

**A HISTÓRIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO
BRASILEIRO CONTADA PELA ADVOCACIA
PÚBLICA: ESTUDOS E COMENTÁRIOS SOBRE
OS PARECERES DA CONSULTORIA-GERAL
DA REPÚBLICA - 1912-1919**

VOLUME 2

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: 1912-1919***

**Volume 2
1912-1919**

**Brasília
2025**



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: volume 2: 1912-1919 / Arnaldo Sampaio de Moraes
Godoy – Brasília: CEUB, 2025.

170 p.

ISBN 978-85-7267-233-7

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	07
INTRODUÇÃO AO SEGUNDO VOLUME	14
Gabinete do Consultor-Geral da República – Rio de Janeiro, 4 de outubro de 1912 – N. 61	21
Comentário	23
Gabinete do Consultor Geral da República – Rio de Janeiro, 22 de dezembro de 1912. – N° 13	26
Comentário	28
Gabinete do Consultor-Geral da República – Rio de Janeiro, 5 de maio de 1913 – N. 25	32
Comentário	33
Gabinete do Consultor-Geral da República – Rio de Janeiro, 20 de junho de 1913 – N. 31	37
Comentário	39
Gabinete do Consultor-Geral da República – Rio de Janeiro, 25 de março de 1903 – N. 17	42
Comentário	44
Gabinete do Consultor-Geral – Rio de Janeiro, 26 de setembro de 1913 – N. 59	46
Comentário	54
Gabinete do Consultor-Geral da República – Rio de Janeiro, 25 de novembro de 1913 – N° 76	59
Comentário	61
Gabinete do Consultor-Geral da República – Rio de Janeiro, 18 de novembro de 1913 – N.73	65
Comentário	66

Gabinete do Consultor-Geral da República-Rio de Janeiro, 21 de maio de 1914 – Nº 26	69
Comentário	72
Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 1915. - Nº 32	75
Comentário	76
Gabinete do Consultor- Geral da República. – Rio de Janeiro, 5 de janeiro de 1915. – Nº 1	79
Comentário	81
Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 1915. – Nº 30	84
Comentário	85
Gabinete do Consultor-Geral da República. Rio de Janeiro. 1º de julho de 1915. – Nº. 85	87
Comentário	88
Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 25 de novembro de 1915. - Nº 146	91
Comentário	93
Gabinete do Consultor Geral da República. – Rio de Janeiro, 23 de Maio de 1916. – Nº 45	97
Comentário	100
Gabinete do consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 11 de julho de 1916. - Nº 60	103
Comentário	104
Gabinete do Consultor Geral da República. – Rio de Janeiro, 14 de outubro de 1916. Nº 94	106
Comentário	106

Gabinete do Consultor Geral da República. – Rio de Janeiro, 5 de dezembro de 1916. Nº 109	109
Comentário	116
Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 21 de julho de 1917. – N. 59	119
Comentário	121
Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 28 de novembro de 1917. – N. 107	124
Comentário	125
Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 1917. – N. 114	127
Comentário	128
Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 27 de fevereiro de 1918. – N. 29	131
Comentário	132
Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 1919. – Nº 16	135
Comentário	135
Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 1919	137
Comentário	141
Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 5 de fevereiro de 1919. – Nº 11	143
Comentário	144
Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 1 de abril de 1919. – N º 37	147
Comentário	152

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 30 de julho de 1919. – N° 62	155
Comentário	158
Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 12 de julho de 1919. – N. 56	161
Comentário	162
Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 1919. – N. 123	164
Comentário	168

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 a 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.

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 o segundo volume da coletânea, que cobre os anos de 1912 a 1919. O leitor tem em mãos uma história do direito público da República, contida em fontes primárias e inéditas.

INTRODUÇÃO AO SEGUNDO VOLUME

Este segundo volume (1912–1919) documenta um momento em que a Consultoria-Geral da República depura uma forma de decidir que se pode resumir em três movimentos, reiterados ao longo de centenas de páginas: reduzir privilégios a seu estrito suporte normativo; reafirmar a legalidade comum como critério de definição de soluções; e exigir prova suficiente dos fatos antes de qualquer medida excepcional.

A consequência prática dessa fórmula é um conjunto de pareceres que, ainda quando cedem à necessidade de aplicar normas mal postas, o fazem conscientemente, registrando a crítica metodológica e indicando a via correta. Nada ilustra melhor essa tensão entre dever de aplicar e dever de advertir do que a matéria orçamentária envolvendo servidores. A disciplina dos auxílios por doença e acidente — com origem no art. 48 da lei de 1909 — é aplicada de modo encadeado ao longo dos exercícios seguintes por força de cláusulas de prorrogação por atacado inseridas em leis de receita, mecanismo tecnicamente impróprio. O parecer reconhece a vigência normativa e manda cumprir o benefício, mas o faz sob protesto explícito contra o veículo legislativo inadequado: “*mala lex sed lex*”. Não se trata de hesitação; é, antes, uma pedagogia do cuidado institucional: cumpre-se a lei enquanto ela vigora, e registra-se o vício de técnica para que o sistema aprenda a separar orçamento de regulação material.

O mesmo método, que preferimos chamar de sobriedade com lastro, orienta os grandes contratos de infraestrutura, com destaque para as ferrovias. O caso Madeira-Mamoré é um laboratório. Ali se separam nitidamente os segmentos do objeto contratual que demandam aprovação legislativa — como o traçado assentado em protocolo internacional — dos componentes executivos que podem ser legitimados por autorizações internas, a exemplo de lastramento e pontes. A distinção não é formalismo ocioso: fixa o raio de ação do administrador e protege o

erário de despesas sem cobertura legal adequada. O diálogo com o Tribunal de Contas aparece justamente nesse ponto, como filtro de registro e conformidade: a execução contratual regular passa, a extrapolação disfarçada de mera autorização não avança e não conta com apoio institucional. A ideia é simples e poderosa: tratado e lei para o que altera o desenho político e internacional do empreendimento; autorização administrativa para o que, no limite do contrato, apenas o viabiliza tecnicamente. A disciplina de competência e forma evita que a exceção administrativa corra o pacto que habilitou a obra.

No direito das gentes, a marca é o mesmo comedimento. A Consultoria recusa a expansão difusa da extraterritorialidade, contém pretensões de imunidade que não estejam ancoradas em texto e reitera que serviços não oficiais não se abrigam à sombra das prerrogativas diplomáticas. A regra de citação comum é aplicada sempre que possível; as exceções são lidas estritamente. O caminho técnico tem um sentido federativo de fundo: imunidades, quando existem, são uma técnica de coordenação entre ordens, não um salvo-conduto para esvaziar a jurