacá-los pelos defeitos externos; ainda assim, porém, careciam de força probante, porque são contraditórios.

Essa contradição verifica-se confrontando a declaração do assistente escrita no documento, sem data, atribuída ao fornecimento do mês de dezembro de 1894, declaração feita sete meses depois, isto é, em 9 de agosto de 1895, e a explicação do ofício nº 4, de 9 de junho de 1895, onde se diz que esses gêneros foram distribuídos na primeira quinzena de janeiro desse ano. Do mesmo modo não se compreende a coincidência de referir-se a conta de 11:641\$300, que foi paga na Alfândega de Uruguaiana, a fornecimento feito aos corpos nesta mesma quinzena.

Quando, porém, nada disto prevalecesse, a dívida não poderia ser paga, salvo prova fundada em documento valioso, não exibido, por achar-se prescrita, à vista do

disposto no art. 5º da lei n. 369, de 18 de setembro de 1845. Os documentos comprobatórios das dívidas militares provenientes de vendas de gênero e de quaisquer fornecimentos à tropa, contraídas de agora em diante, serão apresentadas nas Contadorias da Guerra, onde as houver, e na sua falta nas Tesourarias das Províncias ou no Tesouro Público Nacional, dentro de um ano na data da transação ou contrato, sob pena de serem havidas por perdidas, Decreto nº 3084, de 5 de novembro de 1898, art. 185, 5ª parte, letra a, C. Carvalho, Nov. Consol. das Leis Cíveis, art. 999, letra a.

Não cabe ao devedor, senão ao credor, estabelecer a verdade dos fatos em que afirma o direito.

No antigo regime já era corrente na jurisprudência do extinto Conselho de Estado que ao contencioso pertencia resolver as dúvidas que se oferecessem em matéria de contratos, e ainda assim quando se cogitasse unicamente de relações como o Ministério da Fazenda, tais eram as limitações postas aos tribunais administrativos, como se pode ver, entre outras, das imperiais resoluções de 22 de dezembro de 1866 e de 3 de abril de 1867.

No atual regime, extinto o Conselho de Estado, é claro que os interessados que se julgarem ofendidos em seus direitos, para fixar a verdade de fatos que não conseguiram restabelecer por via administrativa, não podem buscar outro caminho senão o da prova pelos meios ordinários.

É este o meu parecer.

T. A. Araripe Junior.

Comentário

O parecer de T. A. Araripe Júnior, emitido em março de 1903, trata do pedido de D. Brígida Simões Fernandes, viúva de Bernardo Fernandes, que pleiteava o pagamento de fornecimentos feitos às tropas em campanha no Rio Grande do Sul, durante o período revolucionário de 1894-1895. A pretensão se baseava em notas, contas e vales que, no entanto, careciam de data precisa e apresentavam contradições internas.

O Consultor-Geral reconstrói minuciosamente o histórico administrativo do caso, registrando que o primeiro requerimento só ocorreu em 1897, dois anos após os fornecimentos. Desde então, sucessivos despachos administrativos demonstraram incerteza quanto à validade e à consistência da documentação.

Havia divergências quanto às quantias, quanto às datas e até quanto aos beneficiários dos gêneros. Além disso, parte do crédito já parecia ter sido objeto de pagamento em outra repartição, como na Alfândega de Uruguaiana.

Diante desse quadro, Araripe Júnior qualificou a situação como uma “transação velada por irrecusável obscuridade”. O cerne de sua posição está na ideia de que não cabe ao devedor — no caso, a Fazenda Pública — reconstruir a verdade dos fatos, mas ao credor apresentar prova cabal e incontestável do direito alegado. A ausência dessa correlação documental fragilizava o pedido de modo irreversível.

Para além das falhas probatórias, o parecer também invoca a prescrição. De acordo com a lei nº 369, de 1845, e com o Decreto nº 3084, de 1898, dívidas militares relativas a fornecimentos de gêneros deveriam ser apresentadas às repartições competentes no prazo de um ano, sob pena de perecimento do direito. Assim, ainda que não houvesse vícios documentais, o crédito estaria fulminado pela prescrição.

Araripe Júnior aproveita para estabelecer uma distinção importante entre o regime monárquico e o republicano. Recorda que, sob o Império, o Conselho de Estado detinha competência para dirimir dúvidas relativas a contratos administrativos.

No novo regime republicano, extinto aquele tribunal, restava aos interessados recorrer à via judicial, utilizando os meios ordinários de prova. O parecer, portanto, reforça o deslocamento do contencioso administrativo para a esfera judicial, movimento típico da institucionalidade republicana.

Esse parecer revela duas tendências marcantes da Consultoria-Geral da República: de um lado, a exigência de rigor documental e probatório para a cobrança de créditos contra a Fazenda; de outro, a aplicação da prescrição como instrumento de segurança jurídica e de proteção das finanças públicas.

Ao mesmo tempo, mostra como a República ressignificava o papel da jurisdição: questões que antes poderiam ser solucionadas no âmbito do Conselho de Estado passaram a depender do Poder Judiciário.

Mais uma vez, percebe-se a preocupação de Araripe Júnior em não admitir que a inércia ou a má organização dos credores se convertesse em ônus para o Estado. O parecer se inscreve, assim, na linha de precedentes que fortalecem o

princípio da legalidade e da probidade documental como condições para o reconhecimento de direitos contra a Fazenda Pública.

Este parecer se conecta tanto ao primeiro (prescrição contra a Fazenda) quanto ao segundo (Morro do Castelo). No caso da viúva de Bernardo Fernandes, a Consultoria-Geral reafirma a primazia da prova e do rigor documental, em linha com a recusa anterior em admitir direitos mal exercidos ou mal instruídos contra a Fazenda.

Aqui, como antes, a prescrição funciona como barreira protetiva das finanças públicas. Ao mesmo tempo, se observa continuidade com o parecer do Morro do Castelo: em ambos, a posição de Araripe Júnior é a de que não cabe ao Estado assumir riscos ou incertezas em prejuízo do interesse coletivo.

Seja preservando bens confiscados no período colonial, seja rejeitando créditos obscuros do período revolucionário, o fio condutor é a afirmação da Fazenda Nacional como núcleo de estabilidade e continuidade institucional, sustentada pela legalidade estrita.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. - Rio de Janeiro, 3 de março de 1903. – N. 13.

Sr. Ministro de Estado da Guerra. – Restituo-vos, com o meu parecer os inclusos papeis que acompanharam o vosso aviso n. II, de 13 de fevereiro findo, e relativos à renovação do contrato firmado por esse Ministério, em 21 de junho do ano próximo passado, com os negociantes Brügman, Pereira & Comp. para fornecimentos de arreios ao Exército.

O Ministério da Guerra consulta, em aviso de 13 de fevereiro do corrente ano, sobre os seguintes pontos de direito:

Tendo o Governo, por decreto n. 4.347, de 21 de fevereiro do ano passado, adotado, como regulamentar, o tipo de arreamento da invenção e privilegio da firma Brügman, Pereira & Comp., a 21 de junho do mesmo ano, lavrou-se na Intendência da Guerra, com aqueles negociantes, um contrato para fornecimento de 2.500 arreios.

Da exposição de motivos que acompanha o decreto, vê-se que, na preferência dada ao novo tipo, atendeu-se não só à opinião dos competentes e ao resultado satisfatório dos estudos feitos sobre a durabilidade e aos preços respectivos, com as razões que transcrevo:

“Não sendo conveniente que o exército brasileiro tenha a fábrica dos seus arreios no estrangeiro, exige, diz o Ministro que referendou aquele ato, o que aceito pelos proponentes, que fosse ela trasladada para o nosso território.

“Estando esse invento acobertado por um privilegio, não se pode apelar para a concorrência pública, mas para evitar que os proponentes, senhores do fornecimento, abusem, elevando o preço, ainda lhes impus um preço fixo para o tempo da duração do privilegio e em libras esterlinas, que, calculado pelo câmbio do dia, o reduzirá de muito com a subida do câmbio.

“Ainda atendi ao caso que os proponentes não possam, por qualquer motivo, continuar a fornecer ao Exército, estatuinto que, nesse caso, eles abram mão do respectivo privilegio em favor do Governo, que poderá nos seus arsenais e em estabelecimentos particulares mandar confeccionar arreios do tipo de sua invenção.”

Pergunta-se:

1º Das razões acima transcritas; da segunda parte da clausula 5ª do contrato; e da imposição, já satisfeita pelos fornecedores, consignada na clausula 7ª, - resulta a

obrigação do Governo de renovar anualmente o contrato, durante o prazo do privilegio daqueles negociantes?

- As cláusulas aludidas são estas:

“5ª O contrato durará até 31 de dezembro de 1902, devendo renovar-se anualmente durante o prazo que faltar para a terminação dos privilégios, findo o qual o Governo terá direito ao uso das patentes de invenção, no Brasil, exclusivamente, para o fabrico de arreamento necessitado pelo Exército da União;

7ª Os proponentes ficam obrigados a trasladar a fábrica para o Brasil e competem-se a empregar o material dos costumes do país”.

2º No caso afirmativo, essa obrigação, caso se renove o contrato, pode ser incluída como clausula em um contrato que só pode vigorar até 31 de dezembro, termo do exercício financeiro, ou deve ser consignada em um termo à parte?

3º O caso do governo limitar-se a renovar simplesmente o contrato para este ano, sem cogitar de estabelecer a obrigação de renovação durante todo o tempo do privilegio, não poderá dar lugar a uma ação por parte dos fornecedores por perdas que lhes possa acarretar a imposição da clausula 7ª já satisfeita, na suposição da renovação daquelas condições?

4º No caso de dever ser a obrigação da renovação feita em termo especial, não pode neste ser consignada a cláusula de nulidade dessa obrigação, em virtude de reincidências em falta por parte dos fornecedores?

Respondo em globo, porque a matéria dos quesitos não permite separação. A questão é regida pela lei n. 3018, de 5 de novembro de 1880, art. 19, que proíbe ao Governo, salvo concessão especial do Poder Legislativo, fazer contratos por tempo excedente do ano financeiro corrente, embora se trate de serviços que devam naturalmente ser contemplados na lei do orçamento.

A razão dessa proibição é óbvia. Se esta disposição é rigorosa ou não, no que respeita ao lapso de tempo, não me cabe aqui discuti-la.

Esse período, poderia ser mais extenso, como se observa, por exemplo, na legislação italiana, onde os contratos, embora não devam ser estipulados com ônus continuativos para o Estado, senão por motivos de absoluta conveniência ou necessidade reconhecida pelo Poder Legislativo, são, todavia, para despesas ordinárias, permitidos até nove anos. (Dalvise, *Contabilità di stato*, p. 185)

A nossa lei, porém, limitou essa faculdade administrativa a um ano; o que importa dizer que, segundo o sistema aqui adotado, a administração não pode vincular os futuros orçamentos por via contratual com ônus que não tenham sido previamente autorizados pelo poder competente, ou estejam nas condições previstas no regulamento anexo ao decreto n. 2.409, de 23 de dezembro de 1896, art. 7º, § 3º.

Si o fizer, arrisca-se a não encontrar dotação suficiente para satisfazer os compromissos que por esse meio tenha assumido; e as cláusulas em que tenha sido desrespeitado aquele preceito legal devem considerar-se como não existentes.

Assim, pois, sou forçado a reputar insubsistente a clausula 5ª do contrato que me foi presente; e na mesma censura o novo contrato, se a incluir.

O termo, consignando essa obrigação, lavrado e assinado aparte, seria apenas uma mudança de forma; em nada alteraria a substância do compromisso; e vincularia do mesmo modo o futuro orçamento, que foi o que o legislador procurou evitar. Os indivíduos que contrataram com a administração tinham o dever de verificar o defeito de poderes da outra parte contratante. E, tendo-o feito o interessado a despeito disto, acarreta as consequências do vício do contrato. Sibi imputet.

Todavia, a questão não pode ser solvida in continenti pelo dispositivo da lei n. 3.018.

O Governo, expedindo o decreto n. 4.347, de 21 de fevereiro de 1902, que adotou o novo plano de arreamento para a montada dos oficiais e praças do Exército, criou uma situação anormal, tanto para si como para os fornecedores, situação que aliás podia ter sido evitada pela desapropriação, nos termos dos arts. 72, § 17, da Constituição, e 50 da lei n. 221, de 1894. Esse decreto entra em conflito com a lei, porquanto torna impossível qualquer outro contrato, pelo menos enquanto não for revogado o mesmo decreto, desde que se trata da adoção de arreios de invenção privilegiada. O Governo, por este ato de jurisdição espontânea, inibiu-se de realizar fornecimentos em outra fábrica que não seja a dos donos do privilegio. Por essa parte, portanto, não necessitariam os fornecedores de outra garantia, enquanto o decreto vigorasse. A renovação dar-se-ia fatalmente, independentemente de qualquer clausula infringente do preceito acima indicado.

Surge, entretanto, uma dificuldade resultante do caráter aleatório a que ficarão expostos os termos dos futuros contratos relativamente ao número, preços e à qualidade do material. Já se vê que, na renovação deles, poderão aparecer obstáculos opostos, quer de um lado, quer de outro. Como solver as dúvidas ocorrentes? E si o Governo convier em revogar o decreto n. 4.347?

Dados estes conflitos, será inevitável a intervenção do Poder Judiciário.

Convém, com tudo, saber até onde chega o direito dos fornecedores.

É verdade que, em virtude da clausula 7ª do contrato realizado a 21 de junho do ano passado e conforme fora anteriormente ajustado com o Governo, segundo consta da exposição de motivos acima transcrita, eles trasladaram a fábrica que tinham no Rio Grande do Sul para esta Capital; e naturalmente desse ato lhes advieram despesas que só pela continuidade dos fornecimentos serão em tempo ressarcidas.

Resta, porém, verificar, em face dos princípios correntes de direito, si, tendo os ditos fornecedores baseado o seu ajuste na infração de um preceito de lei, podem alegar, para pedir indenização por prejuízos, no caso de recusa de inserção da clausula de renovação obrigatória do contrato, a ignorância do aludido preceito.

Quanto à manutenção das cláusulas continuativas do contrato, já ficou evidenciado que nenhum direito lhes assiste á reclamação, nulo o mesmo contrato por vicio insanável, a cujas alternativas e riscos não se podem furtar os contratantes que as aceitaram. (Saleilles, Thiorie de l' obligation, n. 153; Bevilacqua, Direito das obrigações, § 73; Lacerda de Almeida, Obrigações, §§ 79 e 70).

Mas, apesar disto, oferece-se a questão por uma outra face.

Tratando-se de prejuízos decorrentes de ato fundado em um decreto de natureza administrativa, como é o expedido sob n. 4.347, isto é, tendo de atender-se a reclamação que, porventura, venha a originar-se da insubsistência desse ato de gestão, pode a União exonerar-se da responsabilidade civil pelos danos que causa?

Entendo que não pode. O decreto n. 4.347 é de natureza regulamentar; expedido pelo chefe do Poder Executivo, estabelece relações de ordem geral, produzindo efeitos, enquanto não revogado. E si terceiro, na fé da sua validade, foi induzido em erro e, baseado nele, praticou atos de que lhe sobrevenham prejuízos, é inquestionável o seu direito a ação contra o Estado. Pela lesão, oriunda de culpa do agente, que o representa, não simplesmente in vigilando, mas como órgão direto, para esse efeito com ele identificado, pouco importando que as funções sejam políticas ou jurídico privadas, fica a União sujeita à jurisdição dos tribunais civis e às cominações do direito privado.

Esta doutrina, professada pela generalidade dos mestres de direito, está consagrada na nossa legislação. – Lei n. 221, de 1894, art. 13, § 14; João Barbalho, Comentários, v. art. 82 da Const. da República, p. 354; Chironi, La culpa en el derecho civil moderno. Trad. Posada, ns. 210, 225 a 242; Amphiphio, Responsabilidade pecuniária da União pela culpa aquiliana de seus funcionários, pags. 49 a 84.

Esse direito, porém, não existente ainda para os fornecedores, nascerá, todavia, do conflito que venha a aparecer por desacordo de vontades na especificação das cláusulas nos contratos que hajam de ser propostas, na defesa do privilégio, e pela revogação do mesmo decreto n. 4.347, como ato consequente e liberatório.

Só nesse momento, verificada a lesão, poderão os interessados agir por via judiciária.

T. A. Araripe Junior.

Comentário

O parecer examina a renovação do contrato firmado entre o Ministério da Guerra e a firma Brüggman, Pereira & Comp., relativo ao fornecimento de arreios ao Exército. A questão posta era se, em virtude das cláusulas contratuais e do decreto que havia tornado obrigatório o uso do modelo inventado pela empresa, o governo estaria vinculado à renovação anual do contrato durante todo o prazo de vigência do privilégio concedido aos fornecedores.

Araripe Júnior inicia sua análise a partir da Lei nº 3018, de 1880, que proibia o governo de firmar contratos com duração superior a um exercício financeiro, salvo autorização legislativa.

Essa norma refletia um princípio fundamental: a administração não poderia comprometer orçamentos futuros sem o aval do Poder Legislativo. Com base nisso, o Consultor-Geral considerou nula a cláusula contratual que impunha a renovação automática.

O vício era insanável e, por consequência, não caberia aos contratantes alegarem ignorância ou pleitear indenização por prejuízos decorrentes de sua própria aceitação de cláusulas ilegais.

O problema se tornava mais complexo, no entanto, porque o Decreto nº 4347, de 1902, havia adotado oficialmente o modelo de arreios da empresa, impedindo, na prática, qualquer concorrência.

O decreto colocava a administração em posição peculiar: embora legalmente proibida de obrigar-se a renovar contratos por prazo superior a um ano, a própria União havia se restringido ao uso exclusivo de um produto que dependia dos fornecedores. Tal situação, segundo Araripe, criava uma anomalia jurídica que poderia ensejar litígios futuros.

O parecer reconhece que os fornecedores já haviam cumprido obrigações onerosas, como a transferência da fábrica para o território nacional, com custos que só poderiam ser amortizados pela continuidade do contrato.

Nesse contexto, surge a questão da responsabilidade do Estado. Araripe admite que, caso a União viesse a revogar o decreto ou a recusar a renovação contratual, gerando prejuízos aos fornecedores que agiram confiados na validade do ato administrativo, poderia haver responsabilidade civil do Estado.

Fundamenta-se em doutrina e legislação contemporânea que reconheçam a sujeição da União às regras de responsabilidade aquiliana, vinculando-a à reparação de danos decorrentes de atos de seus agentes.

O parecer, assim, combina rigor jurídico com realismo prático. De um lado, reafirma a legalidade estrita, negando a validade de cláusulas que comprometessem orçamentos futuros. De outro, admite que o próprio comportamento do Executivo, ao editar decreto que conferia exclusividade a determinados fornecedores, criava

legítima expectativa que, se frustrada, poderia gerar responsabilidade civil do Estado.

Trata-se de exemplo precoce de aplicação da teoria da responsabilidade objetiva da Administração, ainda em formação no direito brasileiro.

O parecer dialoga com os anteriores ao mostrar um novo aspecto da mesma preocupação central: a relação entre a Fazenda Pública e os particulares. Nos casos de prescrição e de fornecimentos militares, o eixo estava no rigor documental e no perecimento do direito por negligência do credor.

No parecer sobre o Morro do Castelo, o foco recaía na proteção do patrimônio público contra reivindicações privadas. Já aqui, o problema é mais sofisticado: envolve contratos administrativos, exclusividade de fornecedores e a tensão entre o princípio da legalidade orçamentária e a necessidade prática de assegurar a continuidade do serviço militar.

A linha evolutiva que emerge é nítida: Araripe Júnior constrói, passo a passo, um discurso que equilibra a defesa intransigente do interesse público com a admissão de que o Estado, ao agir, também se vincula juridicamente e pode responder por prejuízos causados a terceiros.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República – Rio de Janeiro, 25 de março de 1903 – N. 17.

Sr. Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores – Com o meu parecer, restituo-vos os inclusos papéis que acompanharam o vosso Aviso n. 164, de 31 de janeiro findo, com o qual me transmitistes o aviso do Ministério das Relações Exteriores de 21 do mesmo mês, solicitando informações sobre si há inconveniente em que os sacerdotes alemães Otto von Jutzanka e Curt Haupt pratiquem, no Estado de Santa Catarina, a catequese de índios.

Em aviso de 21 de janeiro último o Ministério das Relações Exteriores pergunta ao da Justiça e Negócios Interiores si há inconveniente em que os sacerdotes alemães Otto von Jutzanka e Curt Haupt, pratiquem no Estado de Santa Catarina a catequese dos índios.

Si se trata de catequese, no sentido místico da palavra, isto é, de simples instrução religiosa pelo catecismo, pela pregação, pela escola, pelos atos de culto esterno, ou pelo emprego de outros meios de aparato de que usam as confissões, para propagar a fé, quaisquer obstáculos que se possam opor ao exercício da missão encontram remédio nas disposições dos §§ 1º, 3º, 6º, 7º e 12º do art. 72 da Constituição da República, que garante a todo nacional ou estrangeiro a inviolabilidade, entre outros, dos direitos concernentes á liberdade de consciência, de expansão das confissões religiosas, de ensino em suas diversas modalidades, de vulgarização pela palavra, independentemente de ligações com a União e com os Estados, os quais não podem aceitar relações de dependência ou aliança em matéria de culto. Assim, ás autoridades locais compete amparar o exercício desses direitos, verificando apenas si os que o praticam não perturbam a ordem pública, e aos tribunais reintegrá-los, quando se dê lesão por arbítrio das autoridades administrativas.

Segundo parece, porém, os aludidos sacerdotes alemães não pretendem só isso. O que eles procuram, provavelmente, é exercer a catequese sobre índios errantes, tribos dispersas pelo deserto ou existentes nos territórios daquele Estado, ainda não policiados. Nessa hipótese, a questão muda de aspecto.

Catequese não quer dizer simplesmente propaganda religiosa ou conquista mística; e a história nos mostra que ela foi política na China, quando para ali seguiram os jesuítas mandados por Luiz XIV, por sugestões do Padre La Chaise (Lavisse e Rambaud, Histoire générale, V, 912); foi econômica na América, quando as nações europeias, apossando-se das terras descobertas, buscaram reduzir as tribos selvagens ao trabalho útil á colonização; foi, por fim, administrativa, quando, estabelecido o regime das novas nacionalidades do continente americano, os

respectivos governos, abolindo o cativo dos índios, criaram missões e consignaram em seus orçamentos verbas para organização e custeio desse serviço.

Essa inteligência deduz-se, pelo menos, entre nós, de toda a legislação atinente a catequese.

Recorrendo a lei de 27 de outubro de 1831, decretos, n. 285, de 21 de junho de 1843, n. 373, de 30 de julho de 1844, n. 426, de 24 de julho de 1845 e outros atos do Governo, vê-se que a catequese e a civilização dos índios eram, como devem continuar a ser, um serviço de ordem administrativa, importando em essência o exercício da soberania e o policiamento das hordas selvagens sujeitas, como habitantes do território, a suprema autoridade da lei brasileira.

Ao tempo que a igreja não estava separada do estado, naturalmente estas missões eram entregues aos missionários católicos, aos quais se delegavam parcelas da autoridade civil. Todavia, esta delegação não eximia o Governo de fiscalizar o exercício das respectivas atribuições. Foi assim que a lei de 27 de outubro de 1831, revogando as Cartas Regias que mandavam fazer guerra e pôr índios em servidão, passou a considerá-los órfãos e entregou-os aos juizes respectivos para que se lhes applicassem as providencias da Ord. liv. Iº tit. 88. Pelo decr. N. 373, de 30 de julho de 1844 foi regulamentada a distribuição dos missionários pelas províncias, os quais não se podiam desligar da missão ou transferir para outro lugar senão por ordem do Governo, sendo, na parte espiritual, os emanados de Roma sujeitos às formalidades do beneplácito. E como não fosse isto bastante para fazer sentir o caráter civil da missão, o Governo ainda espediu o decr. N. 426, de 24 de julho de 1845, no qual se regulamentou de modo mais positivo o serviço das missões de catequese e civilização dos índios, criando-se em cada província um diretor geral de índios, dando-se regimento aos aldeamentos, inspeção aos padres, providenciando-se sobre o ensino, agricultura, comercio e força militar destinada a protegê-los em suas aldeias, etc.

Feitas estas considerações, é intuitivo que os missionários estrangeiros não podem ser encarregados pelos Governos dos Estados, oficialmente, do serviço de que se trata, porque veda-o o § 7º do art. 72 da Constituição da República. É obvio, também, que não se lhes pode impedir o exercício da sua função sacerdotal nos aldeamentos policiados.

Nenhuma destas faculdades, porém, autoriza-os a internarem-se pelos territórios desertos do Brasil e a promoverem ali o aldeamento de índios, a instituírem coletividades sem o concurso da autoridade brasileira, organizando missões, exercendo sobre os índios, além do prestígio místico, atos de governo e de disciplina administrativa.

Permiti-lo seria delegar tacitamente em estrangeiros o exercício da soberania, violando o princípio básico da Constituição, que veda a existência de qualquer autoridade territorial não submissa a lei e as regras de investidura dos cargos oficiais.

Penso, pois, que não é destituída de perigos a entrega dos sertões a missões discricionárias; e a história já nos advertiu desse perigo, uma vez pelo exemplo das Missões do Paraguay, acontecimento que não se repetirá certamente com o aspecto

teocrático ali observado, mas que, obedecendo às tendências do século, pode tomar outro não menos sério, o de expansão por meios indiretos.

Nos termos da Constituição da República, é ainda a polícia local que compete exercer vigilância sobre fatos desta natureza.

Nada obsta, porém, a que o Governo da União dê conhecimento á legação da Alemanha dos dispositivos das nossas leis a respeito do objeto da consulta, como se tem praticado em casos análogos.

T. A. Araripe Junior

Comentário

O parecer de T. A. Araripe Júnior, emitido a pedido do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, discute a possibilidade de sacerdotes alemães, Otto von Jutzanka e Curt Haupt, exercerem a catequese de índios em Santa Catarina. A questão chega ao Consultor-Geral por meio do Itamaraty, revelando um entrecruzamento de direito interno, soberania nacional e relações diplomáticas.

O parecer distingue duas hipóteses. Se a catequese fosse entendida apenas em seu sentido estrito — instrução religiosa, pregação, culto, ensino —, então estaria garantida pela Constituição de 1891, que consagrava a liberdade de consciência, a livre propagação da fé e a inviolabilidade do culto.

Nesse cenário, a atuação dos sacerdotes não poderia sofrer restrições além daquelas necessárias à preservação da ordem pública, cabendo às autoridades locais e ao Judiciário protegerem os direitos individuais.

Contudo, Araripe Júnior ressalta que a catequese de índios “errantes” ou em territórios não policiados tinha significado mais amplo. Historicamente, a catequese fora política, econômica e administrativa, assumindo feições de governo indireto sobre populações indígenas.

No Brasil, desde a lei de 1831 e os decretos de 1843, 1844 e 1845, a catequese e a civilização dos índios foram tratadas como serviço público, envolvendo a soberania do Estado e submetidas a rígido controle da administração. Missões religiosas, ainda que conduzidas por padres, sempre estiveram sujeitas a normas de fiscalização, direção e disciplina governamental.

Nesse sentido, o Consultor-Geral afirma que missionários estrangeiros não poderiam ser incumbidos oficialmente da catequese dos índios por governos estaduais, sob pena de violação do § 7º do art. 72 da Constituição, que vedava relações de dependência entre Estado e confissões religiosas.

Mais ainda, seria inadmissível que esses missionários, sem coordenação do poder público, se internassem nos sertões e criassem aldeamentos, exercendo funções de governo e disciplina sobre os indígenas. Isso equivaleria a permitir uma autoridade territorial paralela, afrontando a soberania nacional.

O parecer lembra o exemplo histórico das Missões Jesuíticas do Paraguai, advertindo contra a formação de entidades teocráticas ou de coletividades independentes, que poderiam evoluir para formas de expansão indireta de poder estrangeiro. Assim, a catequese de indígenas dispersos, em regiões não policiadas, não poderia ser entregue a sacerdotes estrangeiros, ainda que sob o pretexto de atividade religiosa.

Araripe conclui que cabia à polícia local a fiscalização de tais iniciativas e recomenda que o governo brasileiro comunique à legação alemã os dispositivos legais sobre o tema, como forma de prevenir equívocos diplomáticos.

Este parecer amplia o horizonte dos anteriores, deslocando-se da defesa estritamente patrimonial e contratual da Fazenda para o terreno da soberania política e cultural. Se, nos pareceres sobre prescrição, fornecimentos e contratos, a ênfase estava no rigor documental e na legalidade administrativa, aqui o foco recai sobre a preservação da autoridade estatal diante de missões estrangeiras.

Ainda assim, há um fio condutor: a recusa de Araripe Júnior em admitir qualquer forma de fragilidade do Estado brasileiro, seja patrimonial, contratual ou territorial. A lógica é a mesma: proteger o interesse público contra riscos de dispersão — sejam dívidas mal comprovadas, bens ocultos, cláusulas ilegais ou o perigo de uma autoridade paralela em território nacional.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 16 de abril de 1903. – N. 23.

Sr. Ministro de Estado dos Negócios da Guerra – Com o incluso parecer da presente data, restituo-vos os papéis que acompanharam o vosso aviso n. 13 de 30 de março último, relativos ao requerimento em que Manuel Cesar da Silva reclama pagamento da quantia de 5:690\$800, a título de indenização por prejuízos que alega ter sofrido com o saque praticado em 1894, em sua residência, por forças revoltadas sob o comando do contra-almirante Custodio José de Mello.

Saúde e fraternidade. – T. A. Araripe Junior.

Manoel Cesar da Silva reclama pagamento da quantia de 5:690\$800 a título de indenização de prejuízos que sofreu com o saque praticado no dia 6 de abril de 1894 em sua residência no distrito da Mangueira, Estado do Rio Grande do Sul, por forças insurgentes sob o comando do contra-almirante Custodio José de Mello.

Em tempo de perturbações intestinas ou guerra civil o Governo não é responsável pelos prejuízos que sofrem os particulares. É esta a doutrina adotada em termos gerais pelo Ministério da Justiça e Negócios Interiores, em aviso n. 52, de 9 de outubro de 1894, que transcrevo na íntegra:

“Sr. Ministro de Estado dos Negócios da Marinha – Com o aviso n. 2189, de 3 do corrente mês, consultastes qual o procedimento que deveis ter á cerca dos protestos feitos por diversos indivíduos contra os prejuízos que estão sofrendo, em consequência da revolta de parte da esquadra brasileira.

“Restituindo as contrafés que acompanharam o citado aviso, cabe-me declarar-vos que, em tempo de perturbações internas ou guerra civil, o governo não tem responsabilidade, nem viola o direito dos particulares, quando, constringido por força maior e no exercício legal do poder público, provê á segurança do Estado ou pratica ato que traga prejuízo a particulares; estes, quer nacionais, quer estrangeiros, não têm direito a indenização.

Tal é a doutrina que tem prevalecido entre os mais autorizados publicistas e na prática internacional.

O governo, pois, não é responsável pelas perdas e danos sofridos pelos protestantes, e ao Procurador da República, nesta seção, cumpre apresentar o seu contraprotesto.”

Bluntschli, Droil international codifié, § 380, e Calvo, Le Droit international, I, §§ 363 a 367, confirmam esta regra.

Nas perturbações da ordem e da paz publica, ensina Lafayette (Direito international, I, § 227), provenientes de tumultos, motins, insurreições e guerras civis, podem ocorrer duas categorias de crimes: os danos causados pelos particulares que se envolvem nesses sucessos e os que são consequências naturais da execução das medidas e providencias dos governos e seus agentes.

O estado não é responsável nem por uns nem por outros.

O tumulto, o motim, importam desobediência e desrespeito às leis e às autoridades. A revolta, a insurreição, a guerra civil, sob qualquer forma, constituem ataques, agressões, hostilidades que tem por objeto negar, destruir, arruinar as leis e o poder público. Estes movimentos, enquanto não são domados e vencidos, suspendem de fato a autoridade do governo e das leis nos lugares em que dominam.

“Nestas circunstâncias, é evidente que o estado não pode responder pelos atos dos desordeiros e dos insurgentes. E tal é o princípio universalmente aceito. Os estragos e danos que se seguem da execução das medidas tomadas pelo poder público para suplantar os tumultos e domar e vencer a insurreição, a guerra civil, como, por exemplo, a destruição de edifícios e benfeitorias resultantes de operações militares, equiparam-se ao mal causado por acidente, caso fortuito ou de força maior e, portanto, não podem determinar a responsabilidade da nação.”

Recorrendo á jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontro várias decisões, sufragando idêntica doutrina.

O acórdão de 27 de janeiro de 1900 declara que em uma luta civil, como foi a revolta de parte da Armada de 1893, os males causados a terceiros, quer pelos revoltosos, quer pelas forças legais no exercício da defesa imprescindível da nação, são considerados como resultantes de força maior e não obrigam a fazenda nacional a indenização de ordem alguma.

Em acórdão de 21 de junho do dito ano, o mesmo tribunal decidiu que não é devida indenização pelos danos materiais que são o resultado de atos de guerra, nem mesmo é exigível o pagamento de aluguel de prédios ocupados pelas forças legais.

Essa jurisprudência, com tudo, não tem sido constante. O referido tribunal, sem desconhecer aquele princípio em sua generalidade, mais de uma vez, atento o preceito do art. 72, § 17, da Constituição, tem aplicado a casos emergentes, como arrebanhamento de gado, ocupação de prédios, utilização ou destruição de embarcações, o disposto nos arts. 1º e 8º da lei de 9 de setembro de 1826, como tratando-se de expropriação em caso de guerra, no qual cessam todas as formalidades e se permite a posse do uso quanto baste. (Acórdãos de 8 de dezembro de 1897, de 31 de dezembro de 1898, de 13 de julho e 19 de setembro de 1900). (...)

Sejam, porém, quais forem as restrições postas ao princípio mais geral da irresponsabilidade do estado por danos ou prejuízos, resultantes de atos de guerra praticados por agentes do governo, no exercício da autoridade soberana, nenhuma dessas restrições aproveita ao caso de que se trata.

O reclamante não pede indenização de prejuízos que sofresse em consequência de operações das forças legais, mas de atos criminosos praticados por insurrectos saqueando a sua propriedade.

O reconhecimento de um tal direito é em absoluto repellido por todos os publicistas. E si alguns governos, como observa Lafayette, tem sido levado a atenuar os efeitos de devastações oriundas de guerra civil, concedendo auxílios pecuniários às pessoas que haja sofrido danos, o tem feito com a declaração expressa de que, “assim procedendo, cedem a um sentimento de equidade e não a uma necessidade jurídica”.

O procedimento contrário, além de injurídico, seria ruinoso ao estado, que assim se constituiria na obrigação absurda, de reconstruir a propriedade particular, destruída, não só pela ação incerta dos bombardeios, mas também pelos atos depredatórios de indivíduos fora da lei.

T.A. Araripe Junior.

Comentário

O parecer examina o pedido de indenização formulado por Manoel Cesar da Silva, que alegava ter sofrido prejuízos com o saque de sua residência no Rio Grande do Sul, em 1894, durante a Revolta da Armada, perpetrado por forças insurgentes sob o comando do almirante Custódio de Mello. A pretensão era a de receber da Fazenda Nacional a quantia de 5:690\$800.

A posição de Araripe Júnior é clara e categórica: em tempos de guerra civil ou de perturbações internas, o Estado não responde pelos danos sofridos por particulares, quer resultem da ação de insurgentes, quer provenham de medidas adotadas pelo poder público no exercício de sua autoridade.

Essa é a doutrina consagrada tanto na prática administrativa do Ministério da Justiça — que já em 1894 afirmara não caber responsabilidade do governo por tais danos — quanto na literatura de direito internacional, citando Bluntschli, Calvo e Lafayette.

O Consultor-Geral ressalta que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal havia, em linhas gerais, adotado o mesmo princípio, reconhecendo que os atos de guerra se equiparavam a casos fortuitos ou de força maior.

Apenas em hipóteses específicas, como arrebanhamento de gado, ocupação de prédios ou destruição de embarcações, a Corte admitira alguma forma de indenização, equiparando tais casos a expropriações em tempo de guerra, com fundamento no art. 72, § 17, da Constituição.

No caso concreto, contudo, o pleito não dizia respeito a atos praticados pelas forças legais no cumprimento de dever de guerra, mas a crimes cometidos por insurretos, fora da ordem jurídica e contra a própria soberania estatal. Para Araripe, admitir indenização nesse contexto significaria impor ao Estado um encargo “absurdo”, o de recompor bens destruídos por indivíduos que se colocaram contra a lei.

Reforça ainda que, quando governos concedem auxílio a vítimas de guerra civil, fazem-no por razões de equidade política, e não em cumprimento de uma obrigação jurídica.

O parecer, portanto, reafirma a irresponsabilidade do Estado por danos oriundos de insurreições e tumultos, consolidando uma visão rígida de que a proteção da ordem pública prevalece sobre interesses individuais quando se trata de guerra civil.

O parecer conecta-se diretamente com os anteriores ao reafirmar a mesma lógica de contenção da responsabilidade estatal. Se nos pareceres sobre prescrição e fornecimentos militares a ênfase recaía no rigor probatório e no perecimento de créditos mal instruídos, e se no parecer sobre contratos de fornecimento de arreios surgia a reflexão sobre os limites da responsabilidade civil do Estado, aqui o foco é ainda mais restritivo: a exclusão completa da responsabilidade por atos insurgentes ou por danos decorrentes de guerra civil.

O fio condutor permanece o mesmo: Araripe Júnior constrói uma teoria administrativa fundada na legalidade estrita e na preservação do patrimônio público, negando que o Estado possa ser transformado em garantidor universal contra riscos políticos ou sociais.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 20 de junho de 1903. – N. 43.

Sr. Ministro da Fazenda. – Com o parecer incluso, da presente data, restituo-vos os papéis que acompanharam o vosso aviso n. 73, de 6 do corrente, relativos à consulta feita pelo Ministério da Guerra em aviso n. 51, de 22 de janeiro último, sobre o direito que têm os Estados de cobrar impostos de exportação nos territórios existentes nos mesmos Estados e pertencentes à União.

Saúde e fraternidade. – T. A. Araripe Junior.

Ao Ministério da Guerra parece matéria controversa o direito que têm os Estados de cobrar impostos de exportação nos territórios existentes, nos mesmos Estados e pertencentes à União (Aviso n. 51, de 22 de janeiro último).

Provém a dúvida das razões do veto presidencial, de 21 de julho de 1896, oposto à resolução do Congresso Nacional regulamentando o art. 64 da Constituição da República.

Nos termos do aludido veto, vê-se que o seu autor muito juridicamente considerou inconstitucional o disposto na segunda parte do art. 1º daquela resolução, que declarava compreendidos na expressão – terras devolutas – os terrenos de marinhas, os ribeirinhos e os acrescidos; outro tanto, porém, não sucede com as razões de não sanção concernentes ao art. 2º, quanto à inteligência do art. 34, ns. 29 e 31 da Constituição.

São estes os termos do citado art. 2º da resolução vetada:

“Ficam desde já reservados para a União, de conformidade com o mesmo artigo (art. 64), todas as terras devolutas situadas nas linhas de fronteira do país, em uma faixa de 66 quilômetros, devendo o Governo mandar oportunamente medir e discriminar as respectivas áreas, onde serão estabelecidas colônias militares.

Parágrafo único. As produções da zona, definida neste artigo, continuam a ser taxadas pelos respectivos Estados, aos quais é garantido em toda sua plenitude o direito de explorá-las”.

Transcreverei textualmente a parte do veto que lhes é referente:

“O art. 2º da resolução do Congresso, reconhece incompletamente o direito vigente, isto é, o art. 64 da Constituição, quando dispõe que das terras devolutas cabe à União a porção indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações e construções militares, e os arts. 1º da lei n. 601,

de 18 de setembro de 1850, e 82 a 86 do Decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854 – não revogado nesta parte – quando mandam reservar nas fronteiras 10 léguas para colônias militares e para serem distribuídas gratuitamente aos colonos e povoadores.

É incompleto o reconhecimento do direito vigente, porque a resolução só admite colônias militares nesta zona, quando o decreto n. 1.318, de 1854, também cogitava da distribuição dessas terras por quem as povoasse.

E sabiamente o fazia, pois a defesa do território não se faz, única nem principalmente, por estabelecimentos militares, mas também pela posse real e efetivo cultivo do solo, pela criação de núcleos de população civil.

Além disso, o parágrafo único do art. 2º da resolução inutiliza a disposição anterior, estatuinto que as produções naturais da zona definida, podem ser taxadas pelos Estados, aos quais é garantido em toda a sua plenitude o direito de explorá-las.

As terras são da União, mas os Estados exploram e taxam as suas produções!

Não se compreende essa nova espécie de domínio, que constitui verdadeira aberração dos princípios de direito, com violação manifesta da Constituição, quando prescreve que sobre terras e estabelecimentos da União só legisla o Congresso Nacional e não os Estados (Const., art. 34. Ns. 29 e 31)”.
Da leitura, atenta dos períodos acima transcritos depreende-se que, na opinião do ilustre signatário do veto, os Estados nenhuma jurisdição exercem sobre as populações civis que forem encontradas dentro dos limites das terras pertencentes à União, ex-vi da 2ª parte do citado art. 64 da Constituição. De modo mais claro: a União exerce nessas terras a sua jurisdição exclusivamente e em termos absolutos.

Para melhor esclarecimento, vejamos os textos constitucionais diante dos quais tem de ser dirimida a questão de que se trata:

Diz a Constituição:

“Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional:

n. 29. Legislar sobre terras e minas de propriedade da União;

n. 31. Submeter a legislação especial os pontos do território da República, necessários para a fundação de arsenais ou outros estabelecimentos e instituições de conveniência federal.

Art. 64. Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais”.

Diz ainda o

“Art. 10. É proibido aos Estados, tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União e reciprocamente”.

Destas disposições verifica-se a existência de dois pontos a atender na questão de que se trata.

O primeiro é concernente à jurisdição territorial; o segundo às isenções tributárias concedidas aos bens patrimoniais da União.

Quanto ao primeiro ponto, parece-me que a inteligência do art. 34, ns. 29 e 31 e o seu complemento do art. 64, resolvendo-se pelos dispositivos combinados dos arts. 1º, 2º, 9º, 63, 65, § 2º, afasta toda ideia de jurisdição exclusiva da União dentro dos limites de um Estado.

A inteligência contrária procede da confusão em que laboram alguns interpretes da Constituição relativamente ao modo porque foi e se acha constituído o território nacional.

Pretendem eles aplicar ao Brasil, fundado na redação do citado art. 34, n. 31, o regime da legislação relativa aos chamados territórios nos Estados Unidos da América do Norte. Esses territórios, adquiridos por compra ou cessão, têm a forma de governo que lhes quer impor e impõe diretamente o Congresso, diz Story, e consequentemente escapam às limitações que a Constituição estabelece, quando se refere aos poderes jurisdicionais concedidos aos Estados: “O poder do Congresso sobre as terras nacionais é evidentemente exclusivo e universal e sua legislação não está sujeita a nenhum contraste”. (Comm. Abrev., trad. Calvo, II, ns. 666 e 667.) “The constitution was made for the states, not for territories”, accrecenta Cooley, Principles of Constitutional Law, pag. 37.

Ora, nada que se pareça com isto existe entre nós. O território nacional achava-se integrado quando se deu o advento da República; nenhuma aquisição foi feita, nem poderá mais sê-lo, à vista da proibição do art. 88 da Constituição brasileira.

Como se vê dos arts. 1º e 2º, a nação, adotando como forma de governo, sob o regime representativo, a república federativa, constituiu-se, por união perpetua e indissolúvel das suas antigas províncias, com os seus limites, em Estados Unidos do Brasil; e excetuando o que ficou preceituado no art. 3º, relativamente ao futuro Distrito Federal, pode-se afirmar que nenhuma nesga do território da República foi subtraída ao regime da jurisdição conjunta da União e dos Estados, definida na mesma Constituição.

Nem se compreende como fossem de outra maneira exercitados os poderes delegados aos Estados e garantida a liberdade a todos os cidadãos brasileiros, si do território de cada Estado pudessem ser destacadas parcelas a pretexto de necessidades de ordem geral e federal. Dar-se-ia uma perfeita desintegração territorial, e, portanto, política, a que não se presta nem o espirito, nem a letra da Constituição.

“O povo brasileiro, no uso de sua soberania (preâmbulo e art. 1º), como bem pondera o dr. João Barbalho, organizou seu regime político, dividindo o anterior estado unitário do Brasil em Estados particulares, dando às antigas províncias esse novo

caráter (art. 2º) incumbindo-os de seu próprio governo e administração peculiares (arts. 5º, 6º, 63 e 65, § 2º), mas reunindo-os pelo laço da federação, dando-lhes a significativa denominação de Estados Unidos e erigindo um governo comum ou geral (a União), a cujo cargo ficou confiada, no interesse de toda a coletividade, uma certa ordem de negócios, da mais alta monta e de difícil ou impossível gestão pelos Estados isoladamente, com vantagens para eles e para a comunhão.

Este governo geral coexiste com os governos dos Estados, tendo cada um uma esfera de ação própria e distinta.

Conforme este sistema, existem duas qualidades de governo no mesmo território – Governo Nacional e Governo Estadual: há o povo nacional e o de cada Estado, o cidadão está sujeito a duas normas soberanas, às leis federais e às dos Estados, assim como a duas ordens de autoridades que entre si não têm subordinação hierárquica: - de um lado ao chefe, congresso justiça e autoridades da nação e do outro às autoridades do Estado particular a que pertencer.” (Comentários, pag. 9).

Ora, si tais princípios são irrecusáveis, como admitir que a carta divisionária dos Estados possa ser cindida para deixar aparecer uma autoridade territorial exclusiva?

A disposição do art. 34, n. 31, deve, pois, ser aplicada com as restrições impostas pela integridade das jurisdições territoriais, que não sofrem interrupção em todo o território da República, de acordo com a jurisprudência adotada na União Americana e na Confederação Argentina, de cujas constituições foi copiado, com ligeiras modificações, aquele artigo.

O § 17 da sec. 8ª do art. 1º da constituição americana declara que ao congresso compete submeter a legislação exclusiva (to exercise exclusive legislation) todos os terrenos comprados com o consentimento da legislatura do Estado em que estiverem situados, para a construção de fortalezas, armazéns, arsenais, estaleiros e outras edificações necessárias (need ful buildings.)

O § 27 do art. 67 da constituição argentina diz:

“O Congresso Nacional legisla exclusivamente para todo o território da capital da nação e sobre todos os demais lugares adquiridos por compra ou cessão em qualquer das províncias, para estabelecimentos de fortalezas, arsenais, depósitos ou outros estabelecimentos de utilidade nacional”.

Apesar das expressões “legislação exclusiva” usadas nos dispositivos transcritos, na América, de onde veio a regra, pelo menos, não se julga que a legislação exclusiva importe a supressão da jurisdição estadual que for compatível com os intuitos da regulamentação federal.

A autoridade nacional, diz Estrada, comentando a constituição do seu país, sobre sítios adquiridos em territórios de um Estado, é exclusiva na América do Norte, em tudo quanto se relaciona com o serviço a que se destinam os sítios;

entende-se, porém, ali que os Estados particulares conservam o direito de fazer efetiva a autoridade dos seus tribunais dentro de tais sítios, ainda que estejam submetidos sob outros aspectos, à jurisdição nacional, como se essa circunstância não existisse.

Assim, a autoridade competente para conhecer dos delitos cometidos por indivíduos que habitam tais regiões não é a autoridade nacional, mas a autoridade local.

“A residência em lugares consagrados ao serviço nacional não importa o foro federal exclusivo. As regiões de propriedade nacional não estão completamente desagregadas no Estado, nem subtraídas inteiramente à sua jurisdição e autoridade.” (Noções de Direito Federal, pag. 184).

A prática e jurisprudência americanas são terminantíssimas.

Nada, portanto, justifica que nos distritos submetidos à regulamentação federal, segundo a Constituição brasileira, se negue ação aos poderes concedidos aos Estados, em tudo quanto não contrarie os fins de ordem administrativa afetos à União, nem prejudique a exploração direta da propriedade territorial anexa aos estabelecimentos organizados pelo Governo Federal.

O próprio Governo já variou da opinião consagrada no veto de 21 de julho de 1896, aproximando-se da verdadeira doutrina, quando expediu o decreto n. 4.662, de 12 de novembro de 1902, que aprova o regulamento para as colônias militares.

Nesse regulamento a jurisdição estadual em terras pertencentes à União é clara e positivamente reconhecida. É assim que o dito regulamento dispõe, no art. 53, o seguinte:

“Os empregados da colônia e todos os colonos em geral estão sujeitos à legislação civil e criminal da República, sendo nos crimes civis processados e julgados segundo os códigos respectivos e os atos militares sujeitos à legislação especial que regula a matéria.”

Pelo art. 24 reconhece o direito que têm os colonos e suas famílias de possuir lotes de terras e explorar por si a indústria pastoril e agrícola; pelo art. 35, de ter casas comerciais na zona urbana; pelo art. 68, de exercer em proveito próprio ofícios mecânicos, artes, indústrias ou qualquer outro mister fabril; e, salvo sujeição ao regime militar da colônia, imposto a estes residentes pelo art. 47, é fora de dúvida que, no que for concernente ao estado civil de tais pessoas, ao direito de sucessão, aos contratos que entre si fizerem, aos moveis e semoventes que adquirirem, às indústrias que exercerem, essas pessoas estão sob a jurisdição das autoridades estaduais, às quais compete o processo e execução das leis civis.

Nestas condições seria ilógico e constituiria uma mutilação desta jurisdição, tão claramente reconhecida, negar aos Estados a jurisdição fiscal decorrente daqueles atos. Os colonos ou habitantes de terras pertencentes à União não deixam de ser cidadãos dos Estados e nessa qualidade devem ser compreendidos, igualmente com os outros, na contribuição necessária à manutenção dos serviços estaduais; pagando os impostos pelas indústrias e profissões que exercerem em seu proveito e

pelos produtos que individualmente exportarem pela linha da fronteira, ainda em terras pertencentes à União.

A exceção, portanto, contida no citado art. 34, n. 31, não constitui uma exclusão de competência, mas uma restrição ao exercício ordinário dos poderes conferidos aos Estados em matéria administrativa, justificada apenas pela necessidade de garantir o livre exercício da autoridade federal nos estabelecimentos destinados, principalmente, à manutenção da ordem geral e segurança política da República.

Quanto ao segundo ponto, isto é, a faz extensão do privilégio de que gozam os bens pertencentes à União, é intuitivo que tal isenção não passa além do titular da propriedade.

Não podem considerar-se bens da União, para os efeitos do art. 10 da Constituição, os bens incorporados ao patrimônio particular dos colonos ou das pessoas residentes em terras de propriedade federal.

Uma vez verificada, como ficou, a competência dos Estados para a cobrança dos impostos a que têm direito, ex-vi do art. 9º da Constituição, dentro dos limites do seu território ou da respectiva divisão política, cabe-lhes arrecadá-los de todos os particulares, contribuintes sujeitos à taxação, embora residentes em colônias militares ou em outros estabelecimentos administrados pelo Governo Federal.

Recaindo o imposto sobre o resultado do trabalho dos colonos e mercadorias ou manufaturas aos mesmos pertencentes, sobre colheitas e frutos da própria lavoura ou sobre produtos de indústria extrativa obtidos em virtude de contratos de arrendamento feitos com a administração, é evidente que o Governo Federal violaria a Constituição se subtraísse aos Estados, em casos tais, o exercício do direito de arrecadação.

Os privilégios da Fazenda Nacional não se transmitem: são de direito público.

Os produtos naturais do solo pertencem à União em suas terras; ela tem o direito de explorá-los, utilizá-los, dando-lhes o destino que entender, por si ou por seus prepostos.

Desde, porém, que os aliena, desligados do patrimônio da Nação, esses produtos seguem forçosamente a sorte do novo proprietário, *ratione proprietatis*.

Isentar dos impostos estaduais, portanto, os bens particulares, por pertencerem a pessoas residentes em terras da União, importaria conceder-lhes aquele privilégio pelo fato da habitação, o que seria absurdo e injustificável perante o direito vigente.

É este o meu parecer.

Rio de Janeiro, 20 de julho de 1903.

T. A. Araripe Junior.

Comentário

O parecer examina uma consulta do Ministério da Guerra, por meio do Ministério da Fazenda, sobre o direito dos Estados de cobrar impostos de exportação em territórios situados dentro de seus limites, mas pertencentes à União, notadamente colônias militares e áreas reservadas para fins de defesa.

A dúvida surgira a partir de veto presidencial de 1896, que considerara inconstitucional a possibilidade de os Estados taxarem a produção dessas terras.

Araripe Júnior parte da análise dos dispositivos constitucionais relevantes: o art. 34, ns. 29 e 31, que conferem ao Congresso competência para legislar sobre terras da União; o art. 64, que define a propriedade das terras devolutas; e o art. 10, que proíbe tributar bens e rendas federais.

Em leitura sistemática, o Consultor-Geral rejeita a tese da jurisdição exclusiva da União sobre tais territórios. Para ele, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos com os “territórios” federais, no Brasil não havia áreas apartadas da jurisdição estadual.

O pacto federativo de 1891 resultou da transformação das antigas províncias em Estados, de modo que nenhuma parte do território poderia ser destacada de sua jurisdição política e administrativa ordinária.

O parecer recorre a comparações com o direito norte-americano e argentino para esclarecer que, mesmo em áreas reservadas a fins federais, não se exclui a competência estadual em matéria civil, criminal e fiscal, sempre que compatível com os objetivos federais.

O Regulamento das Colônias Militares de 1902 é citado como exemplo de reconhecimento da jurisdição estadual: colonos sujeitos às leis civis e criminais locais, com direito a exercer comércio, indústria e profissões, devendo, portanto, submeter-se também à tributação estadual.

A distinção feita por Araripe é nítida: a União exerce jurisdição administrativa especial para a defesa e organização dos estabelecimentos federais,

mas isso não suprime a competência geral dos Estados sobre os cidadãos que residem em seu território.

Assim, a isenção prevista no art. 10 da Constituição protege apenas os bens e rendas da União enquanto tais, não alcançando bens incorporados ao patrimônio particular dos colonos. Uma vez alienados ou produzidos, os frutos e mercadorias pertencem aos particulares e se sujeitam, por isso, à tributação estadual.

O parecer é, portanto, um marco da interpretação federativa no início da República. Afirma a indivisibilidade da jurisdição estadual dentro de seu território, resguardando a competência da União apenas nos limites estritos da administração federal. Ao mesmo tempo, rejeita privilégios indevidos a particulares pelo simples fato de habitarem terras federais, reafirmando o princípio da igualdade tributária.

Este parecer amplia a linha argumentativa dos anteriores, deslocando-se do campo patrimonial, contratual e da responsabilidade civil do Estado para o coração do debate constitucional da Primeira República: a repartição de competências entre União e Estados.

Se antes Araripe Júnior enfatizara a contenção de pretensões particulares contra a Fazenda e a limitação da responsabilidade estatal, aqui ele sustenta a autonomia fiscal dos Estados, evitando que a União, sob o pretexto de propriedade territorial, subtraia receitas estaduais.

O fio condutor, no entanto, é o mesmo: a proteção da ordem jurídica contra abusos e desequilíbrios, seja na esfera das indenizações, dos contratos, das dívidas prescritas ou, agora, da repartição federativa de poderes. O parecer mostra um Araripe atento à lógica do federalismo nascente e preocupado em preservar tanto a autoridade da União quanto a integridade da competência estadual.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da União – Rio de Janeiro, 4 de fevereiro de 1904. – N.4.

Sr. Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores. - Consulta o presidente do Estado de Minas Gerais se, em face das disposições do Código de Ensino e do silencio por ele guardado relativamente ao assunto, podem ser admitidas pessoas do sexo feminino a inscrição para os concursos das cadeiras existentes nos institutos oficiais regidos por aquele código.

Em resposta ao aviso desse Ministério, de 4 do mês findo, com o qual me foi presente a referida consulta, tenho a honra de declarar-vos que, no meu parecer, tal admissão não encontra fundamento na lei.

Só por exceção se tem facultado ás mulheres o exercício de funções remuneradas pelo Estado e compatíveis com o sexo; porquanto não lhes é applicável o disposto no art. 73 da Constituição da República, que aliás negou-lhes os direitos políticos, rejeitadas como foram todas as emendas que lhes atribuíam o direito de votar, conforme se vê do volume dos Anais do Congresso Constituinte, em que se acha publicada a discussão havida por ocasião de votar-se o art. 70; e porque o direito de exercer cargos públicos conta-se entre aquelas faculdades, forçoso é reconhecer que unicamente ao Poder Legislativo cabe restringir essa regra, declarando quais as funções que podem ser exercidas por pessoas do sexo feminino, sem violação da esfera do poder político, nem inconveniente para o serviço público.

Até hoje concessões dessa espécie têm sido feitas em regulamentos, de modo taxativo, atendendo-se sempre á natureza do serviço, ou do estabelecimento, e como exemplo, sem falar no magistério primeiro, que é municipal, e nos lugares de telegrafistas, já accessíveis às senhoras, citarei, entre outros, o do art. 4º do regulamento do Instituto Benjamin Constant, que se refere expressamente ao lugar de professora de piano e canto.

Si o intuito do legislador, portanto, fosse estender a exceção ao professorado dos institutos regidos pelo Código, entre os quais estão também compreendidas as Faculdades de Direito e de Medicina e as escolas Politécnica e de Minas, tê-lo-ia feito em termos positivos, como o fez no art. 121, que permite a matricula de indivíduos do sexo feminino. Ao contrário disso, todo o contexto dos regulamentos, e especificadamente o art. 57 do Código citado, indica a vontade de manter o regime anterior e não dissimula o antagonismo que ainda existe entre as leis e costumes brasileiros e as excessivas aspirações do Women's party e dos secretários da escola de Stuart Mill, aspirações estas que, ainda mesmo nos Estados Unidos, não encontram consagração na opinião dominante, nem nas legislaturas dos Estados, sendo certo que a inovação de Washington, de 1882, concernente aos direitos

políticos da mulher, foi revogada pela Constituição de 1889 (Bryce, American Commonwealth, 2ª ed., II, 441).

Cumpre-me, todavia, acrescentar que a minha opinião é emitida no ponto de vista da legislação federal.

Na parte relativa ao provimento dos lugares de lentes e professores, os institutos equiparados não estão subordinados ao processo estabelecido no Código de Ensino. A' vista do que dispõem os arts. 362, 366, 369 e 274, os Congressos Estaduais podem votar leis mandando provê-los como julgarem mais acertado.

Saúde e fraternidade.

T. A. Araripe Junior.

Comentário

O parecer de T. A. Araripe Júnior trata de consulta encaminhada pelo presidente de Minas Gerais acerca da possibilidade de mulheres participarem dos concursos para cadeiras em institutos oficiais de ensino regidos pelo Código de Ensino. A dúvida surgia do silêncio do Código quanto ao tema e da abertura gradual, em certos regulamentos, à presença feminina em funções públicas.

Araripe adota posição restritiva. Segundo ele, a Constituição de 1891 negara expressamente às mulheres os direitos políticos, rejeitando emendas que lhes atribuíam o voto. Como o exercício de cargos públicos é considerado um prolongamento desses direitos políticos, a regra seria a de exclusão feminina, salvo hipóteses expressamente previstas em lei.

Assim, somente ao Poder Legislativo caberia abrir exceções, declarando de forma positiva as funções compatíveis com o sexo feminino.

Para fundamentar sua posição, o Consultor-Geral cita regulamentos que já previam algumas funções acessíveis às mulheres — como professoras de piano e canto no Instituto Benjamin Constant ou telegrafistas — mas sempre em caráter taxativo. O Código de Ensino, ao contrário, não autorizava a inscrição feminina nos concursos para cadeiras de institutos superiores, como Faculdades de Direito, Medicina, Politécnica ou de Minas. O art. 121 permitia a matrícula de mulheres como alunas, mas o art. 57 e todo o contexto normativo mantinham o regime anterior, que vedava o acesso delas ao professorado.

Araripe ainda faz referência crítica às “aspirações do Women’s party” e aos discípulos de Stuart Mill, notando que mesmo nos Estados Unidos a ampliação dos direitos políticos femininos não era consensual, e a experiência de Washington de 1882 fora revogada em 1889. O argumento demonstra tanto a influência de debates internacionais quanto o conservadorismo jurídico predominante na época.

O parecer conclui, todavia, reconhecendo que, no tocante aos institutos equiparados, a matéria dependia da competência legislativa dos Congressos Estaduais, que poderiam disciplinar os provimentos de cargos de acordo com sua autonomia. Dessa forma, a negativa de Araripe tem caráter restrito à legislação federal.

O parecer é revelador do estágio das discussões sobre a participação feminina na vida pública brasileira no início do século XX. O direito de frequentar cursos superiores já estava assegurado, mas o acesso ao magistério superior permanecia vedado.

A argumentação de Araripe, ao mesmo tempo que se ancora na letra da Constituição e dos regulamentos, espelha a resistência cultural e institucional ao avanço dos direitos das mulheres.

O parecer, à primeira vista afastado das questões patrimoniais, fiscais ou contratuais que dominaram os anteriores, mantém, no entanto, a mesma lógica de fundo: a defesa da legalidade estrita e a recusa de interpretações extensivas que ampliem direitos sem fundamento expresso na lei.

Se nos casos de prescrição, contratos administrativos ou responsabilidade por danos de guerra Araripe negara espaço à equidade ou à benevolência administrativa, aqui ele aplica o mesmo rigor ao tema da igualdade de gênero. O fio condutor é a convicção de que apenas o legislador pode abrir exceções ou inovar no campo das garantias.

Em consequência, a Consultoria-Geral, seja protegendo a Fazenda contra credores, seja delimitando a competência tributária dos Estados, ou seja, restringindo o acesso das mulheres a cargos públicos, apresenta-se sempre como guardião da rigidez normativa e do equilíbrio institucional.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 29 de junho de 1905.

Examinei os papeis juntos, relativos à situação em que se acha o Estado de Goiás, com uma duplicata de poderes, legislativo e executivo; e, se bem entendi a exposição que os acompanha, subscrita pelos senadores e deputados de uma das facções políticas, que disputam a posse do governo naquele Estado, o que está em causa é a legalidade de reconhecimento dos respectivos poderes, que se realizou tumultuariamente, depois de uma eleição também tumultuária, dando cabimento á dualidade anômala de que se trata.

Não me cabe entrar na apreciação das violências e ilegalidades praticadas pelo atual governador de Goiás, intervindo ostensivamente nas eleições.

O que interessa a solução do caso é o modo porque se tronaram efetivas as duas apurações.

De como chegaram os fatos a tomar esse caráter na aludida exposição pode-se avaliar pelo seguinte:

Chegada a época da verificação de poderes dos membros do Congresso e cujo início a lei fixa para 5 de maio, contava o governo maioria de deputados e diplomados, em grande parte portadores de diplomas ilegais, por terem sido expedidos por juntas apuradoras incompetentes, quais as instituídas pelo ilegal decreto de 7 de junho (ilegal porque da autorização legislativa para a divisão dos círculos, quatro anos antes, já tinha usado o Executivo e a divisão feita em virtude dessa autorização estava incorporada à lei.)

Considerando os candidatos diplomados opositoristas que seria baldado pleitear os direitos da oposição perante um poder verificador assim, constituído dos próprios espoliadores de tais direitos, e que de antemão sabiam apurar todas as eleições favoráveis ao governo, por mais escandalosamente fraudulentas que fossem firmados no art. 2º do regimento interno da Câmara dos Deputados, reuniram-se em edifício a parte e, constituindo a mesa e as comissões regimentais, encetaram os seus trabalhos.

No Senado, continua o mesmo documento, estava a oposição em condições superiores à do Governo, pois, devendo se constituir o poder verificador dos senadores de mandato em vigor (o Senado pela Constituição do Estado compõe-se de doze senadores, renovando-se, por metade, de 4 em 4 anos), destes contava com três e o governo com dois, dos quais um presidente e sem voto. Dispõe o regimento do Senado, art. 6º, que para os atos de reconhecimento de poderes é necessária a presença de cinco senadores.

No primeiro dia de sessões preparatórias, só comparecendo três senadores, o presidente do Senado, coronel Rocha Lima, candidato oficial á presidência do Estado, convidou a tomarem assento os candidatos diplomados, e cujos diplomas tinham sido protestados, e constituiu com eles uma mesa ilegal, que tomou o compromisso do senador Ricardo Paranhos e o empossou.

“À vista de procedimento tão tumultuário, violador dos preceitos regimentais, retirou-se o senador Fulgencio Nunes da Silva, o único opositorista presente e com o primeiro secretário, Souza Moraes, que assumiu a presidência, constituiu Senado à parte.”

E sob esta base foram verificados os poderes dos deputados e senadores da oposição, constituídos em câmara e senado á parte. Instalaram-se e realizaram as suas sessões sob a garantia de um habeas-corpus concedido pelo Juiz Federal; em sessões de 2 e 3 de junho corrente procederam, como congresso, nos termos do art. 89 da Constituição respectiva, a apuração da eleição do presidente e dos vice-presidentes do Estado, que deverão servir no período de 14 de julho de 1905 a 14 de julho de 1909 e proclamaram presidente o dr. José Joaquim de Souza e vice-presidentes os coronéis Francisco Ferreira Lemos, José Vaz e Manoel do Carmo Lima.

O Congresso, que, segundo afirma a exposição, o governo organizou, procedeu também á apuração da eleição presidencial, proclamando: presidente, Miguel da Rocha Lima, vice-presidentes, José Balduino de Souza, Francisco Bertolo de Souza e José da Silva Baptista.

Nestas condições, prevendo que no próximo dia 14 de julho, data fixada pela Constituição estadual para inauguração do novo período governamental, dois presidentes disputarão o governo do Estado, pensam os signatários da exposição que semelhante crise só pode constitucionalmente ser resolvida pela intervenção do Governo Federal, nos termos do n. 2º, do art. 6º, da Constituição da República, decidindo entre os dois poderes rivais qual o legitimamente constituído.

Questão melindrosa e sem precedentes na República Brasileira, parece-me, á primeira vista, não encontrar solução diretamente indicada na letra de nenhum dos §§ do art. 6º citado.

Não se trata, com efeito, de repelir invasão estrangeira ou de um estado em outro; não consta que a ordem e a tranquilidade do Estado, no momento atual, tenham sido perturbadas materialmente, de modo que a ação legal da autoridade e o gozo pacífico dos direitos do cidadão se vejam embaraçados; não se verifica, tão pouco, a hipótese de violação ou não execução de leis ou sentenças federais, por culpa ou oposição dos poderes estaduais. Tais casos, pois, estão de si mesmos excluídos pela natureza dos fatos que ocorrem no Estado de Goiás.

Se a intervenção, solicitada do Governo Federal, firma-se na iminência de um conflito material, que poderá, entretanto, dissipar-se, é intuitivo que só depois de traduzidos em desordem, poderiam os acontecimentos, segundo a sua gravidade, determinar, mediante requisição do respectivo governo, a expedição dos atos e providencias de fluentes do n. 3º do dito art. 6º.

Resta, portanto, saber si os atos dos poderes verificadores, acima descritos, constituem uma derrogação da forma republicana federativa, de maneira a legitimar o exercício da faculdade constitucional.

Os interpretes da Constituição Americana, da qual foi transportada para a brasileira o dispositivo de que se trata, são quase uniformes na reprodução do pensamento dos autores do Federalista, em cujo capítulo XLII leem-se as seguintes palavras:

“Os Estados Unidos afiançam a todos os Estados da união a forma do governo republicano, e se obrigam a defendê-los de qualquer invasão estrangeira, ou mesmo de qualquer violência doméstica, contanto que isto lhes seja requerido pela legislatura respectiva, ou pelo poder executivo, si a legislatura se não achar reunida. Numa confederação, fundada em princípios republicanos, é preciso que o governo federal tenha o poder de defender o sistema geral contra as inovações da aristocracia ou da monarquia.”

“Quanto mais intima for a união, tanto mais interesse tem cada membro nas instituições políticas das outras, e tanto mais direito de exigir que a forma de governo existente na época do pacto, seja substancialmente mantida... Assim enquanto os Estados conservarem a forma republicana, qualquer que ela seja, é lhes afiançada pela constituição federal; e se quiserem substituir-lhe outra, também tem o direito de o fazer, e podem reclamar, para a que adotarem, a garantia federal. O único poder que não têm é o de adotar uma constituição, que não seja republicana.”

“A intenção do legislador constituinte, diz Cooley, (Const. Limit., p. 28), foi proteger a união fundada sobre princípios republicanos contra inovações aristocráticas e monárquicas.” Pomeroy, (Const. Law, p. 136), acrescenta que se justifica a intervenção do Congresso para restaurar a forma do governo republicano toda vez que um Estado legisla, pondo o respectivo governo nas mãos de uma oligarquia.

Não diverge desse conceito Walker, (Amer. Law, § 67), quando afirma que aos Estados é apenas proibida a admissão de governos despóticos, aristocráticos, monárquicos, não se permitindo a intervenção senão nos casos que em tais governos se caracterizem pela forma anti-republicana.

Gourd, o mais recente comentador da Constituição Americana, observa que a “clausula de garantia não é somente a garantia da forma republicana, neste ou naquele estado particular; ela constitui uma das garantias da forma republicana do próprio governo da União, salvaguarda da paz interior, da diuturnidade da União, da vida da nação; de onde se conclui, com toda razão, que para proteger num Estado qualquer a forma republicana, os Estados Unidos podem intervir espontaneamente, independente de solicitação ou requisição de autoridades locais... E, todavia, fora dos casos em que o Congresso por mais de uma vez tem fixado as condições a que se deveriam subordinar as Constituições dos Estados novamente admitidos, a garantia da forma republicana parece nunca ter sido posta em execução”. (Les Charires Cloniales et les Constitutions de l’Amerique du Nord, III, 479 e 481).

De tudo isto vê-se que a faculdade consagrada no art. IV, sec. IV, da Constituição Americana, e relativa á inversão ou transformação do governo em um tipo diferente, resolve-se numa faculdade do poder constituinte; de onde resulta que

os atos, que esse poder é obrigado a submeter ao seu exame e censura, devem manifestar-se sob o aspecto de uma organização traduzida em leis evidentemente contrárias ao regime republicano firmado pela Constituição Federal.

Manter a forma republicana federativa” declara-o também o n. 2º do art. 6º da Constituição Brasileira. Ora, não se manifestando a forma de um governo senão pelos aparelhos políticos e institutos criados pelas suas leis orgânicas, é obvio que só na ordem legislativa pode ser ela atacada.

No exercício, portanto, daquela faculdade o Governo Federal, quando lhe caiba tomar conhecimento da organização inconstitucional de um Estado, tem apenas que verificar se a respectiva constituição e leis adjetas contrariam os princípios políticos da União.

Nem a Constituição de Goiás, reconhecida por ambas as facções políticas, cuja luta deu ensejo a exposição junta, nem as suas leis orgânicas, são acusadas de subverter, alterar ou inverter o regime, sob o qual se constituiu aquele estado como membro da União.

A intervenção por aquele motivo, na opinião geral dos comentadores devolver-se-ia ao poder legislativo federal. Na minha opinião essa incompetência é irrecusável, porque depende claramente do exercício de faculdade legislativa, e tal deve-se considerar a de revogar ou declarar não existentes leis que organizam um Estado como estranho á União e determinar por via de uma constituinte a reorganização do Estado, que se tiver excluído do regime constitucional abandonando a forma republicana federativa.

Mas não é este o caso. O que se pretende é considerar o Governo da União competente para, em segunda instancia, verificar os poderes dos indivíduos que se dizem eleitos presidente, vice-presidentes, senadores e deputados de Goiás.

Que têm os fatos, aliás deploráveis, ocorridos durante o pleito eleitoral e o modo pelo qual se fez ali a verificação de poderes, com a forma republicana federativa?

Penso que nada. O governo de um Estado pode ser ilegal sem ser contrário a forma republicana.

Assim pois, no meu parecer, o disposto no n. 2º do art. 6º só por si não justificaria a intervenção, desde já, para validar qualquer das eleições que serviram de base a instalação dos dois congressos e consecutiva apuração da eleição de dois presidentes e vice-presidentes.

Sem dissimular, porém, a dificuldade que oferece em perspectiva a dualidade do governo, e a probabilidade de um conflito, logo que o atual presidente termine o período constitucional e seja empossado o seu sucessor, convenio em que a Constituição da República instituiu remédio para os casos de perturbação doméstica, autorizando a intervenção do governo federal para restabelecer a ordem e tranquilidade nos Estados, á requisição dos respectivos governos, mas também reconheço que essa mesma Constituição não concedeu essa faculdade para prevenir, mas para agir reprimindo atos já exteriorizados e contrários á ordem no Estado.

“Restabelecer”, enuncia o referido parágrafo; e só se restabelece aquilo que deixou de existir.

Isto posto, parece que só o fato material da perturbação da ordem no Estado de Goiás poderia autorizar medida de repressão derivadas do n. 3º do art. 7º; enquanto esse fato não aparecer toda e qualquer intervenção seria prematura e, portanto, inconstitucional, ainda que solicitada.

Dado, porém, que essa intervenção se torne oportuna, isto é, que as duas facções políticas entrem em ação para empossar o chefe do Executivo e efetivamente surja o conflito material, como agir, e qual dos poderes da União é competente para intervir, à vista de duas requisições, em oposição, subscritas por autoridades que se julgam legítimo governo?

Não vejo na jurisprudência solução franca para a dificuldade ocorrente. Os dois casos que pude encontrar na jurisprudência americana relativos a dualidade de governo não me parecem robustecer nenhuma opinião decisiva.

O primeiro é o de Rhode Island, em 1849. Nesta emergência a ilegitimidade de um dos governos coincidia com uma insurreição de caráter político e ofensiva do princípio federativo. A Suprema Côrte, a quem foi submetido o caso, declarou que ao Congresso cabia verificar qual o governo estabelecido no Estado, para então, decidir sobre si era ou não republicano. (Chanbrun, *Le pouvoir executif aux Etats Unis*, pp. 283 e seg.)

O outro exemplo, que é de 1873, refere-se a Luziânia. Ainda este precedente americano varia do que se nos afigura agora. A comissão do senado norte americano, ao qual foi sujeito o conflito, provocada a dizer se existia um governo civil naquele Estado, opinou que nenhum dos governos pretendentes fora legitimamente eleito, e assim propôs se adotasse a resolução de que “presentemente” não havia governo de Estado no Estado da Luziânia, e nestas condições se devia ordenar uma nova eleição e providenciar para que ela se fizesse sob a autoridade dos Estados Unidos “afim de que o povo, acrescentava o parecer, eleja um governo ao qual se submeta, ou em caso de sublevação os Estados Unidos possam honestamente sustenta-lo.” (J. Barbalho, *com.*, p. 25).

A conclusão a tirar desse parecer é que a acefalia governamental deve equiparar-se a ausência de constituição para que se sub-rogue o Congresso Federal no direito de, como poder constituinte, exercer a função legislativa que se considera extinta no Estado, e promover o restabelecimento, por atos de soberania, da representação política do mesmo Estado.

Se o caso de Goiás fosse igual ao da Luziânia teríamos nesse precedente norte americano amparo para a opinião dos que pretendem que se justificaria por tais fundamentos a intervenção espontânea.

Não é. A questão, na hipótese vertente, é de dualidade de apuração, e o Estado não está acéfalo, porque o atual governador não terminou o seu período governamental e ninguém contesta a sua autoridade.

A intervenção, portanto, ter-se-á de subordinar forçosamente a clausula final do n. 3º do art. 6º da Constituição da República, garantidora da autonomia estadual.

Recebida pelo Governo Federal dupla requisição, presumindo que uma delas tenha sido expedida pelo governo legitimamente eleito no Estado, ao Presidente da República compete tomar todas as providências que interessem ao restabelecimento da ordem, mantendo o governo de fato, até que o Congresso Nacional, pronunciando-se sobre a espécie, possa estatuir relativamente ao processo de intervenção definitiva e reconhecimento do governo legal segundo as exigências do caso ocorrente.

Saúde e fraternidade.

T.A. Araripe Junior.

Comentário

O parecer de 29 de junho de 1905 enfrenta a crise institucional de Goiás, onde eleições tumultuárias e dupla verificação de poderes produziram dois “Congressos” e duas proclamações de presidente e vice-presidentes do Estado. Araripe Júnior recusa discutir as violências e ilegalidades eleitorais em si; concentra-se no ponto constitucional central: quando e como a União pode intervir para decidir entre governos rivais.

A chave interpretativa está no art. 6º da Constituição de 1891. Araripe afasta, de início, as hipóteses clássicas de intervenção: não há invasão externa, nem prova de desordem material que impeça o gozo de direitos, nem descumprimento de lei ou sentença federal. Resta a “garantia da forma republicana federativa” (n. 2) e a intervenção para restabelecer a ordem em caso de “violência doméstica” (n. 3).

Com apoio em doutrina e precedentes norte-americanos (Federalista, Cooley, Pomeroy, Walker, Gourd), sustenta que a cláusula de garantia opera quando um Estado altera, por suas leis orgânicas, a própria forma de governo — matéria de índole legislativa/constituente, cuja apreciação caberia ao Congresso Federal. Em Goiás, porém, a Constituição estadual não foi alterada: o problema é de legalidade eleitoral e de verificação de poderes, não de forma de governo.

Daí a conclusão prudente: a intervenção com base no n. 2 não se justifica. E a do n. 3 só se legitima para “restabelecer” a ordem quando houver perturbação efetiva — não para preveni-la. Enquanto não houver conflito material, agir seria prematuro e inconstitucional.

Se, contudo, o choque se consumir e chegarem ao Planalto duas requisições de “governos” rivais, o Presidente pode adotar medidas para preservar a paz e manter o governo de fato, remetendo ao Congresso a decisão sobre a intervenção definitiva e o reconhecimento do governo legal, de modo a compatibilizar tutela da ordem e autonomia estadual.

O parecer é exemplo de autocontenção federativa: reconhece a gravidade política da duplicidade de apurações, mas preserva a linha divisória entre ilegalidade eleitoral (a ser saneada pelas vias próprias) e quebra da forma republicana. Ao mesmo tempo, oferece solução operativa para o pior cenário — manter a ordem e submeter o mérito político-constitucional ao Congresso —, reafirmando que a União não é instância revisora de eleições estaduais.

O parecer dialoga diretamente com o parecer de 20 de junho de 1903 sobre tributação em terras federais: em ambos, Araripe afirma um federalismo de equilíbrio — nem supremacia absorvente da União, nem ilhas de extraterritorialidade nos Estados.

Tal como preservou a jurisdição fiscal estadual em colônias federais, aqui preserva a autonomia política estadual, recusando transformar a intervenção federal em recurso ordinário para corrigir disputas eleitorais.

Em continuidade aos pareceres anteriores, mantém a matriz de legalidade estrita e prudência institucional: a União atua para recompor a ordem quando ela de fato colapsa; não para arbitrar, preventivamente, conflitos políticos ainda não convertidos em perturbação material da paz pública.

PARECERES

Gabinete do Consultor Geral da República. — Rio de Janeiro, 4 de março de 1906.

Exmo. Sr. Dr. J. J. Seabra, Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores. — Restituo os papéis que acompanharam a carta de V. Ex., de 20 do corrente, com as considerações que me ocorrem relativamente ao assunto neles exposto.

Trata-se de saber qual a validade dos títulos de propriedade assinados e expedidos pelo governo revolucionário acreano do coronel Plácido de Castro e referentes ao território situado ao sul do paralelo de 10° 20'.

O tratado firmado em Petrópolis aos 17 de novembro de 1903, aprovado pela lei n. 1.179, de 18 de fevereiro de 1904, e em execução, desde o decreto n. 5.161, de 10 de março do mesmo ano, não fazendo senão consagrar o princípio universalmente aceito em direito internacional, dispôs em seu art. 2º que a “transferência de territórios resultante da delimitação descrita no artigo precedente compreenderia todos os direitos que lhes são inerentes e a responsabilidade derivada da obrigação de manter e respeitar os direitos reais adquiridos por nacionais e estrangeiros, segundo os princípios de direito civil”.

Efetivamente, em casos semelhantes, o Estado não cede a outro território, renúncia apenas o imperium sobre os seus habitantes. “Ainda mesmo nos Estados patrimoniais, poderá Perrinjaquet (*Des cessions temporaires de territoires* p. 217), o Estado cedia o seu direito de propriedade, se todo o território lhe pertencia a esse título, mas o objeto principal do ato jurídico era em princípio a renúncia da autoridade pública. O que existe simplesmente é a substituição de uma soberania por outra sobre os habitantes de uma região delimitada por acordo das partes.”

Já Portalis, dizia, na exposição de motivos relativa ao título da propriedade e ao soberano o império, e que esta última expressão compreendida somente o poder de governo, ideia admitida não só naquele código, mas também no da Itália e no da Bélgica. Na Alemanha e na Áustria o proprietário tem um direito exclusivo, e o Estado deve desapropriá-lo nos casos de necessidade e interesse público, mediante indenização, usando de uma faculdade derivada do imperium, que todas as nações civilizadas têm adotado.

No sentido do direito internacional, adquirir território não é adquirir direito de propriedade sobre a parte cedida, mas sujeitá-la a soberania da nação adquirente. (Bluntschli, *Le droit international codifié*, 277, n. I).

“A propriedade, observa Lafayette (direito internacional, I, § 88), do território adquirido continua a subsistir no patrimônio dos particulares, por entre os quais se

acha dividida, e só vem para o domínio nacional às porções de terra que já faziam parte das coisas públicas.”

É obvio, portanto, que, tendo a Bolívia cedida ao Brasil, por aquele tratado, o território ao sul do paralelo de 10° 20', onde sempre exerceu incontestada soberania, não foram nem podiam ser modificados os direitos reais adquiridos preexistentes ao mesmo tratado.

O Brasil, deste modo, terá de reconhecer as posses anteriores à execução do tratado, como título legítimo da aquisição, ainda por ocupação primária.

Ora, tratando-se de fatos jurídicos, que se completaram fora do império da lei brasileira, prevalece a opinião emitida no parecer junto pelo consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, isto é, que é inadmissível invocar contra a ocupação das terras devolutas a lei n. 601, de 18 de setembro de 1850 e o decreto n. 1.318, de 30 de janeiro de 1856, em apoio da “proibição de adquirir terras devolutas por outro título que não seja o de compra”.

Os princípios expostos, porém, não legitimam os títulos expedidos pelo coronel Plácido de Castro, nem o anterior esbulho militar.

Os seus atos dão mais a impressão de distribuição de terras em regiões abertas á conquista, ou em terras não sujeitas á soberania e jurisdição de terceiro, do que de um reconhecimento de posses não coetâneas da invasão e da violência.

Entretanto, para justificar estes atos, o citado consultor invoca o principio da occupatio bellica.

Em virtude do acordo de 21 de março de 1903, assinado em La Paz, diz ele, as tropas brasileiras ficaram ocupando o território em litigio (ao norte do paralelo de 10° —20') e foi autorizado o governador militar brasileiro- a mandar destacamento ao sul do paralelo 10-10', em território reconhecidamente boliviano, para o fim de evitar conflitos entre os acreanos e as tropas bolivianas, devendo continuar a exercer a sua autoridade ao sul do dito paralelo o governador aclamado pelos acreanos.

E acrescenta:

“Foi assim reconhecida a occupatio bellica em virtude da qual o ocupante exerce de fato todos os direitos do adversário a quem sucede, quer quanto á soberania, quer quanto aos bens do seu patrimônio não podendo dispor da substância destes; sendo nulas as alienações, se por ocasião de se fazer a paz não forem ratificadas expressa ou virtualmente.”

No meu fraco conceito, nem houve occupatio bellica, no sentido do direito internacional, nem do acordo de 21 de março se pode deduzir o reconhecimento da soberania de fato no chefe um bando, cuja ação dois governos apenas buscaram paralisar.

Na verdade, como era possível conciliar essa soberania de fato com a faculdade que o acordo concedia ao chefe matar brasileiro de mandar destacamentos ao sul do paralelo de 10° - 20', para o fim de evitar conflitos entre acreanos e tropas bolivianas?

O que é evidente é que no acordo não se cogitou senão de tomar providências de polícia militar naquela região, e de manter a ordem, enquanto se resolvia entre as duas nações a gestão de limites, sendo certo que a continuação do exercício da autoridade do coronel Plácido de Castro ficou de fato subordinada á intervenção do chefe militar brasileiro incumbido de fazer cessar a luta entre os acreanos e as tropas bolivianas.

Vê-se, assim, que o acordo, longe de reconhecer a soberania de fato do grupo invasor, sub-rogou a autoridade a que alude na do interventor brasileiro.

É preciso um grande esforço de logica para atribuir a

uma porção de indivíduos insurretos qualidades, que o direito internacional só reconhece a forças armadas regulares ou a beligerantes.

Que as forças armadas pelo coronel Plácido de Castro não podiam como tais ser consideradas, afirmam os internacionalistas.

(...)

Se por um lado ao séquito daquele coronel faleciam os caracteres de uma força armada regular, por outro se verifica que, ainda quando essa qualidade estivesse assegurada, a ocupação militar não chegara a realizar-se.

“A ocupação militar ensina Lafayette, reputa-se constituída, desde que o beligerante se apossa efetiva e realmente de uma parte, de um distrito, de uma região, província ou totalidade do território do inimigo, e aí estabelece de uma maneira absoluta e exclusiva o poder de suas armas (Direito internacional, II, § 348)”.

(...)

As forças do coronel Plácido de Castro não conseguiram dominar a região invadida.

É escusado, pois, atribuir-lhes o exercido de uma soberania de fato.

A sua situação foi ali muito diversa.

Colocado aquele chefe entre o Brasil e a Bolívia em virtude da ação conjunta dos dois países litigantes, foi obrigado a desistir das hostilidades. Nem se diga que esse fato importava num armistício. As condições da luta não permitiam senão a submissão ao acordo celebrado entre os dois países, isto é, ao interventor brasileiro, acordo a cujas estipulações ficou completamente estranho o referido coronel.

Acresce ainda uma consideração de valor.

O consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores diz que o Brasil, pelo tratado de Petrópolis, sucedeu a Bolívia, quanto ao estado de direito, e ao governo acreano quanto ao estado de fato, ficando desta maneira ratificados e confirmados os atos concernentes às terras devolutas ao sul do paralelo 10°, 20'.

Para ter como certa a segunda afirmação seria necessário inverter a ordem natural dos fatos. Quando foi que se fez a paz com Plácido de Castro? Qual o ato em

que este interveio oficialmente, de modo a tornar imperativa a ratificação dos atos que praticou?

É bem de ver que há um lamentável equívoco em admitir, entre o Brasil e a Bolívia, um terceiro soberano de fato, que nem foi ouvido, nem tratou com o inimigo, e que por fim, se diluiu diante da ação policial conjunta dos dois países.

Nestas condições, penso que na execução do art. 20 do tratado de Petrópolis não se compreendem o reconhecimento da validade dos títulos de propriedade ou de concessões; de terras assinados e expedidos pelo coronel Plácido de Castro. — T. A. Araripe Júnior. (*)

Transcrevo o documento a que se refere o parecer acima, documento esse que foi publicado no Diário do Congresso de 1 de janeiro de 1910, p. 4.390:

Cópia — N. 1 — Rio de Janeiro, 4 de julho de 1905.

“Exmo. Sr.—Dignou-se V. Ex. transmitir-me com o ofício n. 1 (segunda seção) de 27 de junho último, para interpor o meu parecer, a petição acompanhada de diversos documentos, na qual o engenheiro civil Carlos Carneiro Leão de Vasconcellos solicita informações sobre a validade dos títulos de propriedade assinados e expedidos pelo governo revolucionário acreano do coronel Plácido de Castro. Essa petição refere-se ao território acreano ao sul do paralelo de 10o —20'. (Acre Meridional.) O art. 2º, do tratado firmado em Petrópolis aos 17 de novembro de 1903, aprovado pela lei n.1.179 de 18 de fevereiro de 1904 e em execução desde o decreto n.5.161, de 10 de março do mesmo ano, dispõe: *“A transferência de território, resultante das delimitações descritas no artigo precedente, compreende todos os direitos que lhes são inerentes e a responsabilidade derivada da obrigação de manter e respeitar os direitos reais, adquiridos por nacionais e estrangeiros, segundo os princípios do direito civil.”*

Um dos modos de aquisição do domínio, modo originário, é a ocupação, simples fato sem relação de causalidade com anterior estado jurídico das coisas. Pelo Fato material da apreensão com o ânimo de possuir a coisa como própria, o domínio se adquire em toda a plenitude; é a afirmação do poder da vontade do adquirente.

O território ao sul do paralelo de 10º - 20', transferido ao Brasil, em virtude do tratado de Petrópolis, nunca foi nem poderia ser contestado à Bolívia; nunca esteve sujeito a lei brasileira.

O exercício da soberania do Brasil sobre ele é posterior a ocupação, modo originário de aquisição do domínio, segundo os princípios do direito civil.

Há de o governo do Brasil reconhecer o fato, que é de direito privado, e não contradiz os direitos transmitidos ao Brasil pela Bolívia, que são de ordem política.

O Brasil não comprou terras da Bolívia; foi-lhe cedida a título oneroso, sobre o território, a soberania. Não há, portanto, o conflito de direitos.

Não sendo outra a situação, quer de direito público internacional, quer de direito privado, invocar contra a ocupação das terras devolutas ou contra as posses (termo consagrado) a lei n. 1.318, de 18 de setembro de 1850, o decreto n. 1.318, de

30 de janeiro de 1854 e qualquer disposição em apoio da “*proibição de adquirir terras devolutas por outro título que não seja o de compra*” é inadmissível; é erro de direito.

“A intervenção ao Brasil não visava reprimir a insurreição acreana; mas sim proteger os nossos compatriotas e manter o “status quo” enquanto se tratava do assunto principal, que era um acordo rapaz de remover para sempre as dificuldades com que os dois países lutavam desde 1899”.

Estas palavras sinceras da Exposição que ao Sr. Presidente da República foi dirigida, ao ser-lhe presente o tratado de Petrópolis, em 27 de dezembro de 1903, exclui toda a ideia de subtrair a ocupação a influência dos princípios do direito civil, e à pretensão de privar o fato de sua eficácia jurídica.

O governo brasileiro não fará violência ao seu sentimento jurídico, reconhecendo os direitos derivados das posses anteriores à execução do Tratado de Petrópolis, e devem de fôrma inequívoca proclamá-los e fixá-los, submetendo o fato ao regime legal, para garantir a ordem jurídica.

Outras considerações podem ser aduzidas no mesmo sentido.

Em virtude do acordo de 21 de março de 1903 assinado em La Paz, as tropas brasileiras ficaram ocupando o território em litígio (ao norte do paralelo de 10° - 20`) e foi autorizado o governador militar brasileiro a mandar destacamento ao sul do paralelo 10° - 20`, em território reconhecidamente boliviano, para o fim especial de evitar conflitos entre os acreanos e as tropas bolivianas, *devendo continuar a exercer a sua autoridade ao sul do dito paralelo o governador aclamado pelos acreanos.*

Foi assim reconhecida a occupatio bellica, em virtude da qual o ocupante exerce de fato todos os direitos do adversário, a quem sucede, quer quanto à soberania, quer quanto aos bens de seu patrimônio, não podendo, porém, dispor da substância, sendo nulas as alienações, se por ocasião de fazer-se a paz não forem ratificadas expressa ou virtualmente.

O governador aclamado pelos acreanos durante a occupatio bellica reconheceu as posses e confirmou-as, segundo um regulamento importado do Estado do Amazonas; o governo brasileiro, imitando-se em virtude do tratado de Petrópolis, na soberania do território ocupado militarmente pelos acreanos não pode recusar efeitos jurídicos aos atos da autoridade que reconheceu.

O Brasil, sucedendo a Bolívia no exercício da soberania, há de aceitar o estado de fato, que não ignorava e a que implicitamente se refere à alínea 1ª do art. 2º do tratado de Petrópolis. O Brasil pelo tratado de Petrópolis sucedeu á Bolívia, quanto ao estado de direito, e ao governo acreano, quanto ao estado de fato.

Deste modo ficaram ratificados e confirmados os atos concernentes ás terras devolutas de região ao sul do paralelo 10° - 20` devendo á ocupação ser atribuídos todos os efeitos jurídicos.

Ao governo incumbe agora, ficou dito, submeter dica o fato a um regime que corresponda á ordem jurídica.

A lei n.II8, de 25 de fevereiro de 1904, autorizou o Presidente da República a administrar provisoriamente o território reconhecido brasileiro, em virtude do Tratado de 17 de novembro de 1903 entre o Brasil e a Bolívia; em virtude dessa lei, o decreto n. 5.188, de 7 de abril de 1904, organizou o território do Acre.

Sobre o assunto de que se trata e por força do art. 83 da Constituição da República, está em vigor a legislação do Império sobre terras devo lutas. Basta portanto, declará-la aplicável ao território do Acre, ao sul do paralelo de 10°, 20', nela também incidindo o território ao norte desse paralelo até a linha oblíqua, segundo a primeira interpretação do tratado de 1867.

O ato a espedir, sob a forma de decreto, poderá estabelecer o seguinte:

Art. 1. ° da lei n. 901, de 18 de setembro de 1850, seus regulamentos e instruções em vigor são aplicáveis as terras devolutas do território do Acre sob a administração federal, nos termos da lei n. 1.181 de 25 de fevereiro de 1904.

§ 1° A proibição, a que se refere o art. 1° da referida lei n. 701, de 18 de setembro de 1850, não compreende as posses anteriores á execução do decreto n. 5.188, de 7 de abril de 1904, que organizou o território do Acre.

§ 2° Considerar-se-ão cultivadas ou com princípio de cultura, para os fins do art. 5° da lei n. 601, de 1850, as posses anteriores ao decreto n. 5.188, de 7 de abril de 1904, nas condições do aviso n. 75, de 30 de abril de 1884, expedido pelo ministro da Agricultura, Comercio e Obras Públicas.

§ 3° Aos prefeitos, em seus respectivos departamentos, compete nomear os juízes comissários, proferir as decisões e praticar os atos que competiam aos presidentes de províncias, sob o Império.

§ 4° Ao administrador da Mesa de Rendas de Porto Acre e aos encarregados de portos fiscais (dec. n. 5.206, de 30 de abril de 1904) incumbe o registro das terras possuídas.

Art. 2° Ficam revogadas as disposições em contrário.

Parece-me, pois, que o Governo Federal deve reconhecer a validade dos títulos espedidos pelo governo revolucionário acreano, de acordo com o regulamento que adotar.

Submetendo este meu parecer á douta censura de V. Ex. tenho a honra de devolver a petição e os documentos a que ela se refere, e de renovar a V. Ex. os protestos de minha mais alta estima e mui distinta consideração

Carlos de Carvalho.

Comentário

O parecer de 4 de março de 1906 enfrenta a validade de títulos de propriedade emitidos pelo governo revolucionário acreano, chefiado por Plácido de Castro, relativamente ao território ao sul do paralelo 10°20'.

O ponto de partida é o Tratado de Petrópolis (17.11.1903), cujo art. 2º consagra regra clássica de direito internacional: a transferência de território importa sucessão de soberania (*imperium*), não aquisição, pela União, da propriedade privada nele existente. Consequentemente, direitos reais anteriores à transferência permanecem intocados, devendo ser mantidos e respeitados “segundo os princípios do direito civil”.

A distinção entre soberania e propriedade estrutura todo o raciocínio. Sucedendo à Bolívia na soberania, o Brasil não absorve o patrimônio privado preexistente; reconhece, sim, as posses e títulos válidos formados antes da execução do tratado, inclusive por ocupação originária, desde que perfeitos à luz do ordenamento então incidente.

Essa premissa, porém, não legitima atos de distribuição de terras praticados por um governo revolucionário local, sem base em soberania reconhecida nem em situação de beligerância apta a produzir efeitos jurídicos oponíveis.

Rebate-se, nesse contexto, a tese de que teria havido “*occupatio bellica*” a sustentar os títulos de Plácido de Castro. O acordo de La Paz (21.03.1903) não reconheceu soberania de fato do grupo insurgente; apenas estabeleceu providências de polícia militar para evitar choques entre acreanos e tropas bolivianas, subordinando de fato o exercício de autoridade local à intervenção brasileira.

Faltaram, portanto, os elementos constitutivos da ocupação militar, tal como formulados pela doutrina publicista: tomada efetiva, absoluta e exclusiva do território, por forças armadas regulares ou beligerantes reconhecidos, com exercício estável de poderes. Nada disso se verificou.

Também não procede a inferência de “ratificação” tácita dos atos revolucionários pela sucessão territorial. Para que títulos emitidos sob domínio de fato se consolidem, seria necessário ato de paz que os confirmasse — o que não ocorreu. Invocar, então, o Tratado de Petrópolis para convalidar emissões de domínio feitas por autoridade sem qualidade pública internacional equivale a interpor um “terceiro soberano” entre Brasil e Bolívia, hipótese que o próprio processo diplomático desautoriza.

Em síntese: (i) preservam-se direitos reais válidos formados antes da execução do Tratado de Petrópolis; (ii) não se aplicam, contra essas situações pretéritas, as restrições da Lei n. 601/1850 como se o território já estivesse sob lei brasileira; (iii) não se reconhecem, contudo, títulos outorgados pelo governo revolucionário, por falta de base de soberania, de estado de beligerância efetivo e de ratificação posterior. A sucessão de soberania opera na esfera do imperium; não converte atos de fato de um poder insurrecional em títulos dominiais oponíveis ao Brasil.

Este parecer costura, em chave internacional e patrimonial, o mesmo fio condutor visto nos anteriores: respeito estrito à legalidade e à autoridade pública competente. Tal como se vedou a delegação implícita de soberania a missionários estrangeiros (catequese e poder de polícia) e se preservou o equilíbrio federativo (jurisdição estadual em terras da União), aqui se distinguem fatos políticos locais de atos jurídicos aptos a irradiar efeitos reais.

Reconhece-se o estado de direito preexistente (direitos adquiridos sob a Bolívia), mas recusa-se transformar o “fato revolucionário” em fonte legítima de propriedade. A linha decisória, assim, consolida a mesma matriz: a União respeita direitos perfeitos e a ordem dos tratados, mas não convalida, por equidade ou conveniência, situações criadas à margem da soberania reconhecida e do devido processo jurídico.

PARECERES

Gabinete do Consultor Geral da República. —Rio de Janeiro, 30 de novembro de 1906. N. 82.

Sr. Ministro de Estado da Indústria, Viação e Obras Públicas.

Respondo ao aviso desse Ministério, n. 99, deste ano, e a que acompanharam os papéis que devolvo.

Tendo a “Amazon Wireless Telegraph and Telephone Company”, organizada no Estado de Maine, na América do Norte, pedido, de acordo com a legislação brasileira, autorização para funcionar, sucede que o objeto social é a exploração do serviço de telégrafo e telefone sem fio; e, como o serviço de telégrafos foi pela Constituição atribuído a União, salvo a restrição do art. 90, § 40, ordenastes que consultasse com o meu parecer sobre os seguintes pontos:

1° Pode a União fazer a particulares concessões que tenham por objeto, a exploração do serviço público dos telégrafos? No caso afirmativo, depende de autorização legislativa?

2° A circunstância de tratar-se do novo invento de telégrafo sem fios altera porventura a solução do 1° quesito da proposta?

3° A concessão de autorização para funcionar no Brasil, dada a uma companhia estrangeira que tem por exclusivo objeto social a exploração do serviço de telégrafos, nos termos do requerimento do peticionário, envolve concessão para a exploração desse serviço ou ao menos obriga implicitamente o Governo a tolerar ou reconhecer direito a essa exploração por parte da companhia autorizada a funcionar na República?

4.° No caso de solução afirmativa, ao quesito n. 3, deve o Governo indeferir o pedido de autorização para funcionamento, fundando o seu ato em que o serviço público que constitui o objeto social da companhia não pode ser explorado por particulares ou por empresas particulares?

Estudado o objeto da consulta, respondo aos quesitos propostos pela forma seguinte:

1° Nada impede, em tese, que a União faça a particulares concessões que tenham por objeto a exploração do serviço público, de telégrafos.

A vista, porém, da disposição do n. 15 do art. 34 da Constituição, que confere ao Congresso competência privativa para legislar sobre o serviço federal de telégrafos, é claro que tais concessões, não poderão ser feitas senão de acordo com a lei que as tiver autorizado.

A matéria de que se trata é regida atualmente pelo regulamento aprovado, pelo decreto n. 4.053, de 24 de junho de 1901, que consolidou, em virtude da autorização constante do art. 22, n. 3, da lei n. 746, de 29 de dezembro de 1900, o Regulamento n. 1.663, de 30 de janeiro de 1894, e disposições legislativas posteriores.

Do exame desses regulamentos, todavia, verifica-se que o Congresso ainda não cogitou de regular, de modo preciso, o exercício daquela faculdade. É verdade que os decretos citados aludem a linhas telegráficas e telefônicas particulares, providenciando sobre o tráfego mutuo das linhas das estradas de ferro subvencionadas e das da União, bem assim autorizando a Repartição Geral dos Telégrafos a se incumbir da direção dos trabalhos de construção das linhas particulares, quando as respectivas administrações o requisitarem, ou os Estados o fizerem, por não disporem de material necessário ao seu serviço, conforme se vê dos artigos 30, § 2º, 40 e 50, parágrafo único, do citado decreto n. 4.053.

Outrosim o art. 7º deste decreto dispõe que “será completado o plano geral da rede telegráfica da União, tendo-se em vista o interesse da administração e o estabelecimento de novos circuitos interestaduais, pelas localidades do interior de maior movimento”; e o 8º acrescenta que “logo que a administração de uma linha particular, de concessão federal, resolva não continuar a trafegar a sua linha, reverterá esta, sem indenização, ao domínio da União, que, se julgar conveniente, a mandará conservar e trafegar.”

O decreto n. 4.053, pois, pressupõe as concessões de que se trata; mas a pressuposição do Poder Executivo, nesse ato puramente regulamentar, não estabelece, só por si, relações jurídicas.

O art. 10 do mesmo decreto, apesar de sua redação, não me parece ir além dessa suposição:

“Nenhuma autorização será dada para a construção de uma canalização elétrica para correntes fortes, nas proximidades de linhas da União, sem que o seu traçado e o modo do seu estabelecimento sejam aprovados pela Repartição Geral dos Telégrafos, não somente no intuito de proteger os condutores elétricos da União e evitar avarias dos aparelhos das estações telegráficas e telefônicas, como para prevenir desastres para o público e empregados de estações.”

Este dispositivo exprime uma medida de polícia, extensiva a toda à canalização de eletricidade que, prejudicando o serviço da União, ainda pode redundar em perigo público. Não se deve entender como limitada as canalizações destinadas à transmissão do pensamento, isto é, as linhas telegráficas e telefônicas de comunicação das estradas de ferro, e que são aparelhos complementares indispensáveis das linhas férreas autorizadas pela União, mas também a toda e qualquer canalização forte de distribuição de força elétrica, que incida na providência. Outra inteligência tornaria inócua essa disposição.

Deste modo a autorização de que cogita o art. 10, é relativa á zona magnética das linhas trafegadas pela União, não me parece particularizada, referindo-se, como se refere, a indeterminada autoridade.

É verdade que o Regulamento anterior n. 1.663, de 30 de janeiro de 1894, no capítulo 1º, onde trata dos direitos da União sobre as linhas telegráficas, condutores elétricos e organização de sua rede telegráfica, declara o seguinte:

Art. 1.º “O direito de estabelecer e explorar linhas telegráficas interestaduais pertence exclusivamente à União. Sob a denominação de linhas telegráficas estão compreendidas as linhas telefônicas.”

Parágrafo único. “O exercício desse direito poderá ser concedido a empresas particulares, sujeitando-se elas à fiscalização do Governo Federal, tanto na construção, como no tráfego, e aos demais ônus fixados no ato da concessão.”

Art. 2º “É também da exclusiva competência do Governo Federal a concessão para estabelecimento de quaisquer condutores elétricos, que não sejam da prerrogativa dos Estados por disposição constitucional.”

Art. 4º “Os condutores elétricos pertencentes aos Estados, s vias férreas e outros concessionários, terão a denominação de linhas estaduais e particulares, respetivamente, para se distinguirem das da União.”

Art. 5º “Os Estados, as companhias de vias férreas e outros concessionários, já possuidores de condutores elétricos, desde a promulgação do regulamento da Repartição Geral dos Telégrafos, de 28 de dezembro de 1870, e os que, em virtude de disposições de prerrogativa constitucional, ou de concessão obtida, construírem, de ora em diante, condutores elétricos, são obrigados a dar a Repartição Geral um fio paralelo para as comunicações gerais.”

Tais determinações, que, a meu ver, salvo as que reconhecem direitos adquiridos, tem caráter legislativo, exorbitariam da autorização contida no decreto legislativo n. 193, de 9 de outubro de 1893, que, estabelecendo as bases para a reorganização da Repartição Geral dos Telégrafos, apenas se refere à distribuição do serviço e aos vencimentos dos respectivos funcionários, se se considerasse o Poder Executivo armado, por delegação do Congresso, da faculdade de alterar a legislação anterior, e habilitando a revogar in totum o decreto nº 372 A, de 2 de maio de 1890, que era lei, porque o Marechal Deodoro da Fonseca, nesse tempo, reunia em si todos os poderes. Essa revogação, que se vê do art. 558 do citado regulamento nº 1663, de 1894, coincide com a eliminação daqueles artigos no decreto nº 4053 de 1901.

Ora, o decreto nº 372 A, em seu artigo 2º, diz o seguinte:

“É também da exclusiva competência do governo federal a concessão para estabelecimento de quaisquer comunicações por meio de condutores elétricos”

E no artigo 204:

“Serão observadas todas as disposições constantes da convenção e regulamento internacionais anexos ao presente regulamento.”

O Congresso, que me conste, não tocou nestas disposições. A autorização para a reforma realizada pelo Regulamento nº 4.053, de 1901, é a que se lê no artigo 22, nº 3 da citada lei nº 746, de 29 de dezembro de 1900:

“Fica o Poder Executivo autorizado a reformar, na vigência desta lei, sem aumento de despesa, o regulamento aprovado pelo decreto nº 1.663, de 30 de janeiro de 1894, consolidando as disposições legislativas posteriores e introduzindo outras que a experiência tenha aconselhado...”

De tudo quanto fica exposto resulta que, quanto a concessões relativas ao serviço telegráfico, o único assento legislativo existente é a lei de 1890.

Resta saber, porém, que modificações poderia ter sofrido essa lei, em face do sistema adotado pela Constituição de 1891.

Dos termos empregados pelo legislador constituinte, no nº 15 do art. 34 do nosso pacto fundamental, verifica-se que os serviços dos correios, como os dos telégrafos, não foram considerados somente um instrumento econômico e social, mas principalmente um aparelho indispensável ao Governo e por isso, na essência, oficial. Nada importa o emprego da expressão “federais” e a existência do art. 9º, § 4º, que declara ficar “salvo aos Estados o direito de, estabelecerem linhas telegráficas entre os diversos pontos de seus territórios, e entre estes e os de outros Estados que se não acharem servidos por linhas federais, podendo a União desapropriá-las, quando for de interesse geral”, porque o espírito da Constituição é claríssimo.

Por motivos, quer de natureza internacional, quer relacionados com a segurança interna, quer de ordem moral, como é o sigilo da correspondência, garantido pelo art. 72, § 18, da Constituição, era forçoso que se imputasse á União a responsabilidade integral, no que toca á comunicação de ordens, e, em regra, do pensamento, por meio daqueles dois veículos.

“Num' governo federativo, diz João Barbalho, Comentários, pag. 112, a gestão e superintendência de serviços tais, de imensa importância social e econômica, e que se estendem a relações exteriores de grande alcance para a nação e para o comércio, indústria e particulares, de razão era que ficasse na competência da União, além do mais, para uniformização desses serviços, e tamanha é a necessidade dela que não se impõe só quanto ao interior de cada país; para consegui-la, se fazem tratados internacionais. Ora, compreende-se que dificuldades não adviriam para a realização das uniões postais e telegráficas, se semelhantes tratados dependessem não dos altos poderes da nação, mas dos governos particulares em que ela é dividida.

“E entre os poderes federais, a tarefa de regular superiormente tais serviços evidentemente deve tocar ao poder legislativo, que fixa as taxas que neles se arrecadam, as despesas que exigem, regulamenta o comércio, navegação e vias de comunicação no país e em suas relações com o estrangeiro, aprova os tratados internacionais etc. (art. 34, nº 15 e 12; e art. J, n. 4).”

A Constituição, se não criou na espécie um monopólio no rigor da expressão, tomou todas as cautelas para que, em matéria de tal magnitude, a federação não convertesse esse instrumento de progresso; e ao mesmo tempo o mais eficaz condutor de ordens oficiais e de comunicações políticas com o mundo exterior, num aparelho desordenado e anarquicante.

Á vista, pois, do sistema da Constituição, o Governo Federal tem a suprema ingerência dos serviços telegráficos, de onde se segue que os Estados não a exercem

autonomicamente, mas si et in quantum, nos termos do art. 9º, ex-vi do qual podem ser desapropriados.

Nem outra coisa resulta da jurisprudência corrente na América do Norte, em cuja Constituição nos inspiramos.

“O serviço dos correios, telégrafos e telefones, diz Gourd Les Chartes Coloniales et les Constitutions de l'Amérique du Nord, III, pag. 228, pertence ao Governo Federal, se este o quer; não lhe pertence necessariamente. O texto concede um direito, mas não impõe uma obrigação ao Congresso. A jurisdição que pretendiam ter certas colônias sobre os correios respectivos, os Estados a detêm sobre os correios, e por analogia de razão, sobre os telégrafos e telefones, enquanto o Congresso não lhe tira.

Na medida até onde chega a lei federal será havida por nula. Outro tanto não sucede quando a lei local não contrariar ou dificultar a lei federal; e com maioria de razão, quando a facilitar. Em outros termos, não parece da essência, nem mesmo da natureza do serviço, que ele fique, em absoluto, sob a autoridade exclusiva do Congresso. A jurisdição que pretendiam ter certas colônias sobre os correios respectivos, os Estados a detêm sobre os correios, e, por analogia de razão, sobre os telégrafos e telefones, enquanto o Congresso não lh'a tira. Na medida até onde chega a lei federal, seja de um ponto a outro do mesmo Estado, e logo que essa lei regula as comunicações postais, telegráficas e telefônicas, a lei local é obrigada a ceder diante daquela. A lei local que contrariar ou dificultar a aplicação da lei federal, será havida por nula. Outro tanto não sucede quando a lei local não contrariar ou dificultar a lei federal; e com maioria de razão, quando a facilitar. Em outros termos, não parece da essência nem mesmo da natureza do serviço que ele fique em absoluto sob a autoridade exclusiva do Congresso.”

Todavia, é ainda Gourd quem fala, a faculdade de ceder tem sido por vezes contestada pelo Congresso, o que não impede que o serviço de telégrafos seja entregue, sob condições determinadas, a companhias particulares, as quais o Governo Federal concede, pelo menos e de ordinário, o direito de transito e o de se utilizarem de materiais nas terras de domínio público, impondo-lhes, em troca, a sanção de penas pecuniárias, a prioridade para expedição de despachos oficiais e mediante avaliação a faculdade de resgate.

Nos Estados Unidos, deste modo, apesar de reconhecido o domínio eminente e o direito imediato da União de cassar as autorizações por lei do Congresso, funcionavam em 1902 vinte companhias de telégrafos, pelo menos, cujas ações eram negociadas nas bolsas americanas, o que também não impedia que a Western Union Telegraph, fundada em 1856, representando em 1888 um capital de 100 milhões de dólares possuísse, em 1902, 1920 das linhas ali existentes, fato esse que exprime apenas a operação de um trust, que termina sub-rogando no monopólio de que a União se foi desinteressando.

É o que há de suceder no Brasil, se o Congresso não tomar as medidas que se leem nas entrelinhas da Constituição.

E num país como o nosso, em que a vigilância é ainda mais que muito indispensável para a defesa, tanto interna, como externa, compreende-se quanto é urgente legislar sobre o assunto.

Os Americanos do Norte dispõem de uma vitalidade defensiva natural, de que nós não dispomos; e se bem que o presidente Roosevelt já houvesse iniciado o amordaçamento dos trusts, que ameaçam substituir-se nas indústrias a soberania do Estado, o seu descuido não tem deixado de merecer críticas acerbas.

No ponto de vista constitucional, a nossa lei básica oferece, quanto ao assunto de que se trata, alguma coisa de mais positivo, porquanto, ao passo que lá a influência local deriva de uma posse tradicional, que os Estados da União, ciosos da sua autonomia, resguardam para alegar nos momentos críticos, aqui se verifica que a faculdade de estabelecer serviços postais e telegráficos foi pelo novo regime outorgada com limitações as províncias do extinto império, as quais viviam tuteladas, em quase tudo, pelo governo central.

Na minha opinião, pois, os Estados não podem delegar jurisdições, que a Constituição lhes outorgou, como delegações da União, e cassáveis por lei ordinária do Congresso, o que quer dizer que se devem considerar inoperativas todas as concessões feitas pelos Estados em matéria de telégrafos. Às considerações acima expostas acrescentarei mais as seguintes:

As convenções internacionais telegráficas vigentes, a que aderiu o Brasil, prescrevem o direito de correspondência, obrigam ao sigilo, a boa expedição daquela e a suficiência dos fios, estabelecem regras de tarifas e medidas de alta polícia, sobre a segurança do Estado e relativas à ordem, e bons costumes, bem como firmam regras atinentes a regulamentação de empresas particulares, no interesse geral do desenvolvimento progressivo das comunicações. Isto quanto às relações internacionais; quanto a administração interna e às relações de direito criminal, civil e comercial, convém ter em vista as prescrições do art. 72, § 18, da Constituição, arts. 189 e 255 do Código Penal, art. 84 do Regulamento n. 4-O53, de 1901, art. 305 da Nova Consolidação das Leis Civis, de C. de Carvalho, e art. 122 do Código Comercial, em face da jurisprudência que assimila o autografo do telegrama á carta. Tais relações jurídicas, principalmente a primeira e a última, definem de modo positivo a jurisdição primaria da União, no que respeita a matéria, subtraindo, ex-vi dos arts. 34, ã. 5. E 60, letra G, da referida Constituição, a qualquer outro poder a suprema ingerência nos serviços telegráficos.

Nestas condições, penso que a União pode fazer a particulares concessões que tenham por objeto a exploração do serviço público dos telégrafos. No estado atual, porém, da legislação brasileira, essas concessões estão dependentes de autorização legislativa para cada caso, e o estarão até que o Congresso vote uma lei, regulamentando definitivamente o dispositivo constitucional.

2a — A circunstância de se tratar de novo invento de telégrafo sem fio altera profundamente a solução dada ao primeiro quesito da proposta.

Em caso nenhum o Governo Federal ou o Congresso poderá desaforar a União da jurisdição exclusiva. desse serviço, parecendo-me que essa questão, assentando em novas razões de ordem científica, que afetam intimamente a natureza da exploração, só pode ser resolvida à vista dos princípios internacionais, a que temos de subordinar a interpretação da nossa lei básica.

As aplicações do direito, definidas pelas leis administrativas e firmadas pela jurisprudência dos tribunais, no que se refere á eletricidade canalizada e á

propriedade de estações, máquinas, aparelhos, postes e fios, ocupando regiões mais ou menos extensas, de domínio público ou particular, não encontravam dificuldade na prática, porque, limitadas a superfície da terra e circunscritas em, zonas perfeitamente demarcáveis, não variavam em substância, nem escapavam aos princípios reguladores da posse, da servidão e do regimento tutelar das obrigações.

Todavia, no que toca a propriedade, essas aplicações jurídicas não têm sido isentas de divergências.

Assim, vemos que a Corte de Gênova, em sentença de 28 de dezembro de 1898, atendendo a um contrato pelo qual se concedia, durante um certo período, o uso de uma determinada quantidade de energia elétrica, declarou que se tratava de uma verdadeira locação de coisa e não de trabalho.

“Os autores, diz a aludida sentença, classificaram o seu direito como de locação de força elétrica, e tal é o caso, pois a eletricidade não é senão uma coisa. A Companhia do Aqueduto, com as suas oficinas hidroelétricas, com seus maquinismos, em suma, com um complexo de coisas, fixou um estabelecimento em que se produz a força, e para depois tirar uma renda desta sua propriedade, concede, por locação, essa força armazenada ou em continua reprodução nas preditas oficinas. E tal é o fim e objeto do contrato de locação com a Companhia Agrícola, a qual, usando da força elétrica, a emprega nos seus trabalhos; a hipótese é semelhante àquela em que se cogitasse de um manancial, cujo proprietário cedesse uma porção congrua, conservando não obstante a substância.”

É igualmente esta a doutrina da Corte de Cassação de Roma, em aresto de 13 de julho do mesmo ano, Pipia, porém, a contestação com argumentos científicos, partindo do conceito de que a eletricidade não é coisa, mas um estado.

(...)

Isto posto, vê-se quanto a complexidade do problema aumenta, em face do novo invento da telegrafia sem fio, do qual a Constituição da República não podia cogitar.

Na deficiência da legislação, ainda mesmo tumultuária, da eletricidade canalizada, o que levou Francesco Nitti a dizer que a complexidade desse problema é pela maior parte ignorada, de onde tem resultado preconceitos fiscais que, longe de favorecer, tem embaraçado o desenvolvimento útil das forças naturais, afastando os governos de um programa racional (La Conquista della Forza, págs. 125 e 129) ; na ausência dos remédios que em França já se procurou, aliás sem grande êxito, ministrar, instituindo-se pela lei de 1875 o Conselho Permanente de Eletricidade, no intuito de dar unidade a esse serviço e neutralizar, confusão oriunda da diversidade de critério das autoridades que intervêm no assunto, parece que a legislação sobre tal matéria deve ter caráter internacional, como sucede com os mares rios navegáveis, etc., porque se é verdade que a eletricidade não seja um corpo, é um elemento ou força hoje dominada pelo homem, em condições porventura especialíssimas, porque o envolve e o solicita, não como o ar e a água, que admitem a apropriação por

exclusão, mas estabelecendo relações e contratos que podem abranger regiões indeterminadas.

É justamente o caso da telegrafia sem fio, invento este que coloca qualquer indivíduo, armado de uma forte máquina, em condições de agitar o ambiente, muitas vezes perturbando-o numa extensão de zona, cujos limites dependem unicamente da potência utilizada.

Ora, é intuitivo que a eletricidade assim manipulada não pode ser mais regida pelos princípios que encontramos consagrados no Direito Romano, sobre a res omnium communis. Não sendo o usus dessa força, assim definida, suscetível de limitação por direito contíguo, ao contrário, só conseguindo o homem utilizá-la dispersivamente, numa irradiação absoluta, é óbvio que, pelo imprevisito, constitui ela um aspecto inteiramente novo no direito, o qual tem de ser regulado pelas nações.

A meu ver, portanto, a eletricidade sem condutos escapa a propriedade particular; e ainda mesmo os Estados, servindo-se dela, serão impelidos a monopolizar o seu emprego, pelo menos enquanto não for objeto de uma convenção internacional.

Deste modo, deixando de entrar no desenvolvimento que comportaria tão interessante assunto, como, por exemplo, a coexistência dos interesses dos inventores privilegiados, os perigos adjetos ao seu exercício, bem como as perturbações das correntes inferiores, maxime na hipótese de comunicações concernentes a defesa dos Estados, em tempo de guerra, penso que não existe base em que se firme o Governo para deferir o requerimento da Amason Wireless Telegraph and Telephone Company.

3.º — À matéria do 3º quesito respondo com as razões expostas na solução do segundo. É intuitivo que a concessão da autorização requerida, a vista do objeto exclusivo da exploração, importaria no reconhecimento implícito do direito dessa exploração.

4.º — Este quesito resolve-se pelas razões desenvolvidas nas respostas anteriores.

É este o meu parecer, que submeto ao alto critério do Sr. Ministro.

T. A. Araripe Júnior.

Comentário

O parecer de 30 de novembro de 1906 examina pedido da Amazon Wireless Telegraph and Telephone Company (constituída no Maine, EUA) para funcionar no Brasil tendo por objeto a exploração do serviço público telegráfico, agora na forma sem fio. A consulta formula quatro questões: se a União pode conceder a particulares a exploração do serviço; se a novidade tecnológica altera a resposta; se a

simples autorização societária implicaria permissão para explorar o serviço; e, sendo assim, se o pedido deve ser indeferido.

A resposta estrutura-se em dois pilares. Primeiro, o constitucional-administrativo: o serviço de telégrafos é, por desenho, federal e oficial, cabendo ao Congresso legislar (art. 34, n. 15), com salvaguarda apenas residual aos Estados (art. 9º, § 4º) e sempre sob supremacia da União. Concessões são possíveis “em tese”, mas dependem de lei autorizativa — caso a caso ou sob lei geral.

Os regulamentos (1894/1901) supõem a existência de concessões, mas não criam, por si, base jurídica bastante; o assento legislativo firme continua sendo o Decreto n. 372-A/1890, que atribui à União a concessão de condutores elétricos. No mesmo passo, reputam-se inoperantes concessões estaduais sobre telégrafos: tratam de delegações derivadas da União, cassáveis por lei federal.

Segundo, o tecnológico-internacional: a telegrafia sem fio não cabe nos moldes tradicionais de “canalização elétrica” (postes, fios, servidões). Por irradiar-se no ambiente e poder atingir zonas indeterminadas, envolve sigilo, defesa, polícia administrativa e compromissos internacionais próprios do sistema telegráfico.

Nesse cenário, a jurisdição precisa ser centralizada; a novidade reforça, e não mitiga, a competência federal. Conclusão prática: não há base para deferir o pedido da empresa estrangeira; autorizar seu funcionamento, tendo por exclusivo objeto a exploração telegráfica, equivaleria a reconhecer implicitamente um direito de explorar serviço público sem a lei exigida.

Em síntese: (i) a União pode conceder exploração telegráfica a particulares, desde que por lei; (ii) a natureza sem fio torna a centralização ainda mais necessária; (iii) autorizar a funcionar uma companhia cujo fim único é operar telégrafos implicaria permissão material para o serviço; (iv) por isso, o pedido deve ser indeferido enquanto não houver marco legal específico (e, idealmente, coordenação internacional) para essa exploração.

Este parecer da continuidade à mesma linha dos anteriores: legalidade estrita, centralização quando a segurança e a ordem pública o exigem, e cuidado em não converter autorizações formais em concessões de fato. Tal como se distinguiu, no

caso do Acre, a sucessão de soberania (*imperium*) da produção válida de títulos reais, aqui se separa a autorização societária da outorga de serviço público.

E, à semelhança do debate federativo sobre jurisdição em terras da União, afirma-se a supremacia federal quando o interesse nacional e compromissos internacionais estão em jogo.

O fio comum é a recusa a convalidar soluções “pragmáticas” sem base legal: direitos adquiridos, concessões e exploração de serviços essenciais só se solidificam por lei e sob controle público intenso, especialmente quando a tecnologia (telegrafia sem fio) amplia riscos e externalidades.

PARECERES

Gabinete do Consultor Geral da República. Rio de Janeiro, 5 de outubro de 1907. N. 66.

Sr. Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores

Respondo a consulta formulada no aviso desse Ministério n. 1.860, de 12 do mês findo e papéis que o acompanham, sobre saber se foi legal a aplicação, em ato regido pelo Código do Ensino e pelo Regulamento do Ginásio Nacional, do dispositivo penal consignado nas Instruções de 23 de novembro de 1901.

O estudante Leven Vampré, prestando exame de maduresa no Ginásio da Capital do Estado de S. Paulo, na prova escrita de português, que versava sobre o tema “A proclamação da República e seu alcance social”, escreveu o seguinte: “No império havia carâters, na república não os temos. O império era a moralidade representada na figura respeitável do imperador, a república é o regimento da imoralidade, do filhotismo, da sem-vergonhice, da ladroeira”.

Em virtude disto, conforme informou o delegado fiscal respectivo, foi aquele examinando reprovado, fundamentando a mesa examinadora esse ato no dispositivo do art. 64 das Instruções aprovadas pejo decreto n. 4.247, de 23 de novembro de 1901, que é redigido nestes termos: “Os candidatos que forem encontrados com livros, apontamentos ou quaisquer notas particulares, serão excluídos do exame e considerados como reprovados. Na mesma disposição incorrerão os que não se portarem com o devido respeito e atenção.”

Ora, as referidas instruções regulam os exames parcelados, e porque as penalidades estabelecidas nessas instruções são restritamente imputáveis aos candidatos a tais exames, seria exorbitante aplicá-las a examinandos de outra natureza, e que tem a sua lei nas disposições do Código do Ensino e Regulamento do Ginásio Nacional, onde nada se dispôs sobre o assunto.

Quando, porém, se pudesse aplicar aos examinandos de madureza o preceito do citado art. 64, ainda assim não teria razão de ser a imposição da pena de que se trata, porque seria necessário provar que a mesa ou os examinadores houvessem sofrido desacato ou sido injuriados. Ora, para que se verifique desacato ou injúria a autoridades ou corporações oficiais é indispensável que o ultraje ou ofensas sejam dirigidos a pessoas que representem a autoridade pública, no exercício de suas funções. E outro não pode ser o sentido das expressões empregadas naquele artigo.

Portanto, ainda que se considerem insólitas as frases escritas na prova pelo examinando, desde que tais frases não tenham por fim ofender os professores, não havendo o

animus, isto é, a intenção dolosa, mas apenas um juízo apaixonado sobre formas de governo, que são coisas abstratas, sem personalidade em que recaia a ofensa, segue-se que os examinadores deviam ter julgado as provas pelo seu vaiar histórico-científico.

Penso, pois, que o recurso merece provimento para aí ordenar que as provas sejam julgadas segundo o seu valor científico.

T.'A. Araripe Júnior.

Comentário

O parecer de 5 de outubro de 1907 versa sobre a legalidade da reprovação de um candidato ao exame de madureza no Ginásio da Capital de São Paulo. O examinando, ao redigir texto sobre “A Proclamação da República e seu alcance social”, lançou juízos duros contra o regime republicano.

A banca aplicou-lhe a pena de reprovação com base no art. 64 das Instruções de 23 de novembro de 1901 (“exclusão e reprovação” para quem não se portar com respeito e atenção). A consulta pergunta se essa sanção era juridicamente cabível.

A resposta separa dois planos. No plano normativo, sustenta-se que as Instruções de 1901 regulavam exames parcelados, não o exame de madureza regido pelo Código de Ensino e pelo Regulamento do Ginásio Nacional.

Faltando tipicidade e competência normativa específica para estender a penalidade, a aplicação do art. 64 seria exorbitante. Em matéria sancionatória, vale o princípio da legalidade estrita: não há pena sem previsão clara e no regime aplicável.

No plano material, argumenta-se que, ainda que se admitisse — por hipótese — a incidência do art. 64, a reprovação exigiria desacato ou injúria aos examinadores, isto é, ofensa dirigida a autoridade no exercício de função, com animus injuriandi comprovado.

O texto do aluno, embora “insólito”, emite juízo político sobre formas de governo (objeto abstrato), sem ataque pessoal aos membros da banca. Faltando o elemento subjetivo (intenção dolosa) e o objeto pessoal da ofensa, não se configura a falta disciplinar. O correto, portanto, era julgar a prova pelo seu valor histórico-científico, e não punir uma opinião política, por mais acerba que fosse.

O parecer, assim, limita o poder disciplinar escolar por duas vias: (i) reserva legal na disciplina de exames e sanções; (ii) exigência de tipificação e dolo para penalidades por desrespeito. É um momento revelador do direito administrativo educacional da Primeira República: o Estado pode avaliar conhecimento, mas não pode, sem base legal e sem ofensa pessoal, converter opinião política em infração disciplinar.

Este texto prolonga a mesma matriz dos pareceres anteriores: legalidade estrita e contenção da discricionariedade. Tal como no caso da telegrafia sem fio (1906) se recusou transformar uma autorização formal em concessão de serviço público, aqui se rejeita transformar um juízo político em falta disciplinar sem base normativa e sem tipicidade subjetiva.

E, à semelhança do debate sobre acesso feminino ao professorado (1904), reafirma-se que inovações ou restrições só podem nascer de lei competente — não de regulamentos deslocados do seu âmbito.

O fio condutor permanece: proteger o sistema jurídico de expansões informais do poder administrativo, exigindo fundamento claro, finalidade própria e respeito a direitos, mesmo — e sobretudo — quando as opiniões desagradam.

PARECERES

Gabinete do Consultor Geral da República — Rio de Janeiro, 20 de maio de 1908 — N. 47.

Sr. Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores. — O decreto legislativo 1.641, de 7 de janeiro de 1907, que providencia sobre a expulsão de estrangeiros do território nacional, tem ocasionado dúvidas na sua execução, oriundas do conceito formado sobre o exercício da soberania, regime federativo que adotamos.

Esse exercício não é, entretanto, uma coisa vaga; ele é regido pela Constituição da República, que não só criou os órgãos, por meio dos quais a soberania se traduz em fato, mas também definiram direitos estabelecendo as garantias necessárias a manutenção da sua inviolabilidade.

Um dos nossos mais notáveis juristas, o Dr. Clovis Beviláqua, encarando sob o último aspecto a questão da expulsão dos estrangeiros que se tornam perniciosos ao grupo social em que se encontram exprime-se nos seguintes termos:

“Os povos europeus, até dos mais liberais, reservam-se esse direito, que se pode justificar como medida acauteladora dos interesses sociais, e como ato de policiamento inerente a soberania de cada Estado. No Brasil, porém, onde, aliás, se têm feito tentativas de regular o assunto, e onde o Governo já se tem julgado legitimamente autorizado a usar do direito de expulsar estrangeiros que maliciosamente se constituem adversários da ordem pública, parece-me que a Constituição Federal não permite essa medida violenta e excepcional. Se a nacionais e a estrangeiros residentes no país é garantida, sem atenuações nem diferença, a *inviolabilidade* dos direitos concernentes a *liberdade*, a *segurança individual* e a propriedade, somente em estado de sitio, suspensas as garantias constitucionais, é possível lançar mão dessa faculdade.” (*Direito Internacional Privado*, § 22).

Estas palavras eram escritas em 1906, antes, portanto, da promulgação do decreto n. 1.641, acima citado; todavia, examinando a estrutura íntima dessa lei, sou levado a pensar que o legislador não se inspirou em doutrina diametralmente oposta. O Congresso consultou o espírito da Constituição; e no art. 3º do decreto, que se refere às garantias individuais concedidas ao estrangeiro, consubstanciou, como base de tais garantias, a condição de residência, estatuída no art. 72, princ., atendendo, outrossim, ao fato de ser o estrangeiro casado com brasileira, ou viúvo com filho brasileiro, nos termos do § 5º do art. 69.

“Não pode, diz aquele artigo, ser expulso o estrangeiro que residir no território da República, por dois anos contínuos; ou, por menos tempo, quando casado com brasileira, ou viúvo com filho brasileiro”.

E', pois, evidente que a lei, apoiando-se no princípio benigno e liberal adotado pela Constituição, procurou apenas conciliá-lo com o exercício da

soberania, em matéria de expulsão de estrangeiros, declarando o modo porque se estabelece a residência destes, para que possam invocar as garantias constitucionais.

Nos termos do art. 3º, a residência deve ser contínua e, para os efeitos da expulsão, é preciso que ela, como fato, se revista das condições de estabilidade, por mais de dois anos no território da República, ou por menos tempo, dada a hipótese figurada na última parte do mesmo artigo.

Condições idênticas foram estabelecidas pelos arts. 5º n. III e 6º n. I, da lei n. 904, de 12 de novembro de 1902, nos casos de naturalização.

Não dissimulo os defeitos de redação do decreto de que se tratam, resultantes das duas correntes de opinião que se agitaram durante a discussão do projeto, o qual não admitia as restrições de natureza constitucional, por último traduzidas na emenda que se converteu no atual art. 3º.

Vingou o princípio liberal, mas é forçoso reconhecer que o art. 1º, tomado à letra, envolve uma faculdade discricionária, difícil de conciliar com o texto citado.

Talvez por pretender incluir nesse artigo os atos que se relacionam com os crimes políticos, a lei, no art. 8º, não faculta recurso senão para o poder que ordenou a expulsão, distinguindo-os assim dos que entendem com os crimes comuns, casos em que pode o estrangeiro recorrer, com efeito suspensivo, para o Poder Judiciário Federal.

No que toca às disposições do art. 2º, não resta dúvida que a sua execução esteja subordinada ao preceito básico do decreto. Tais disposições são operativas somente nos casos em que estrangeiro tenha perdido, por qualquer forma, a residência firmada nos termos do art. 3º. A lei, nesta parte, não pôde prejudicar a residência *atual*, mas se refere necessariamente á hipótese em que o estrangeiro, depois de haver perdido aquela residência, pretenda restabelecê-la.

Acresce ponderar que o detento numa prisão conserva o domicílio de fato, que tinha antes da sua encarceração. (*Pandectes Françaises*, t. 24, v. *Domicile*, n. 259).

E' este o meu parecer, que submeto á esclarecida consideração do Sr. Ministro.

T. A. Araripe Júnior.

Comentário

O parecer de 20 de maio de 1908, assinado por T. A. Araripe Júnior, enfrenta as dúvidas de execução do Decreto Legislativo n. 1.641/1907 (expulsão de estrangeiros) à luz da Constituição de 1891.

O eixo do raciocínio é a tensão entre o poder de polícia ligado à soberania e as garantias individuais asseguradas a nacionais e estrangeiros residentes. Araripe parte da leitura — afinada com Clóvis Beviláqua — de que a Constituição estende aos estrangeiros, enquanto residentes, a inviolabilidade de liberdade, segurança e propriedade; por isso, a lei deve ser interpretada de modo compatível com esse núcleo.

O ponto chave está no art. 3º do decreto, que condiciona a expulsão: não pode ser expulso o estrangeiro que residir no país por dois anos contínuos (ou por menos tempo se casado com brasileira ou viúvo com filho brasileiro).

Para Araripe, o Congresso “consultou o espírito” da Constituição e cravou a residência contínua como base das garantias; logo, a execução do decreto deve partir desse preceito básico, inclusive quando se discutem situações de perda e restabelecimento de residência (interpretação que ele projeta também por analogia com as regras de naturalização).

Até mesmo o detento conserva o domicílio de fato anterior, de modo que a prisão não apaga, por si, o requisito de residência.

Araripe reconhece, porém, defeitos de redação: o art. 1º, tomado literalmente, sugeriria uma discricionariedade ampla difícil de conciliar com o art. 3º; e o art. 8º diferencia recursos conforme o enquadramento: nos casos políticos, só caberia recurso à própria autoridade expulsória; nos comuns, admite-se recurso ao Judiciário Federal com efeito suspensivo.

Ainda assim, insiste que o art. 2º e todo o regime de execução subordinam-se ao art. 3º: só operam quando a residência protetiva não se configura ou já se perdeu.

Em síntese, o parecer estreita o espaço da expulsão: afirma o poder estatal de defesa da ordem, mas amarra sua prática às travas constitucionais da residência contínua e às vias recursais previstas, recusando que fórmulas vagas de “soberania” dissolvam garantias positivadas. É um gesto de constitucionalização do policiamento migratório na Primeira República.

Este parecer conversa diretamente com três linhas já firmadas na obra de Araripe: (i) a legalidade estrita contra sanções ou poderes sem base normativa adequada (como no caso do exame de madureza de 1907); (ii) a centralidade constitucional para conter efeitos de novidades ou pretensões administrativas (como na telegrafia sem fio, 1906, exigindo lei e coordenação superior); e (iii) a prudência federativa que condiciona a intervenção estatal a pressupostos fáticos e normativos estritos (como na crise de Goiás, 1905).

Aqui, essa triangulação se rearticula no campo da expulsão de estrangeiros: há polícia e soberania, sim, mas vigiadas pela Constituição — com a residência

funcionando como chave garantística que impede que o poder executivo converta a exceção em regra.

PARECERES

Gabinete do Consultor Geral da República. — Rio de Janeiro, 5 de agosto de 1908.— N. 66.

Sr. Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores. — Respondo ao aviso desse Ministério n. 1473, de 17 de julho findo, relativamente a dúvida que ocorre sobre o exercício simultâneo do Dr. Oswaldo Gonçalves Cruz como diretor do Instituto “Oswaldo Cruz” e diretor geral da Saúde Pública, em comissão.

Tratando-se de um caso de acumulação remunerada previsto no art. 73 da Constituição da República, cingir-me-ia a uma simples referência ao parecer que emiti em ofício n. 79, de 27 de janeiro de 1905, se não fossem as responsabilidades oriundas da interpretação de um dispositivo constitucional, que tem sido tão frequentemente impugnada, é forçoso dizê-lo, pelos interessados, em face da perplexidade da jurisprudência dos diversos departamentos da administração pública, os quais não puderam chegar ainda a um acordo definitivo.

A lei n. 44 B, 1892, nada adiantou regulamentando o preceito daquele artigo; antes pelo contrário, deu cabimento para que aumentasse a variedade de opiniões; e o que é certo é que hoje se sente mais dificuldade em cumprir francamente regra estabelecida pela Constituição Federal, do que antes do aparecimento dessa lei.

Entretanto, se recorrêssemos à legislação anterior a República, verificamos, sem grande dificuldade, que, postos de parte os abusos que a Constituição de 24 de fevereiro pretendeu dissipar, inserindo no seu texto o citado art. 73, a jurisprudência administrativa tinha pelo menos chegando a firmar um conceito claro sobre o que se devia entender como vedado, em matéria de exercício cumulativo de cargos públicos.

Já os alvarás de 8 de janeiro de 1627, e 26 de outubro de 1644, os decretos de 21 de setembro de 1677, 18 de julho de 1681, 3 de setembro de 1682, 30 de março de 1686, 29 de fevereiro de 1688, 12 de novembro de 1701 de 18 de junho de 1822, proibiam que o mesmo indivíduo exercesse mais de um emprego. A resolução de consulta de 24 de abril de 1818, entretanto, permitia a acumulação de dois ofícios, justificada essa providência em face da exiguidade dos respectivos rendimentos, contanto que tal acumulação não resultasse prejuízo ao exercício de outro. O decreto de 18 de junho de 1822, porém, foi terminantemente proibido que “se reunisse em uma só pessoa mais de um ofício ou emprego, e vencesse mais de um ordenado”.

E, 1847, todavia, o assunto começou a ser regido por um ato de mero expediente ministerial, contido no vazio n. 89, de 4 de junho do dito ano, no qual se estabelecem os princípios que deveriam ser aplicados aos casos ocorrentes.

São estas as palavras textuais desse aviso: “A incompatibilidade e o exercício de empregos diversos pode proceder de três princípios diferentes: quando a lei expressamente a tem declarado; quando as funções dos ofícios repugnam entre si por sua própria natureza; quando da acumulação deles resulta a impossibilidade de ser

cada um deles servido e desempenhado satisfatoriamente. O efeito, porém, é sempre o mesmo, e consiste em inabilitar o empregado para servir outro ofício, sendo certo que a lei te, criado os empregos para o bem público, e não para benefício de quem os ocupa; e é esta uma das razões porque, por antiquíssimas e expressas disposições, está sancionada a doutrina de se não acumularem os ofícios em uma só pessoa.

Esse aviso, assinalando as regras dentro das quais se deviam manter a administração no provimento dos cargos públicos, distinguiu os casos de incompatibilidade virtual, dos casos que constituíam mera acumulação. A incompatibilidade, propriamente dita, existe desde a investidura, e provém da impossibilidade legal e do natural ou material de exercer funções consideradas antagônicas. A nomeação para um exclui a investidura de outro.

Não é esta a ideia que se liga á proibição de acumular, ou exercer simultaneamente dons ou mais cargos não antagônicos, segundo a compreensão dos autores da nossa Constituição, os quase não fizeram senão consagrar o que já existia nas leis da monarquia; semelhante proibição teve unicamente por fim evitar o arbítrio, que resultava da faculdade discricionária que se permitia á administração, de verificar quando “da acumulação de empregos provinha a impossibilidade de ser cada um desempenhado satisfatoriamente”, na conformidade da 3ª regra mencionada no referido aviso de 1847.

O exemplo dessa tendência abusiva tem, entre outros, no aviso n. 77, de 31 de março de 1864, que declarou dependente de circunstâncias variável a incompatibilidade proveniente da impossibilidade do exercício simultâneo de vários empregos, “pois cargos havia que em certos lugares podiam ser acumulados sem desvantagem, ao passo que em outros era esse exercício impossível ou inconveniente”. Daí se depreendia a dificuldade de proferir uma decisão genérica e absoluta, dizia o Governo. Foi esse arbítrio que a Constituição da República pretendeu eliminar, firmando uma regra genérica e absoluta.

Hoje, porém, argumenta-se com o texto da citada lei n. 44B, de 1892, que interpretou o art. 73. Como, porém, julgo ter demonstrado naquele meu parecer, o elemento histórico não deixa nenhuma dúvida sobre o que se votou no Congresso, e se converteu em texto legislativo.

Do projeto, dos pareceres e da discussão que houve então, se evidencia o acerto do conceito emitido pelo Dr. Fernando Lobo, no relatório do Ministério do Interior, de 1893.

“O art. 2º da lei, observava ele, declara que o exercício simultâneo de serviços públicos, compreendidos por sua natureza no desempenho da mesma função, de ordem profissional, científica ou técnica, não deve ser considerado como acumulação de cargos diferentes, para aplicação do final do art. 73 da Constituição Federal. Ora, há quem entenda que, na explicação contida nesse artigo, acham-se compreendidos todos os cargos análogos (semelhantes), bem como os vencimentos das patentes, dos postos e cargos inamovíveis, a vista do disposto no art. 74, da mesma Constituição.

“Penso, com tudo, que a lei citada não alterou o preceito absoluto do art. 73, e é obvio que a inteligência que o legislador procurou firmar tem o seu critério *na unidade da função constituída* dos cargos públicos, interpretação esta que é confirmada pelo elemento histórico. Assim, pois, devem ser incluídos na proibição todos os serviços públicos que forem *diferentes* em quantidade, e não unicamente em

qualidade, isto é, todos aqueles que, por sua natureza, não estejam compreendidos no desempenho da mesma função integral, de ordem profissional, científica ou técnica”.

De fato, é estranho que, referindo-se a lei terminantemente “ao desempenho de uma mesma função”, se despreze a sinonímia usual e corrente, utilizada pelo legislador, isto é, função-emprego, para tomá-la no sentido abstrato, quando logo adiante o artigo citado fala de “empregos diferentes”.

Nos papeis juntos procura-se saber se o Dr. Oswaldo Gonçalves Cruz incide na disposição constitucional, embora exerça interinamente ou em comissão um dos dois cargos para que foi nomeado.

A lei, quando veda, não cogita precisamente dos cargos, mas da remuneração; e, a meu ver, a interinidade ou o caráter provisório da ocupação do lugar de Diretor Geral de Saúde Pública, do qual o Dr. Oswaldo foi exonerado, naturalmente por se julgar que o caso era de incompatibilidade, não autoriza a adoção de outro critério para se permitir a acumulação do cargo em comissão com o cargo efetivo, porque a situação continua a ser a mesma.

O regular seria deixar o titular a função efetiva, durante o tempo em que desempenhasse a comissão. Tem sido esta a prática constante, nos casos de empregos só incompatíveis, para o exercício simultâneo.

Sei quanto se tornará desagradável resolver a dúvida no sentido indicado. Trata-se de um dos funcionários que mais serviços tem prestado a administração sanitária, lançando, como homem de ciência, dotado de méritos incontestáveis, um brilho excepcional sobre seu país.

Não me é lícito, porém, por esse fato, esquecer os princípios jurídicos que regem o assunto.

Sem embargo disso, penso que o Governo deveria de uma vez firmar a sua jurisprudência nesse particular, para que se não possam os incompatibilizados queixar de falta de justiça relativa, porquanto, ao passo que se encontram casos, como os citados na informação do Sr. Diretor Geral da Contabilidade, nos quais se aplicou rigorosamente a proibição do art. 73 da Constituição, se reproduzem mais recentemente outros, em que esse rigor tem sido atenuado até ao ponto de parecer que tal proibição não existe de fato.

T. A. Araripe Junior.

Comentário

O parecer de 5 de agosto de 1908, assinado por T. A. Araripe Júnior, enfrenta a dúvida sobre a acumulação remunerada pelo Dr. Oswaldo Gonçalves Cruz dos cargos de diretor do Instituto Oswaldo Cruz e diretor-geral de Saúde Pública, este “em comissão”.

O eixo é o art. 73 da Constituição de 1891 e a controvertida Lei n. 44B/1892, cuja interpretação fragmentada pela Administração gerou insegurança prática.

Araripe recompõe a tradição normativa pré-republicana para aclarar conceitos: distingue incompatibilidade (funções antagônicas que se excluem desde a

investidura) da acumulação (exercício simultâneo de cargos não antagônicos, mas com dupla remuneração).

A Constituição teria buscado eliminar o arbítrio administrativo que relativizava caso a caso a possibilidade de acumular, substituindo-o por regra geral e absoluta. Lê, assim, o art. 2º da Lei 44B — que fala no “desempenho de uma mesma função” — de modo restritivo: só se afasta a acumulação quando os serviços se integram numa única função profissional/científica/técnica, e não por mera analogia ou semelhança entre cargos.

Aplicando ao caso concreto, sustenta que a vedação incide sobre a remuneração, e o fato de um dos postos ser interino ou em comissão não altera a essência jurídica da acumulação. A prática correta, diz, é o titular afastar-se do cargo efetivo enquanto desempenha a comissão.

Reconhece os méritos extraordinários de Oswaldo Cruz, mas afirma que razões de conveniência não autorizam mitigar princípio constitucional. Recomenda, por fim, que o Governo uniformize a jurisprudência administrativa, evitando decisões díspares que corroam a igualdade e a autoridade da regra do art. 73.

Em síntese: (i) o art. 73 consagra proibição geral de acumular remunerações; (ii) a exceção da Lei 44B/1892 é estrita (uma só função integral); (iii) comissão/interinidade não afasta a vedação; (iv) no caso, impõe-se não acumular, com afastamento do cargo efetivo durante a comissão e fixação de entendimento uniforme na Administração.

Este parecer prolonga a trilha dos anteriores em três frentes. Como no caso da expulsão de estrangeiros (1908), reafirma-se a constitucionalização do agir administrativo: não há espaço para discricionariedade que contrarie o texto constitucional.

Tal como no episódio do exame de madureza (1907), aplica-se a legalidade estrita para coibir soluções “práticas” sem base normativa. E, à semelhança da telegrafia sem fio (1906), evita-se converter uma forma provisória (comissão/autorização) em título de exceção ao regime jurídico.

O fio condutor permanece: uniformidade, impessoalidade e primado da Constituição acima de conveniências administrativas — ainda quando envolvam figuras de mérito indiscutível.

PARECERES

Gabinete do Consultor Geral da República. Rio de Janeiro, 25 de julho de 1911. N. 23.

Exmo. Sr. Dr. Rivadavia Corrêa, D. Ministro da Justiça e Negócios Interiores. Examinei o relatório do inquérito a que se procedeu, por ordem de V. Ex., sobre a vacância dos bens da Primeira Ordem Franciscana na Província da Imaculada Conceição do Brasil com sede nesta capital e dando o devido valor aos documentos coligidos pelo autor do mesmo relatório, cheguei a convicção de que é irrecusável o direito de serem incorporados aos próprios nacionais os conventos e outros bens pertencentes à dita Província Franciscana.

A questão de vacância é, na essência, de fato; e, uma vez que este se tornou efetivo, devem ser considerados sem efeito jurídico, como não existente, todos os atos sob e sub-repticiamente praticados sob o patronato de autoridades eclesiásticas e por intermédio de religiosos inteiramente estranhos ao patrimônio que, pela vacância, foi deferido à nação.

Segundo a minha opinião, é de grande conveniência afastar, no caso de que se trata qualquer discussão relativa à *mão-morta*, encarando os fatos tais quais eles se apresentam em sua forma rigorosamente concreta.

Cingir-me-ei, portanto, a encarar a situação em que a República encontrou Frei João do Amor Divino Costa, e em que este se manteve até a data de seu falecimento.

Consta dos documentos transcritos no relatório que Frei João professara na Província da Imaculada Conceição do Rio de Janeiro, em 17 de maio de 1845, e que desde julho de 1870 exerceu, por eleição canônica regular da Comunidade, então existente, o cargo de Provincial, até quando lhe faltou o último companheiro, falecido em 1886.

Usando, pois das próprias expressões desde religioso, extinta aquela Comunidade Franciscana, passou ele a ser o único depositário de todos os bens da Província, dos quais se dizia *simplex usuário*, conforme se verifica das cartas dirigidas a Belmann e a Monsenhor Rego Maia, Bispo resignatário de Petrópolis.

A situação de Frei João do Amor Divino Costa resultava desta maneira de um impedimento invencível, oriundo das leis canônicas, que poderiam fazer ressurgir a Comunidade.

Ora, esse impedimento se manifesta muito claramente da resposta a conduta que foi dirigida ao Dr. Ferreira Vianna, datada de 17 de setembro de 1898.

São estas as textuais palavras do parecer emitido pelo ilustre advogado:

“Devo acrescentar que no vosso caso especial (de ser Frei João o único religioso sobrevivente e ainda assim já secularizado) a dificuldade de entrar no regime da Lei número 173, de 10 de setembro de 1893, aumenta por falta de número para constituir associação. Tenho justo motivo para me recusar da incumbência de

que tivesse a bondade de me encarregar, nem vejo como possa dar-lhe cumprimento legal.”

Comentando este importante documento, o autor do relatório acrescenta o seguinte:

“A razão da escusa era ter o mesmo advogado, já em 1894, dado Cardeal Goet, então Núncio Apostólico no Brasil, parecer contrário as determinações de Macchi.”

Tais determinações constam da carta desses Inter núncio a Frei João em 4 de julho de 1898, convidando-o a dar cumprimento as determinações da Santa Sé, que mandou sujeitar todas as ordens existentes no Brasil ao Decreto número 173. De 1893.

Frei João teve dúvidas sobre a aplicabilidade desse decreto as províncias religiosas já com personalidade reconhecida, e daí o que depois se seguiu.

Em 1 de outubro de 1898 o Inter núncio Macchi intimou-o para que, no prazo de 15 dias, cumprisse as determinações que mandavam sujeitar todas as ordens religiosas no Brasil ao citado decreto.

Em vez de executá-las, aquele religioso enviou uma exposição de motivos, na qual chamava, com grande lucidez, a atenção para o *impasse* em que se achava.

“A melhor demonstração, dizia ele, de que o decreto em questão não rege as ordens religiosas está no fato de que tanto os estatutos da Ordem da Província Franciscana da Bahia, que V. Ex. Revma. Enviou-me, como os de S. Bento, nada adiantam quanto ao essencial, limitando-se a cumprir as constituições da Ordem, que é o verdadeiro objeto e fim de tais institutos católicos – afora a disposição sobre o destino dos bens, que certamente não poderia vingar, se as ordens estivessem sujeitas ao citado decreto de 1893.”

Ainda são de Frei João estas palavras tomadas da *Queixa* apresentada ao Bispo do Rio de Janeiro:

“Estavam as coisas indecisas, porque não tendo o Sr. Inter núncio dado uma solução ao assunto em que tão empenhado estava parecendo pelo seu silencio ter-se conformado com as razões expendidas na *Exposição de Motivos*.”

Em 7 de fevereiro houve uma conferência com o Arcebispo. Por essa ocasião lembrou este a filiação de dois religiosos da Província de Santa Cruz da Saxônia, sendo um brasileiro nato, outro naturalizado, Diogo Freitas e Chrysologo Kampmann.

Consecutivamente recebeu Frei João uma carta do então Encarregado de Negócios da Santa Sé, Monsenhor Sibilla, na qual o Arcebispo, depois de mostrar a conveniência que resultaria para a igreja do Brasil, se o único representante da Província extinta se dispusesse a filiar os dois religiosos indicados, recebendo-os na Comunidade “em ato público legal, como membros efetivos da Província, observadas as disposições da Lei de 10 de setembro de 1893”, terminava com uma injunção, relativa a vontade manifestada pelo Papa, o que importaria na linguagem e estilos da Igreja em censura canônica, caso se desse a desobediência.

Diogo Freitas e Chrysologo Kampmann, pois, foram filiados na Província da Imaculada Conceição do Rio de Janeiro.

Destes fatos evidencia-se que, só por meio de uma violência as consciências, podiam as autoridades eclesíásticas chegar a usurpação de bens que tinham ficado imobilizados, desde a morte do penúltimo frade do Convento de Santo Antônio,

sujeitos ao domínio eminente do Estado, apenas detidos na mão do último sobrevivente, que veio a falecer em 1909.

Essas autoridades perceberam desde logo que a Província Franciscana carecia de personalidade jurídica para agir segundo os seus estatutos, e que de fato estava extinta.

Nestas condições, para evitar a possível incorporação dos bens aos próprios nacionais, armaram o *golpe de mão* que atribuíam intencionalmente ao Governo, aliás, amparado pelas leis que regem as agremiações civis, sem distinção de fins.

Efetivamente os religiosos Diogo e Kampmann foram instalados no Convento de Santo Antônio e mais o irmão leigo Frei Patrício Fusken, que veio depois a tomar parte no Capítulo Provincial, no qual foi eleito Provincial Frei Diogo Freitas.

No *Diário Oficial* de 6 de junho de 1899, está publicado, sob a rubrica de “Sociedades Anônimas”, o convenio que por esse tempo houve entre Frei João, Diogo Freitas e Chrysologo Kampmann.

O proemio desse acordo é concebido nos seguintes termos:

“Os membros abaixo assinados da Província da Imaculada Conceição do Brasil, desde já reconhecida pelo artigo 3º da lei número 119 A, de 7 de janeiro de 1890, e pelo art. 72, § 3º da Constituição da República, para confirmar a personalidade jurídica da comunidade e assegurar-lhe o exercício dessa capacidade sem dúvida a que possa prestar-se a Lei n. 173, de 10 de setembro de 1893, etc.”.

Semelhante precaução demonstra desde logo a inconsistência do ato; e o art. 7 denota ao mais desatento dos leitores o intuito do convenio.

“A Província Franciscana da Imaculada Conceição do Brasil considerar-se-á dissolvida quando por qualquer circunstância o número de seus religiosos ficar reduzidos a dois. Os seus bens serão transferidos a outros estabelecimentos dos católicos nacionais de culto, de instrução religiosa ou de caridade, pelo modo e segundo as prescrições que aprouverem ao sumo Pontífice”.

Realizado o convenio de 1906, Frei Chrysologo Kampmann emigrou para Blumenau, de onde só voltou meses antes da morte de Frei João; e os frades que firmaram o ato de 5 de junho de 1899 (Diogo e Kampmann) filiaram-se de novo aos conventos alemães de Blumenau de Petrópolis, para mais tarde decretarem a dissolução da Província do Rio de Janeiro, na conformidade do art. 1 do ato de 5 de junho de 1899, artigo este que foi alterado pela reforma de 1910, onde manda que depois das palavras “seus bens” se acrescente “existentes nessa época”.

Tais determinações abriram caminho ao esbulho premeditado.

De sorte que, como muito bem pondera o autor do relatório, restaurava a Província do Rio de Janeiro, para logo depois extingui-la, facilitando assim a incorporação dos bens permanentes a Província de Blumenau.

Existem entre documentos cartas endereçadas a Frei João por Frei Herculano Limpinsel. Desses descritos, dos quais conheço apenas os estratos n. 16 e 17 do apêndice do relatório, vê-se que uma série de propostas foram feitas àquele religioso.

Segundo atesta o autor do relatório, Limpinsel “dá a entender claramente que não escreveria aquelas cartas, se de fato a organização da Província do Rio de Janeiro, como está efetuado pelo ato de 5 de junho, fosse considerada por ele Limpinsel e pela própria igreja enfim, uma coisa séria e legítima e da qual se pudesse tirar as vantagens que eles esperavam poder tirar desde quando se lembraram de propor e levar a efeito”.

Em seguida lembrou que o Provincial da antiga e extinta Província “agregasse os frades de Blumenau, *pro foro externo*, assim como todos os novos conventos e residências, pedindo outrossim que o nome de Frei João aparecesse e figurasse nas Tábulas Capitulares, *honoris causa*, no próprio Capítulo (20 de janeiro de 1904)”.

Compreende-se, dia o autor do relatório, e com muita razão, o efeito que poderia resultar da inclusão do nome de Frei João nas Tábulas Capitulares da Província de Blumenau. As Tabulas Capitulares são relações nominais dos frades de uma província religiosa ocupando cargos ou não na mesma. Já estavam incluídos os nomes de Diogo Freitas e Chrysologo Kampmann; estava incluído o Convento de Santo Antônio do Rio de Janeiro, como pertencente a Província Alemã de Blumenau, faltaria o nome de Frei João, ao menos no *honoris causa*”.

Em janeiro de 1904, foi eleito Guardião de Blumenau Frei Chrysologo Kampmann e posteriormente Provincial dessa Província.

Em 9 de dezembro de 1904, em substituição de Frei João, elegeram Frei Diogo Provincial da Província do Rio de Janeiro.

Peço permissão para transladar para aqui integralmente a nota que se encontra no relatório, concernente ao ponto capital da questão no mesmo ventilado.

“A 6 de agosto de 1905 o Núncio Apostólico enviou a Frei João a seguinte insinuação: - O Revdo. Padre Frei João dirigirá uma carta ao Núncio Apostólico, rogando-lhe o favor de pedir ao Santo Padre de nomear um religioso franciscano, pelo menos naturalizado brasileiro, como seu sucessor na qualidade de Provincial da Província Franciscana da Imaculada conceição do Rio de Janeiro, *causa mortis*, conservando o dito Frei João até a sua morte a administração, autoridade e dignidade de Provincial por indulto da Santa Sé. – Frei João consultou sobre se, a vista da Lei n. 173, a que se tinha subordinado a Província da Imaculada Conceição do Rio de Janeiro, era lícito atender a essa insinuação. Os consultados foram os Srs. Conselheiro Andrade Figueira, Ruy Barbosa e Candido de Oliveira. Havendo Frei João formulado a seguinte questão entre outras: “A Santa Sé pode atualmente, na vigência do direito comum, a que se sujeitou o Instituto Franciscano, fazer quaisquer modificações *ex-auctoritate*”? Respondeu o Conselheiro Andrade Figueira: “Com fundamentos que largamente expus em consulta dada em 1899 sobre proposta do Reverendíssimo Provincial de S. Francisco, fui de parecer que a Ordem Franciscana não carecia organizar-se em associação civil e fazer-se registrar nos termos do Decreto n. 173, de 1893, para gozar da capacidade jurídica. Tendo-se, porém, dado o ato de 5 de junho de 1899, de acordo com a referida lei, que foi publicada no *Diário Oficial* de 6 do mesmo mês e ano, as questões relativas a dita comunidade, sobre que sou consultado, devem ser respondidas tendo em vista as disposições da citada lei ao mesmo tempo que as constituições apostólicas e costumes da Ordem mandadas observar pelo mesmo ato. Assim respondo: não, certamente; a autoridade eclesiástica não pode fazer modificações no concernente a administração regida hoje pelo citado decreto de 1893”. O Sr. Conselheiro Ruy Barbosa lançou abaixo dos quesitos respondidos pelo falecido jurisconsulto o seguinte parece: - “Estou no mais pleno acordo com esse justo parecer do Conselheiro Andrade Figueira, cuja doutrina reputo incontestável”. O Sr. Conselheiro Candido de Oliveira respondeu o seguinte: “Sob o ponto de vista puramente canônico é ilimitada a competência da Santa Sé para introduzir quaisquer modificações no Instituto Franciscano, como quaisquer outros de caráter exclusivamente religioso. O Fundador da Ordem, ao instituí-la

disse: “a igreja Romana é a mae de todas as igrejas e a soberana de todas as ordens religiosas. (Leop. De Chéranger, *Saint François d’Assisse*). A regra, dada pelo Patriarca e, 1208, foi confirmada pelo papa Honorio III depois de aprovada no 4º Concílio de Latrão”.

É precisamente a esses dois atos que faz referência o proemio dos estatutos da Província do Brasil, registrados em 1899. Sob o ponto de vista do Direito Civil, como as associações, mesmo monásticas, quanto a aquisição de bens e respectiva administração, estão apenas sujeitas ao direito comum, este na parte que ora interessa é o Decreto n. 173 citado, as alterações introduzidas na Regra pela Santa Sé devem ser aprovadas ou reconhecidas em Capítulo e em seguida registradas, lei citada, art. 6º.

Cito estes pareceres, justamente porque colocam a questão nos seus verdadeiros termos.

Pondo de parte os intuitos de confundir as duas Províncias em uma só, isto é, na de Blumenau, conforme se depreende da reforma do Estatuto de 1899, publicada no diário Oficial de 9 de novembro de 1910, onde se encontra alterado o art. 3º, no qual fica o Provincial da Província do Rio de Janeiro investido da autorização exclusiva de alienar os bens de Janeiro, tanto móveis como imóveis, o que resulta da documentação acima é que todos os atos praticados relativamente aos bens do instituto de que se trata, constituem uma fraude manifesta, urdida contra o direito garantido a União de entrar na posse dos ditos bens, visto tratar-se de uma ordem extinta desde 1886, época em que faleceu o penúltimo frade do Convento Santo Antônio.

A Província da Imaculada Conceição no Rio de Janeiro, segundo tornaram patentes os juristas ouvidos sobre o caso, como as outras instituições da mesma natureza, não precisava de registro, porque tinha personalidade jurídica reconhecida pela Lei n. 119, de 7 de janeiro de 1890, e substituiria regulando-se pelas suas Regras e Estatutos enquanto não ofensivos do preceito constitucional. Desde, porém, que se submeteu a Lei n. 173, de 1893, teria de observá-la rigorosamente na parte puramente administrativa, verificada a hipótese de que esses atos pudessem ser admitidos como legal, dada a extinção da Província, conforme se evidencia dos elementos fornecidos pelo relatório.

Ora, é certo que esse instituto, ao tempo em que, proclamada a República, foi promulgada a Lei n. 119A, de 1890, não possuía faculdade para reclamar a aplicação dos seus antigos estatutos.

A Província havia perdido a sua personalidade jurídica pela vacância.

A intervenção da Santa Sé, ainda apor indulto, que é um privilégio concedido por ato pontifício e alguma pessoa ou corporação contra a disposição do direito comum da Igreja, era inexequível.

A Ordem não podia ser mais restaurada, desde que apareceu a lei n. 119ª, de 1890, e foi consecutivamente promulgada a Constituição da República.

Digo inexequível, porque depois destes atos legislativos, que secularizaram o nosso direito, tornando-se unicamente visíveis para a República os titulares investidos pelas respectivas regras ou estatutos.

O único representante titulado dos bens da Província da Imaculada Conceição do Rio de Janeiro, comunidade que havia desaparecido e não se renovou em virtude da proibição do noviciado, nem depois que esta cessou, até o falecimento do último religioso, era Frei João.

Acresce que, quando uma situação criada pela legislação republicana fosse ainda o indulto da Santa Sé, não consta haver o Papa espedido rescrito algum restaurando aquela comunidade.

Ora, é certo, segundo vejo dos canonistas, que a filiação compete à Comunidade. Nos institutos modernos, os religiosos pertencem a Província e podem residir indiferentemente em cada uma das casas da província, e a filiação dos professos estranhos ou de ordens diversas se faz por maioria dos votos. (*Dictionnaire de Droit Canonique*, de André & Condis, revupar J. Wagner, 3me. Edition (1901), v. *filiation*). A admissão e ingresso na província são regulados pelo mesmo modo; não é faculdade exclusiva do Provincial, mas coletiva, conforme prescreve o estatuto municipal da Província da Imaculada Conceição do Brasil, cap. 6º, ed. de 1717.

Só mediante este processo, portanto, a República poderia reconhecer a reconstituição da comunidade, impedida assim de reunir-se em Capítulo para deliberar e agir como sociedade civil perante os poderes públicos constituídos pelo novo regime político, e que, segundo já se disse, só reconhece personalidade jurídica às corporações religiosas exteriorizadas por suas regras ou estatutos, enquanto não contrarias ao mesmo regime.

Os bens da Província Franciscana continuaram, porém, na posse do último frade sobrevivente, e daí se originam os atos sub-reptícios anteriormente assinalados.

Convém aqui recordar a doutrina que, em carta dirigida em 24 de abril de 1891 ao Ministro das Relações Exteriores, expendeu o Inter nuncio sobre a propriedade e administração dos bens dos conventos. “As ordens religiosas, diz ele, existentes na República, como simples subalternas que são não podem alienar coisa alguma validamente, perante as leis civis, sem licença do chefe da Igreja, o Sumo Pontífice, *em quem residem sem contestação, como chefe supremo da grande associação universal de todos os fiéis, o poder supremo do regime da administração destes bens, todos pertencentes à mesma associação, da qual as ordens religiosas são partes*”.

Nada pode haver de mais atentatório da nossa soberania e do espírito do nosso direito concernente às corporações, do que essa doutrina; nem ela é sufragada em país algum que se firme nas concepções jurídicas modernas.

(...)

Se, pois, as associações religiosas, enquanto aos direitos patrimoniais, são limitadas pela soberania territorial que lhes garante os atributos da existência civil coo pessoa jurídica, seria uma aberração que dissolveria a nossa direito e tornar-se-ia ofensiva da própria liberdade daqueles institutos, o reconhecimento do Papa como titular da referida propriedade, que viria por este modo, em oposição a nossa legislação, a tomar o caráter de chefe de uma associação estrangeira, com sede em Roma, exercendo faculdades no território brasileiro, sem sujeição às leis civis que entre nós regulam a propriedade.

“A Santa Sé distingue-se para os efeitos da capacidade civil, diz C. Carvalho, *Nov. Consolidação, art. 150*, de quaisquer instituições, estabelecimentos, congregações, associações e corporações de caráter eclesiástico ou hierárquico, que singularmente constituem pessoas jurídicas sujeitas ao direito comum”.

O absurdo é, pois, flagrante.

Foi, entretanto, sobre tal absurdo que se firmou a autoridade eclesiástica para forçar a mão do falecido Frei João.

O Sumo Pontífice Romano, julgando-se o supremo árbitro dos patrimônios dos diversos institutos católicos do Brasil, sobrepôs-se à legislação do país e, apesar da Lei n. 173, de 1893, que interpretou o preceito constitucional do art. 72, § 3º, insinuou o convênio de 5 de junho de 1899, ato ilegal e nulo, que, por for, a alguma, podia frustrar o direito de sucessão eminente do Estado, cuja efetividade dependia apenas do falecimento do último religioso, fato que se deu em 1909.

As modificações que decretar a Santa Sé, disse-o com bastante fundamento o abalizado jurista Dr. Justino de Andrade, em parecer firmado em 17 de outubro de 1895, não podem ferir os direitos dos Estados Unidos do Brasil sobre a expectativa sobre qualquer ordem religiosa, caso se verifique a sua extinção, pela perda de todos os seus membros, nos termos do art. 10, § 4º, da Lei n. 173, de 1893, e direito preexistente.

Nem era admissível que, pela fictícia foliação atrás referida, se admitisse como válida a intromissão de monges que figuram simultaneamente como membros de duas pessoas jurídicas, das províncias de Blumenau e do Rio de Janeiro.

As corporações se dissolvem forçosamente pelo desaparecimento de indivíduos que a compõem. *Collegium dissolvitur omnibus de collegio volentibus, omnibus mortuis nullo remanente*. Este princípio de Bartolus ed leg. 24, dij. De Colleg. Eccles. XLVII, 22, n.21, consagrado pela nossa antiga legislação e agora pela citada Lei n. 173, não deixa dúvida quanto à vacância dos bens em questão, verificada, como ficou a impossibilidade de restauração da Comunidade, pelo processo tumultuário e extralegal, utilizado poucos anos antes do falecimento de Frei João, detentor dos bens pertencentes à Província de que era provincial.

Desaparecendo o instituto, a Fazenda nacional, não em virtude das leis de mão morta, mas por efeito do direito comum das pessoas jurídicas, adquiriu direito a respectiva sucessão.

No caso vertente, portanto, tratando-se de entidade jurídica, que devia ter existência e economia independente, como pessoa *sui juris*, sob a ação das leis de ordem temporal aplicáveis à sua espécie, nada obsta que o Governo determine o sequestro daqueles bens, a fim de ser a União imitada na posse e se poder inscrevê-los entre os próprios nacionais.

T. A. Araripe Junior.

Comentário

O parecer de 25 de julho de 1911, assinado por T. A. Araripe Júnior, enfrenta um contencioso espinhoso: a situação patrimonial da Primeira Ordem Franciscana – Província da Imaculada Conceição do Brasil, à luz do regime republicano de separação entre Igreja e Estado.

A conclusão é categórica: irrecusável o direito de incorporar aos próprios nacionais os conventos e demais bens da Província, porque se consumou, no plano do direito civil brasileiro, a vacância decorrente da extinção da pessoa jurídica religiosa.

Araripe recusa deslocar a discussão para o terreno ideológico da “mão-morta” e ancora a solução em instituto neutro do direito privado: se o corpo social desaparece, dissolve-se a pessoa jurídica; dissolvida, seus bens se transmitem ex lege, por sucessão pública.

Partindo dos documentos coligidos no inquérito, fixa a linha de fatos essenciais: Frei João do Amor Divino Costa, professado em 1845, eleito Provincial desde 1870, permaneceu como último frade do Convento de Santo Antônio após a morte do penúltimo religioso, em 1886, e assim se manteve até 1909, declarando-se mero depositário/usuário do patrimônio da Província extinta.

Nesse interregno, a República promulga o Decreto 119-A/1890 e a Constituição de 1891, positivando a secularização: corporações religiosas só têm visibilidade civil enquanto pessoas jurídicas regidas por estatutos compatíveis com o novo regime.

A Lei 173/1893 disciplina as associações religiosas como associações civis, prevendo capacidade, registro e, crucialmente, a sucessão em caso de dissolução. Chamado pelo internúncio Macchi a “submeter” a Província ao regime da Lei 173, Frei João obtém parecer de Ferreira Vianna em 1898 apontando o impasse: sem número para associar, não havia como constituir civilmente a entidade — a comunidade, na prática, estava extinta.

Seguiram-se, então, movimentos eclesiásticos para aparentar uma restauração: a filiação, em 1899, de dois religiosos vinculados à Província alemã de Blumenau; a publicação, no Diário Oficial, do convênio de 5 de junho de 1899, cujo preâmbulo confessa o intento de “confirmar a personalidade jurídica” e cuja cláusula nuclear subordina a dissolução à transferência dos bens “segundo aprouver ao Sumo Pontífice”; reformas estatutárias posteriores ampliando a ponte de passagem do acervo do Rio para Blumenau.

Para Araripe, nada disso resiste ao crivo civil: atos sub-reptícios, praticados por sujeito já inexistente como pessoa jurídica, incapazes de reviver, perante o Estado, uma corporação dissolvida por desaparecimento do corpo social. O raciocínio opera em três chaves.

Primeiro, a extinção civil: com a morte do penúltimo frade em 1886 e a impossibilidade de noviciado e de quórum, a Província perdeu condição fática e jurídica de existir no Brasil republicano.

Segundo a inoponibilidade dos atos eclesiásticos de “restauração”: por mais que a Santa Sé detenha poder canônico interno sobre a Ordem, isso não cria, por si, personalidade civil oponível sem capítulo válido e trânsito registral nos termos da Lei 173; tampouco se admite a figura de religiosos simultaneamente membros de duas pessoas jurídicas (Rio e Blumenau) como artifício para desviar o acervo.

Terceiro, a soberania e a propriedade: repudia-se a doutrina segundo a qual os bens conventuais “pertenceriam” ao Papa como chefe da associação universal; no direito brasileiro, cada corporação é pessoa sui juris, sujeita às leis do território, e Roma não é titular civil de propriedade situada no Brasil.

O convênio de 1899, exatamente por “confirmar” o que já não existia e por subordinar o destino de bens brasileiros a autoridade externa, é juridicamente inconsistente; a cláusula que remete ao Papa a decisão última sobre a transferência, além de ineficaz, afronta a soberania civil.

O parecer lembra, ainda, que mesmo se se admitisse — por hipótese — alguma eficácia ao indulto pontifício, faltou o ato civil idôneo e não houve rescrito que restaurasse a comunidade; e recorda a máxima de Bartolus, absorvida pelo nosso direito: *collegium dissolvitur... morto o corpo social, dissolve-se a pessoa*.

Diante desse quadro, a providência é de direito estrito: sequestro e imissão da União na posse dos bens, para posterior inscrição nos próprios nacionais, desconsiderando alienações e disposições praticadas por supostos “administradores” sem representação civil legítima.

Ao privilegiar a tese da vacância — e não a retórica anticlerical —, Araripe confere serenidade técnico-jurídica à solução: não há confisco por hostilidade religiosa; há sucessão pública por dissolução de pessoa jurídica, tal como ocorreria com qualquer associação civil extinta.

Este parecer aprofunda a linha que atravessa os anteriores: legalidade estrita, primazia da ordem civil nacional e recusa de “atalhos” formais para contornar o regime republicano. Tal como na telegrafia sem fio (1906) não se confundiu autorização societária com concessão de serviço público; como na expulsão de

estrangeiros (1908) se subordinou o poder de polícia às garantias de residência; e como na acumulação de cargos (1908) se impôs a letra constitucional sobre conveniências administrativas, aqui se afirma que atos canônicos não se transmutam em títulos civis sem o devido suporte.

O fio comum — em chave patrimonial, federativa e institucional — é inequívoco: no território brasileiro, a titularidade e a sucessão de bens obedecem ao direito civil e público nacionais, e não a expedientes de oportunidade, ainda que unguídos por autoridade eclesiástica.

PARECERES

Gabinete do Consultor Geral da República – Rio de Janeiro, 31 de agosto de 1911. – N. 30.

Senhor Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores. – em resposta ao vosso aviso n. 517, de 25 de março último, consultando sobre o fato de alguns cidadãos portugueses, domiciliados na Bahia atearem, as vezes, nas casas de duas residências, o pavilhão da extinta monarquia de Portugal, não obstante a recente transformação política desse país, tenho a honra de comunicar-vos que, na minha opinião, o ato dos aludidos indivíduos, sendo uma manifestação de não reconhecimento da nova forma de governo adotada pela Nação Portuguesa, constitui violação do princípio, consagrado em direito internacional, de estrito respeito à personalidade política dos estados legitimamente constituídos e reconhecidos, cumprindo ao governo Brasileiro não permitir semelhantes praticas, desse que elas tomarem a feição intencional e ofensiva da soberania, sob pena de assumir a responsabilidade desse ato de tolerância.

Em todo o caso, convirão verificar a forma precisa dos atos acima aludidos, para que a repressão não se converta numa violação da liberdade de pensamento, nem ultrapasse os limites constitucionais.

Incontestavelmente arvorar a bandeira de um regime extinto em passeatas pelas ruas ou em manifestações ruidosas de caráter popular contra o governo de um país amigo, não pode ser admitido em boa razão, sem agravo desse país; não assim quando figura em casas particulares como simples atestado de coerência daqueles que não aderiram à nova ordem das coisas.

Outro sim é necessário saber se a bandeira de que se trata é levantada nas portas ou janelas de edifícios que funcionem clubes ou associações destinadas a propaganda restauradora, porque, nesta hipótese, a polícia incumbe o dever de, pelo menos, advertir, se não coibir fatos ostensivamente hostis ao governo dos estados conosco relacionados. –

T.A. Araripe Junior.

Comentário

O parecer de 31 de agosto de 1911 (N. 30), assinado por T. A. Araripe Júnior, parte de um fato sensível de política externa com reverberações internas: portugueses domiciliados na Bahia hasteavam, em certas ocasiões, a bandeira da monarquia extinta, não obstante a recente Proclamação da República em Portugal.

Araripe enquadra o problema no plano do direito das gentes: exibir ostensivamente o pavilhão de um regime abolido, como forma de não reconhecimento da nova ordem, afronta o princípio — então clássico — do estrito respeito à “personalidade política” dos Estados legitimamente constituídos e reconhecidos. Se o Brasil reconheceu a República Portuguesa, gestos públicos que neguem essa forma de governo, quando assumem feição intencional e ofensiva, convertem-se em ato lesivo à soberania do Estado amigo; tolerá-los implicaria responsabilidade internacional por omissão.

O consultor, contudo, não dissolve a análise internacionalista na pura lógica policial. Ele coloca um freio: é indispensável identificar “a forma precisa” dos atos para que a repressão não se transmute em violação da liberdade de pensamento nem ultrapasse os limites constitucionais.

O critério é de gradação e contexto. Procissões, passeatas e manifestações ruidosas de conteúdo restauracionista, com bandeiras e aparato de massa, excedem o âmbito da expressão privada e atuam como desafio público a governo estrangeiro com o qual o Brasil mantém relações; nelas se justificam medidas de polícia em proteção da fé pública internacional e da própria condução da política externa.

Já a bandeira discreta em casa particular, tomada como “atestado de coerência” de quem discorda da nova ordem no país de origem, situa-se na zona cinzenta da opinião — que a Constituição tutela — e só se converte em ilícito se o contexto demonstrar intenção ofensiva, provocação ou risco à ordem.

Entre esses polos, Araripe insere uma categoria intermediária de relevo: se a insígnia monárquica aparece nas fachadas de clubes ou associações que se dediquem à propaganda restauradora, e, portanto, operem como núcleos de mobilização política dirigida contra Estado amigo, a polícia deve ao menos advertir — e, se necessário, coibir — a prática ostensiva.

O parecer, assim, harmoniza três planos: o compromisso internacional de neutralidade e respeito à forma de governo reconhecida; a competência doméstica de polícia para prevenir atos que possam comprometer a responsabilidade externa do país; e a salvaguarda das liberdades internas, em especial a de opinião, cuja compressão só se legitima quando a conduta transborda do privado para o desafio público, intencional e ofensivo, à soberania alheia.

A prudência que recomenda — apurar a forma e o contexto antes de agir — funciona como antídoto contra soluções maximalistas: nem indiferença que exponha o Brasil a censura internacional, nem zelo repressivo que converta dissenso simbólico, sem lesão concreta, em delito político.

O parecer dialoga com o fio comum dos pareceres anteriores: legalidade estrita, contenção da discricionariedade e prioridade do direito público nacional em chave de responsabilidade externa. Tal como no exame de madureza (1907) se blindou a liberdade de opinião contra sanções sem tipicidade, e como na expulsão de estrangeiros (1908) se subordinou o poder de polícia às garantias constitucionais, aqui se calibra a intervenção: coibir o que, por forma e finalidade, ofende a soberania de Estado reconhecido, sem transformar a divergência simbólica privada em infração.

E, à maneira do contencioso franciscano (1911), permanece a nota da soberania: relações internacionais e seus reflexos internos são matéria da ordem civil brasileira, não de impulsos circunstanciais — de modo que polícia e diplomacia caminhem juntas, dentro de limites constitucionais nítidos.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. - Rio de Janeiro, 16 de novembro de 1911. – Nº 44.

Senhor Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores. – Com o meu parecer devolvo os papéis que, com o Aviso nº 944, de 30 de maio de 1906 haviam sido enviados ao meu antecessor.

Nesse Aviso se solicitava opinião a respeito da validade da naturalização de cidadão brasileiro concedida pelo Governo do Estado do Pará ao súbdito português Antonio Camillo Alves Ribeiro.

Havendo sido tal naturalização concedida em 1893, e assim posteriormente á vigência da Constituição Federal, levantaram-se dúvidas sobre a constitucionalidade do ato e conseqüente validade de seus efeitos.

De fato o art. 34, nº 24 da Constituição Federal, dispondo que “compete privativamente ao Congresso Nacional estabelecer leis uniformes sobre naturalização”, implicitamente importou em reconhecer a privativa competência federal para a concessão de naturalizações de estrangeiros. A verdade, porém, é que, ao ser decretada a Constituição Federal, em 1891, tinham os Governantes e Presidentes de Estado competência para conceder naturalizações por força do Decreto do Governo Provisório n. 13 A, de 26 de novembro de 1889.

Instituída a competência privativa da União para a concessão de tais atos e modificado assim o regime então vigente, era mister que uma nova lei fosse decretada a respeito.

Essa lei só apareceu, entretanto, muitos anos depois, em 1902, sob nº 904, de 12 de novembro, tendo ainda assim permanecido sem o indispensável regulamento até 1908, quando esse ato foi dado pelo Decreto nº 6.948, de 14 de maio.

Durante todo esse tempo, entre a revogação implícita do regime anterior e o estabelecimento do novo regime, mediou um largo período em que a matéria esteve incertamente regulada.

Os Governadores e Presidentes continuavam a usar da atribuição que lhes conferia o Decreto nº 13 A, de 1889, não expressamente revogado nem implicitamente substituído por outro regime para a concessão das naturalizações. A frequência desses atos motivou o Aviso-Circular do Ministério do Interior, nº II, de 29 de março de 1894, pelo qual foi declarado que a Constituição havia implicitamente revogado o Decreto nº 13 A, de 1889, e se lembrava aos Governos dos Estados que o exercício da atribuição de naturalizar estrangeiros cabia exclusivamente ao poder Executivo.

Não se pode, pois, deixar de reconhecer que, ao menos até a data desse Aviso-Circular, as naturalizações concedidas pelos Governos Estaduais o foram *bona fide*.

Os indivíduos a cujo favor tais naturalizações foram outorgadas estão na posse da qualidade de cidadãos brasileiros, terão praticado atos decorrentes do gozo de direitos inerentes àquela qualidade.

A revogação dessas naturalizações, ou a declaração de sua eficácia, determinará a consequente nulidade daqueles atos e abrirá campo a reclamações.

Sou de parecer que o Poder Executivo não deve tomar providência alguma em relação a esses casos, a menos que não quisesse promover a decretação de um ato legislativo que trouxesse a validação em globo de todas essas naturalizações.

Esse procedimento seria o mais conveniente em benefício da inatacabilidade de atos praticados por quem, havendo procurado adquirir a nacionalidade brasileira, só deve merecer do Governo simpatia e proteção e não tem culpa de que lhe concedessem uma naturalização cuja validade possa ser posta em dúvida.

Quanto às controvérsias que, em face da presente situação, possam ocorrer em relação a essas naturalizações ou atos consequentes, só o Poder Judiciário tem competência para conhecer delas e resolver a respeito.

É este o meu parecer que submeto o elevado critério do Senhor Ministro.

Rodrigo Octavio.

Comentário

O parecer de 16 de novembro de 1911 (N. 44), assinado por Rodrigo Octavio, enfrenta a zona cinzenta criada pela Constituição de 1891 ao deslocar para a União a competência sobre naturalização (art. 34, n. 24), sem prover de imediato o novo regime legal e regulamentar.

O caso concreto — a naturalização de um súdito português outorgada, em 1893, pelo governo do Pará — expõe a fricção entre a revogação implícita do Decreto 13-A/1889 (que permitia a governadores naturalizar) e a ausência de lei federal até 1902 (Lei 904) e de regulamento até 1908 (Dec. 6.948).

Nesse hiato normativo, governadores continuaram a conceder cartas “de boa-fé”, quadro que o próprio Ministério do Interior tentou corrigir por aviso-circular em 1894, reconhecendo a incompatibilidade do decreto pretérito com a Constituição.

Diante disso, Rodrigo Octavio desenha uma solução de prudência institucional e de proteção à confiança legítima: (i) reconhecer que, ao menos até o aviso-circular de 1894, os atos estaduais foram praticados sob aparência de validade; (ii) evitar que o Executivo, agora, promova invalidações casuísticas que arrastariam a nulidade de inúmeros atos praticados por quem se viu — e foi tratado pelo próprio Estado — como brasileiro; (iii) recomendar, se for o caso, uma validação legislativa

em globo dessas naturalizações, sanando a irregularidade de competência sem punir quem buscou a nacionalidade dentro do regime que lhe foi oferecido; e (iv) afirmar que controvérsias pontuais sobre títulos e efeitos já produzidos são matéria própria do Poder Judiciário.

Com isso, o parecer preserva a supremacia constitucional (a competência federativa é inequívoca), mas recusa a retroatividade desestabilizadora, priorizando a segurança jurídica e a boa-fé dos naturalizados no período de transição.

A resposta equilibra três planos: o dogmático (a Constituição revogou o Decreto 13-A), o histórico-administrativo (vacância normativa até 1902/1908 e prática estatal reiterada) e o remedial (abstenção do Executivo; convalidação legislativa geral; jurisdição do Judiciário nos litígios).

O raciocínio dialoga com a linha dos pareceres anteriores: como na telegrafia sem fio (1906), exige-se fundamento legal específico para transferir ou exercer competência; como na acumulação de cargos (1908), busca-se uniformidade e estabilidade contra soluções ad hoc; como na questão de Goiás (1905), separa-se com rigor o que é de competência federal do que demanda ato político-legislativo; e, à semelhança da expulsão de estrangeiros (1908), tempera-se o princípio com garantias que evitem dano desproporcional a situações constituídas.

O resultado é uma certa pedagogia de transição constitucional: afirmar a regra nova sem desfazer, irracionalmente, a vida jurídica construída sob a sombra do regime anterior.

PARECERES

Gabinete do Consultor Geral da República. – Rio de Janeiro, 22 de dezembro de 1911.

Meu caro Comendador Frederico de Carvalho. – Respondo à consulta constante de sua carta de 29, sobre o caso do românico Maurício Taubman a que acompanhou cópia do parecer do Dr. Clóvis.

O Senhor Taubman pretende que o governo considere seus filhos menores, ora na România, como brasileiros pelo fato de se haver naturalizado brasileiro e lhes dê passaporte par saírem desse país.

Penso que não pode ser deferida tal pretensão.

Sendo românicos, quando o pai se naturalizou, eles não ficaram brasileiros pela naturalização do pai. (Vide meu *Direito do Estrangeiro no Brasil*, n. 70, p. 131). Fica-lhes salva a faculdade de, mesmo que não se venham domiciliar no Brasil, atingindo a maioridade, obter a naturalização com as facilidades do art. 8º, § 5º do Regulamento nº 6.948 de 1908.

E não havendo eles adquirido a nacionalidade brasileira, de acordo com o direito brasileiro, também não perderam a românica, de acordo com a lei de seu país de origem.

Se bem na Europa predomine a tendência para reconhecer na naturalização um efeito coletivo em relação á família, na România, como em França (Vicente & Penaud, *Dictionnaire de Droit International Privé – Mariage*, nºs 243 e 245), a naturalização é essencialmente individual. É isso expresso no art. 7º § 3º da Constituição de 1866, revista, após o tratado de Berlim, pela lei de 18 de outubro de 1879 (*Annuaire de Législation Étrangère*, vol. 9º, pág. 759), pelo que a naturalização do pai não se estende aos filhos (*Weiss, Traité*, vol. 1º, pag. 691, *Lehr, La Nationalité dans les principaux États du Globe* (1909) n. 472).

Em face do exposto, é bem de ver que o Governo românico não poderia reconhecer eficácia em qualquer ato do Governo Brasileiro que se contrapusesse a disposições de seu direito público.

É essa minha opinião que submeto ao seu elevado critério.

Creia-me sempre com o maior afeto seu velho amigo e admirador

Rodrigo Otávio.

Comentário

O parecer de 22 de dezembro de 1911, assinado por Rodrigo Octavio, trata de pedido aparentemente simples, mas juridicamente intrincado: após naturalizar-se

brasileiro, Maurício Taubman solicita que o governo reconheça como brasileiros seus filhos menores, residentes na Romênia, e lhes emita passaportes.

A resposta é negativa e se assenta em três pilares. Primeiro, no direito brasileiro vigente, a naturalização do pai não arrastava automaticamente a dos filhos menores que permaneciam estrangeiros e fora do território nacional; a filiação, por si, não convertia a nacionalidade, cabendo aos descendentes, ao atingir a maioridade, buscar a naturalização pelas vias facilitadas (o próprio parecer lembra o art. 8º, § 5º, do Dec. 6.948/1908).

Segundo, no direito do Estado de origem — e é decisivo que se trate de menores situados na Romênia —, a naturalização é individual, sem efeito coletivo familiar: a Constituição romena (1866) e a legislação de 1879 assim dispõem, em linha com a doutrina então dominante na França e nos compêndios de Weiss e Lehr.

Terceiro, por força da repartição internacional de competências, o Brasil não pode impor, por ato unilateral (como a emissão de passaportes), um status civitatis que contrarie o direito público romeno: a proteção diplomática pressupõe vínculo nacional efetivo também reconhecível pelo Estado territorial.

A consequência é clara: sem aquisição da nacionalidade brasileira pelos menores, não há título para passaporte nem base para exigir da Romênia o tratamento devido a nacionais do Brasil; o caminho juridicamente correto é aguardar a maioridade e utilizar o canal de naturalização facilitada.

O parecer, além de proteger a coerência do nosso sistema de nacionalidade, evita expor o Brasil a incidentes com potência estrangeira por tentativa de projetar, extraterritorialmente, efeitos que o próprio ordenamento do país de residência não admite.

Em diálogo direto com o parecer de 16.11.1911 sobre naturalizações estaduais, Rodrigo Octavio mantém a bússola na segurança jurídica e na competência federal: nem convalidações administrativas casuísticas, nem “atalhos” documentais para criar nacionalidade onde o vínculo legal não existe.

Como no parecer de 31.08.1911 (bandeira monárquica), volta a regra de ouro das relações exteriores: respeito à personalidade política e ao direito público do Estado terceiro, sem renunciar às soluções internas (naturalização facilitada) que preservam a confiança legítima e a boa técnica de direito internacional privado.

PARECERES

Gabinete do Consultor Geral da República. – Rio de Janeiro, 22 de dezembro de 1911. – Nº 66.

Senhor Ministro de Estado dos Negócios da fazenda. – Com o Aviso nº 14, de 4 de fevereiro de 1908, transmitistes ao meu antecessor, para que emitisse parecer, o processo a que se refere o Aviso do Ministério de Guerra nº 697, de 24 de agosto de 1907, relativo á cobrança do imposto de indústrias e profissões pelo Estado do Paraná aos colonos da Colônia Militar de Cachepó.

A questão a que se refere à consulta é antiga, pois, dos papéis que acompanharam o mencionado Aviso se vê que dura desde 1902, e a respeito dela já foi ouvida, uma primeira vez, a opinião do Consultor Geral da República que a manifestou conforme o parecer publicado sob nº 30, págs. 113, do 1º vol. de *Pareceres*.

Se bem que o honrado Ministro da Fazenda, de então, não houvesse adotado a opinião do primeiro Consultor Geral, meu ilustre antecessor, defendendo no Aviso nº 18, de 17 de março de 1904, ao Ministério da Guerra a doutrina oposta, não sei como deixar de concordar com a opinião emitida naquele parecer.

Trata-se de saber se o Governo do Estado do Paraná pode ter qualquer ingerência fiscal no território da colônia, sobre seus habitantes, ou se, sendo a colônia um estabelecimento federal, está, a todos os respeitos sob a exclusiva autoridade federal.

O Estabelecimento de colônias militares foi entre nós autorizados, numa zona de 10 léguas contíguas aos limites do Império com os países estrangeiros, pelo art. 82, do Regulamento de Terras Devolutas, aprovado pelo Decreto nº 1.318, de 1854. Nesse decreto como na Lei nº 601, de 1850, a que ele veio dar regulamento, não há disposições acerca do regime fiscal da colônia, em relação aos seus habitantes que exercessem profissão e indústria. Nem naquele tempo a questão tinha importância prática em vista da organização política do Império.

A República em sua Constituição firmou vários princípios, cuja aplicação tem de ser trazida, para solução do caso.

Três disposições são: - a do art. 64, que reconhece o domínio dos Estados sobre as minas e terras devolutas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para defesa das fronteiras, fortificações construções militares e estradas de ferro federais. - a do art. 34, nº 31, que reconheceu a competência privativa do Congresso Nacional para submeter à legislação especial os pontos do território da República necessários para a fundação de arsenais ou outros estabelecimentos e instituições de conveniência federal; - a do art. 10, que proibiu aos Estados tributar bens e rendas federais e serviços a cargo da União.

Completando, interpretando ou regulamentando qualquer destes textos não foi ainda promulgada lei ou decreto.

Em relação ao caso especial das colônias militares foi promulgada a Lei nº 733, de 21 de dezembro de 1900, que as reorganizou e a que deu regulamento o Decreto nº 4.662, de 12 de novembro de 1902. Essa lei é circunscrita a organização material da colônia, sob uma administração militar. Não cogita, porém, da subordinação jurisdicional dos habitantes dela, quer no ponto de vista fiscal ou administrativo, quer no ponto de vista judiciário.

Completando suas disposições, o citado regulamento, em relação ao aspecto de que me ocupo, reconheceu:

1º) que todo o habitante da colônia está sujeito ao registro civil por isso que, pondo a cargo do escrivão da colônia e registrar casamentos, óbitos e nascimentos que se derem na colônia, expressamente declarou que isso não prejudicava “o registro civil a que todo o cidadão é obrigado por lei” (artigo 16, nº 3).

Ora, o registro civil está a cargo das autoridades locais do Estado, logo sob este ponto de vista, já o regulamento reconhece a ação administrativa do Estado sobre os habitantes da colônia.

2º) que todos os colonos em geral estão sujeitos à legislação civil e criminal da República, sendo nos crimes julgados e processados segundo os códigos respectivos e nos crimes militares sujeitos à legislação que regula a matéria”.

É evidente que essa disposição do regulamento não inovou coisa alguma, nem podia inovar no seu caráter de mero ato regulamentar. Esse texto, reproduzindo disposições gerais, que sujeitam todos os habitantes da República à jurisdição civil e militar, conforme a natureza dos atos e delitos, só se compreende ali consignado para que não se pudesse levantar dúvida sobre isso em relação aos habitantes das colônias militares.

E assim sendo, é inquestionável que essa jurisdição, civil ou criminal, a que estão sujeitos esses habitantes do território nacional, é federal ou estadual, conforme a natureza legal do ato.

Entre nós a competência judiciária não obedeceu a critério territorial; ela é, segundo a regra geral, aliás, determinada *ratione materiae e ratione personnae*. Não há atos ou crimes que determinem a competência federal ou estadual, para conhecer deles em virtude somente do lugar em que são praticados. Nos Estados tem jurisdição simultânea, coexistente, a Justiça federal e a estadual, cada qual para as questões de sua competência; e no Distrito Federal não foi aos Juizes Federais, que a Constituição instituiu que se atribuiu competência para conhecer das questões de direito comum. Criou-se para isso uma justiça local que, se é federal pela investidura, tem competência circunscrita às matérias deixadas pela Constituição a justiça dos Estados.

Assim, mesmo nos lugares e territórios de “absoluta jurisdição do Governo Federal” os crimes e atos que, por sua natureza ou pelas pessoas que os praticarem, não incidam na competência da justiça federal são da competência da justiça estadual. Foi o que expressamente declarou o art.15, § 1º, do decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal.

É certo que o Aviso do Ministério da Fazenda de 17 de março de 1904, já antes referido, afirmou em um dos seus *considerando* que essa disposição havia sido revogada ex-vi do art. 60, § 1º da Constituição.

Nada menos sustentável, entretanto. O dispositivo constitucional invocado preceitua que “é vedado ao Congresso cometer qualquer jurisdição federal às justiças dos Estados.

Ora, proclamar que a justiça dos Estados é competente para, em qualquer lugar, conhecer das coisas que não são competência federal, não pode ser, de modo algum, considerado como atribuir jurisdição federal às justiças dos Estados; e mais não fez a disposição do Decreto nº 848, de 1890.

Aquele texto constitucional vem logo em seguida e subordinado ao mesmo artigo que define a competência da justiça federal. Em nenhum dos *itens* desse artigo se firmou um princípio que, de qualquer modo, possa fazer incidir sob a jurisdição federal quaisquer atos pela só circunstância de terem ocorrido em certo lugar ou território.

Logo, não há como ver delegação de jurisdição federal às justiças dos Estados na disposição fulminada que reconhece, “nos lugares de absoluta jurisdição do Governo Federal”, a competência da justiça dos Estados para crimes que não são da competência federal. É bem-visto que a expressão – jurisdição, – empregada no texto, não se refere á jurisdição judiciária, caso em que haveria uma incompreensível contradição de termos; essa expressão é usada num sentido geral de *autoridade, administração*.

A respeito da inteira vigência e aplicação desse texto, jamais de meu conhecimento, se suscitou dúvida e a sua matéria, aplicada às hipóteses similares, se acha consolidada na disposição do art. 6º, da 2º parte do Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898, que, como é notório, é obra do egrégio José Hygino.

Têm-se, pois, verificado que o Decreto nº 4.662, de 1902, que deu regulamento para as Colônias Militares, longe de excluir a jurisdição do Estado nesses estabelecimentos federais, expressamente a reconheceu.

E nem assim podia deixar de ser. Nessas colônias vão se estabelecer novos núcleos de população; ali, essa população vai viver, agir, contatar, casar, procriar, testar, morrer. Cada um desses atos da vida individual tem repercussão administrativa ou judiciária, tem uma consequência jurídica. Eles, em si, e as consequências deles, acham-se regulamentadas, em leis e decretos, em sua generalidade, da competência privativa dos Estados.

Não há como furtar ao Estado a jurisdição nesse território, em relação aos habitantes dele, em tudo a respeito de que não tenha a União Jurisdição legal e competentemente regulada.

Quem celebra os casamentos, quem legaliza os testamentos, quem os abre, quem faz os inventários e partilhas. Quem reconhece as firmas dos contratos e registra as escrituras?

Evidentemente os funcionários do Estado, de acordo com as Leis do Estado.

Todos estes atos estão sujeitos a selos e emolumentos. Que selos se pagam, que regulamentos fixam tais emolumentos? Evidentemente selos do Estado.

Todos estes atos estão sujeitos a selos e emolumentos. Que selos se pagam que regulamentos fixam tais emolumentos? Evidentemente selos do Estado, regulamentos do Estado.

Sobre tudo isso não pode haver dúvida.

Ora, o decreto de 1902, no art. 55, permite aos colonos terem casas comerciais; no art. 68 permite-lhes o exercício de qualquer indústria fabril ou manufatureira.

Como subtrair essas casas de negócio e essas oficinas e fábricas aos regulamentos respectivos, aos impostos correspondentes, regulamentos e impostos a que estão sujeitos todos os demais que comerciam ou exercem profissão ou indústria no território do mesmo Estado?

Essa é a questão que diretamente provocou a consulta a que respondo.

Parece-me que a solução que tem sido dada não pode ser mantida.

Realmente, porque, e em virtude de que lei, se pode reconhecer que tais negociantes e industriais estão isentos dos impostos normalmente criados no Estado e a que todos os seus habitantes estão sujeitos?

Isso certamente constituiria um privilégio odioso a favor desses comerciantes e indústrias em prejuízo dos demais que não estivessem nas mesmas condições, o que seria injusto e não autorizado por disposição alguma de nossas leis vigentes.

Nem se pretenda que essa intervenção fiscal do Estado possa afetar a autoridade da administração da colônia ou o regime militar a que ela está sujeita. Além de que essa interferência do Estado em coisa alguma colidiria com a ação da gerência da colônia, nada obsta a que se estabeleça com o Governo do Estado um acordo para evitar a ocorrência de qualquer atrito ou mal-entendido.

Ventilado este ponto, convém agora averiguar se essa jurisdição fiscal do Estado encontrará obstáculo nos textos constitucionais. Desses textos o único que poderia ser invocado é o art. 10, que veda ao Estado taxar serviços a cargo da União.

Se o Estado pretendesse taxar a colônia, o exercício de seus funcionários, a produção normal, agrícola ou pastoril dos colonos, que constitui um dos objetos da instituição, se pretendesse cobrar imposto territorial ou outra contribuição que afetasse a colônia propriamente, em qualquer de seus aspectos, evidentemente essa pretensão seria ilegal.

Mas, ao lado de tudo o que, do modo mais lato, possa ser considerado como parte da colônia, como dependente dela, como serviço sob qualquer aspecto a cargo da União, há o trabalho particular, comercial ou industrial de terceiros, que deles tiram para si lucros ou proveito.

Essa atividade privada, que é legal porque a lei a faculta, não pode de forma alguma ser considerada serviço a cargo da União, e, portanto, aqueles que a exercem não podem se acobertar no texto constitucional para fugir ao pagamento dos impostos com que normalmente o Estado taxa sua indústria ou profissão.

Na conformidade desses princípios não posso concordar com a doutrina do Aviso já mencionado, comunicada pelo Ministério, ora a vosso cargo, ao Ministério da Guerra em 17 de março de 1904.

O domínio *privado* da União sobre as terras dessas colônias não subtrai essas terras, de modo absoluto, á jurisdição dos Estados como quer esse Aviso.

Com o caráter de bens de ordem privada, seja quem for o titular do *domínio*, essas terras, fazendo parte integrante do território do Estado, estão sob a jurisdição dele. Todo o território do Brasil, salvo o Acre, adquirido posteriormente à Constituição e de natureza não cogitada por ela, todo o território nacional está repartido entre os Estados e o Distrito Federal.

A zona que pertence à União não deixa por esse fato de fazer parte do território de um Estado.

O que poderia influir sobre a extensão da jurisdição do Estado seria o domínio, não *privado* da União, mas jurisdicional sobre esse território.

Se, usando da faculdade que o art. 34, n° 31, lhe outorgou, a União submetesse esse território a um regime especial, regulando do modo mais completo a feição administrativa, fiscal e judiciária de sua vida interna, isso certamente afetaria constitucionalmente a jurisdição do Estado em relação a ele.

No regime vigente, porém, foi visto em que consiste a regulamentação federal a respeito desses territórios; apenas temos a lei relativa às colônias militares, que de modo absoluto se absteve de dispor a respeito da subordinação dos territórios respectivos a esta ou àquela jurisdição.

Prevalece, pois, o direito comum e, assim sendo, não pode deixar de ser aceita a doutrina exposta no parecer do meu antecessor, de 20 de junho de 1903, que, por outros argumentos, procurei secundar neste meu parecer, que submeto à vossa esclarecida atenção.

Devolvo os papéis que acompanharam o Aviso desse Ministério, de 4 de fevereiro de 1908, e tenho a honra de reiterar-vos os meus protestos de elevado apreço e distinta consideração.

Rodrigo Octávio.

Comentário

O parecer de 22 de dezembro de 1911 (N. 66), assinado por Rodrigo Octávio, resolve controvérsia antiga sobre a incidência do imposto estadual de indústrias e profissões aos colonos da Colônia Militar de Cachepó (PR).

O eixo da solução é federativo: a existência de um estabelecimento federal dentro do território de um Estado não cria, por si, um enclave de jurisdição exclusiva da União. A Constituição de 1891 distribui competências de modo funcional — por matéria e por pessoa —, não pelo mero lugar do fato.

Assim, embora a União detenha domínio e administração da colônia (art. 64) e possa, se quiser, submetê-la a regime especial por lei do Congresso (art. 34, n. 31), essa opção não foi exercida; vigora, portanto, o direito comum.

O regulamento das colônias (Dec. 4.662/1902) confirma essa convivência: impõe registro civil (feito segundo as regras locais), afirma a sujeição dos colonos à legislação civil e criminal geral e autoriza casas comerciais e atividades fabris (arts. 55 e 68). Se há comércio e indústria privados, há também sujeição às licenças, selos, emolumentos e tributos que alcançam “os demais que comerciam” no Estado — o que não se confunde com “serviços a cargo da União”, vedados à tributação estadual pelo art. 10.

A distinção é nítida: o que integra a atividade pública federal (a própria colônia, sua administração, seus serviços) é imune; o que é atividade privada dos colonos (lojas, oficinas, manufaturas) suporta a tributação ordinária estadual, sem que isso interfira no comando militar-administrativo da colônia.

Também não procede ler, como fez um aviso ministerial de 1904, a existência de “jurisdição federal exclusiva” nos territórios da União: a Justiça Federal não se define por coordenadas geográficas, mas pelas hipóteses constitucionais de competência (*ratione materiae/personae*); daí a plena vigência do entendimento já clássico desde o Dec. 848/1890 de que, “mesmo em lugares de absoluta jurisdição do Governo Federal”, a Justiça dos Estados conhece das causas que não sejam federais.

Em suma, ausente lei federal especial que ocupe todo o espaço normativo, prevalece a regra: o Estado do Paraná pode exigir dos colonos o imposto de indústrias e profissões, preservadas as imunidades da União e a integridade do serviço público federal na colônia.

A conclusão alinha-se ao parecer de 20.6.1903 sobre competência fiscal em terras federais: propriedade e administração federais não apagam a jurisdição estadual compatível com os fins da União.

Dialoga, ainda, com a matriz metodológica dos pareceres sobre telegrafia sem fio (1906) e naturalização (1911): competência se exerce dentro de base legal específica; na falta dela, valem as regras gerais do sistema, evitando tanto privilégios indevidos quanto usurpações de competência.

CONCLUSÕES

Ao fechar este volume, sobressai com nitidez a razão de ser da Consultoria-Geral da República (CGR) no arranjo institucional brasileiro: um órgão de opinião jurídica com posição junto ao centro do poder político, concebido para temperar a ação administrativa com a gramática do direito público e para dar unidade – doutrinária e metodológica – à interpretação das leis federais.

Criada pelo Decreto nº 967, de 2 de janeiro de 1903, no alvorecer do governo Rodrigues Alves, e mantida, com diferentes feições, até a reorganização que conduziu à Advocacia-Geral da União em 1993, a CGR ocupa, nesse arco temporal, o papel de consciência técnica do Executivo, guardando continuidade com funções outrora atribuídas, em parte, aos vários Conselhos de Estado do século XIX.

Sua origem, longe de episódica, expressa o esforço de estruturar, na Primeira República, um centro estável de racionalidade jurídica capaz de orientar, por pareceres, a administração federal sem romper a fronteira entre assessoramento e comando político.

Essa posição singular se consolidou por meio de uma linhagem de consultores que são, eles próprios, uma história da cultura jurídica nacional. No período coberto por este volume sobressaem T. A. Araripe Júnior (1903-1911) e Rodrigo Octavio (1911-1929), cuja prosa e método dão o tom de uma consultoria que alia erudição comparada, atenção ao texto constitucional e cuidado com os efeitos práticos das decisões administrativas.

O elenco mais amplo – que, noutras fases, inclui nomes como Levi Carneiro, Carlos Maximiliano, Francisco Campos, Orozimbo Nonato, Hahnemann Guimarães, Themístocles Cavalcanti, Seabra Fagundes, Caio Tácito e Victor Nunes Leal, entre outros – mostra que a CGR foi também um cadinho de doutrina, por onde circularam estilos e escolas do direito público brasileiro, sem perder o fio comum: a contenção do arbítrio administrativo pela legalidade e pela Constituição.

No plano normativo, a trajetória da CGR reflete as tensões do Estado brasileiro entre transparência, reserva e centralização. O Decreto nº 22.386/1933, em pleno Governo Vargas, condiciona a publicidade de pareceres à autorização do próprio governo – salvo motivo relevante reconhecido pelo Consultor-Geral –, retrato de um ambiente em que a técnica jurídica serve, mas também é controlada, pelo Executivo forte.

Já em 1957, sob Juscelino Kubitschek, o Decreto nº 41.249 afina o modelo: as consultas passam a ser admitidas apenas em “assuntos de alta relevância”, com a CGR investida de status protocolar ministerial; é uma forma de preservar autoridade técnica sem diluir responsabilidades decisórias. Essas reconfigurações, do autoritarismo à racionalização procedimental, ajudam a ler os pareceres aqui reunidos como exercício de prudência institucional: não pretendem substituir a política, mas fixar-lhe balizas e idioma.

À luz desse pano de fundo, os casos examinados ao longo do livro revelam um arco temático coerente. Primeira linha de força: a afirmação do federalismo constitucional contra leituras que pretendiam extrair, de titularidades dominiais federais, jurisdições exclusivas amplificadas.

É nesse registro que se insere a discussão sobre tributos estaduais incidentes sobre a atividade privada de colonos em colônias militares federais: o parecer – em sintonia com a jurisprudência e com o desenho de competências – recusa a tese de uma “ilha” de exclusividade federativa, sem justiça local, e afirma que a colônia, embora estabelecimento federal, integra o território do Estado e, como tal, admite a incidência de impostos estaduais sobre comércio e indústria exercidos pelos particulares que ali residem.

O núcleo teórico é simples e robusto: o art. 10 da Constituição veda tributar “bens e rendas federais” e “serviços a cargo da União”; não autoriza imunidade para atividades privadas que nada têm de serviço federal. A solução preserva a autoridade administrativa da colônia, mas evita o privilégio fiscal e respeita a repartição de competências.

Segunda linha de força: a defesa simultânea da legalidade e das liberdades, em chave de proporcionalidade administrativa. No conhecido episódio do “exame de madureza” (1907), a CGR susta a aplicação, por analogia punitiva, de instruções disciplinares a hipótese não prevista (opinião crítica ao regime republicano, em questão de prova), lembrando que, sem dolo específico de desacato à autoridade presente, não há base para reprovação “penal” do candidato; deve-se julgar o conteúdo pelo seu valor científico, não pelo desacordo ideológico.

É um microcosmo do método consultivo: tipicidade, competência e finalidade não podem ser contornadas por conveniências momentâneas.

Essa mesma confluência aparece no parecer sobre expulsão de estrangeiros (1908). O decreto de 1907 fora lido, em alguns círculos, como carta branca ao poder de polícia; a CGR reconduz a questão à Constituição, recordando que a residência contínua – e, em certos casos, vínculos familiares – acionam garantias que não se suspendem por ato administrativo; a expulsão, medida dura e excepcional, só se legitima em moldura constitucional e com observância das salvaguardas que o próprio legislador estabeleceu. Legalidade estrita, aqui, não é preciosismo; é condição de legitimidade internacional e doméstica.

Terceira linha de força: a separação entre títulos canônicos e efeitos civis – e, correlatamente, a afirmação da soberania legislativa brasileira na regência patrimonial das pessoas jurídicas religiosas.

O denso parecer sobre a vacância dos bens da Província Franciscana da Imaculada Conceição (1911) é exemplar: parte de fatos (extinção de comunidade, sobrevivência de um último frade, tentativas de “restauração” por filiações cruzadas e convênios ad hoc) para concluir que nem indultos pontifícios nem arranjos internos podem operar contra o direito civil brasileiro e a legislação republicana de associações; dissolvida a pessoa jurídica pela morte de seus membros e inexistente via regular de reconstituição, a sucessão se processa segundo o regime de vacância e se impõe o sequestro para incorporação aos próprios nacionais.

A lição, de alcance geral, é que atos de foro interno eclesial, sem a correspondência prevista no direito civil, não se transmutam, por si, em títulos oponíveis ao Estado.

Quarta linha de força: a leitura comedida de conflitos internacionais e seus reflexos internos. No parecer sobre a ostentação do pavilhão monárquico português por particulares na Bahia (1911), a CGR formula um critério de intervenção que concilia responsabilidade internacional com liberdade interna: gestos públicos que, pela forma e finalidade, funcionam como negação ostensiva do governo reconhecido de país amigo autorizam a atuação policial para resguardar a fé pública internacional; já o uso discreto, em espaço privado, pode constituir mera expressão de opinião, a ser protegida, salvo quando convertido em provocação organizada. Essa gradação – e o zelo em identificar “a forma precisa” do ato – é uma pedagogia de Estado de Direito em matéria sensível: reprimir o que atinge a soberania alheia sem converter divergência simbólica em ilícito por automatismo.

Outra constante que atravessa o volume é a atenção à transição normativa e à proteção da confiança legítima dos administrados. O parecer sobre naturalizações estaduais concedidas no hiato entre a Constituição de 1891 (que desloca a competência à União) e a lei/regulamento federais (1902/1908) recusa a solução simplista de desconstituir em bloco situações consolidadas; propõe, ao contrário, uma via de prudência: reconhecer a boa-fé dos atos praticados sob aparência de validade, recomendar eventual convalidação legislativa geral e remeter litígios pontuais ao Judiciário.

Essa postura preserva a supremacia constitucional sem sacrificar a segurança jurídica dos que, amparados por prática estatal reiterada, viveram como brasileiros. É um ponto de método: onde o direito vacilou, não se corrige a omissão com retroatividade punitiva.

O mesmo modelo aparece diante de inovações tecnológicas: a telegrafia sem fio (1906) provoca a CGR a distinguir, com rigor, autorização societária e concessão de serviço público; mais que isso, a notar que a “eletricidade sem condutos”, por sua

natureza difusiva, reclama coordenação normativa de escala internacional e, no plano doméstico, resguardo da jurisdição federal sobre comunicações estratégicas.

O parecer não demoniza a novidade, mas recusa que ela se infiltre por lacunas formais, afirmando a necessidade de lei e de desenho regulatório compatível com o interesse público e com as responsabilidades do Estado brasileiro no concerto das nações.

No terreno do direito internacional público, a reflexão sobre os títulos de propriedade expedidos no Acre meridional por ocasião do conflito com a Bolívia mostra o mesmo cuidado categorial: distinguir imperium de dominium, reconhecer direitos reais preexistentes a partir do tratado de Petrópolis e, ao mesmo tempo, negar validade a atos de “governo de fato” que não ostentavam os requisitos de ocupação bélica e de autoridade beligerante reconhecível no direito das gentes.

O resultado é um arranjo que reconcilia a sucessão de soberania com o respeito a situações privadas subjacentes, sem cancelar o esbulho armado como fonte legítima de direitos civis.

Se se tomam esses fios em conjunto, emerge o retrato mais amplo: a Consultoria-Geral da República opera como tradutora institucional do constitucionalismo brasileiro. Seus pareceres não são peças de retórica; são exercícios de construção de limites. No federalismo, repelem tanto o centrismo que tudo chama “federal” quanto o localismo que, em nome da autonomia, frustra políticas nacionais; na proteção de direitos, combinam tipicidade e finalidade; na relação Estado-Igreja, resguardam o estatuto laico sem hostilidade às confissões; nas tecnologias e nos compromissos externos, preferem o caminho mais exigente – o da lei e da coordenação – ao atalho da “tolerância” administrativa.

Esse modo de proceder tem marcas estilísticas reconhecíveis. Primeiro, a insistência em qualificar com precisão as categorias jurídicas relevantes (jurisdição vs. domínio; serviço público vs. atividade privada; ato canônico vs. título civil).

Segundo, o uso parcimonioso, mas decisivo, de comparações estrangeiras, não como argumentos de autoridade, e sim como lentes de análise (o direito norte-

americano para federalismo e serviços postais/telegráficos; a doutrina europeia em matéria de nacionalidade, ocupação bélica e sucessão de Estados).

Terceiro, a atenção aos efeitos institucionais de cada resposta: a CGR preocupa-se com a coerência do sistema e com a previsibilidade que a Administração deve ao administrado – razão pela qual prefere, sempre que possível, a solução que harmoniza supremacia constitucional e proteção da confiança legítima.

Esses traços percorrem, por exemplo, os pareceres sobre colonização militar e tributação estadual (federalismo funcional), sobre expulsão de estrangeiros (garantias e polícia), sobre exame de madureza (liberdade de expressão e tipicidade), sobre títulos franciscanos (laicidade patrimonial) e sobre a bandeira monárquica portuguesa (responsabilidade internacional calibrada).

Do ponto de vista historiográfico, o conjunto aqui reunido também documenta uma passagem: o direito brasileiro, no início do século XX, move-se do “princípio” (o texto constitucional novo, os códigos) para a “forma” (a organização administrativa) e, desta, para a “prática” (a execução cotidiana).

Os pareceres acompanham – e ajudam a fazer – esse trânsito. Quando a Constituição desloca competências, mas a lei tarda, a CGR não se acomoda ao vazio; recomenda soluções que preservam a ordem jurídica sem atropelo (como na naturalização estadual no interregno 1891–1902/1908), assumindo que governar com direito é, por vezes, preferir a modulação à ruptura.

Há, por fim, uma lição contemporânea. A institucionalidade que se pretendeu preservar – e que, com a criação da AGU, ganhou desenho novo – depende menos de organogramas do que de hábitos de decisão.

Os textos aqui analisados mostram que o assessoramento jurídico de Estado tem vocação de “arte pública”: oferece razões, estabiliza expectativas, organiza o dissenso e impede, com argumentos, que a administração fuja da Constituição quando as pressões do tempo imediato o sugerem.

Em tempos de aceleração tecnológica, tensões federativas e reacomodações no sistema internacional, esse legado é mais valioso do que nunca: distinguir com rigor, justificar com sobriedade, decidir com parcimônia.

Eis a gramática comum que une o parecer sobre a telegrafia sem fio ao contencioso franciscano; a reflexão federativa sobre colônias militares à proteção de estrangeiros residentes; a leitura prudente de símbolos internacionais à defesa da liberdade de opinião no exame escolar.

Se é verdade que a CGR nasceu em 1903, sob a pena de Rodrigues Alves, e foi redesenhada ao sabor de contextos políticos distintos, também é verdade que a sua “constituição material” – o conjunto de práticas e critérios que lhe dão identidade – transborda os decretos e as datas.

A instituição se reconhece, sobretudo, naquilo que seus consultores fizeram com os casos concretos: impondo à Administração o dever de pensar juridicamente.

O presente livro, ao resgatar e comentar essas decisões, não apenas ilumina um passado; oferece um repertório vivo para a advocacia pública contemporânea e para todos os que, na máquina do Estado, precisam decidir sem trair a lei e sem renegar a realidade.

Esse é o ponto de chegada – e, tomara, o ponto de partida – desta coleção: afirmar que a boa consultoria não se mede pela concordância com o governante de turno, mas pela fidelidade ao direito e pela responsabilidade perante a sociedade que ele protege.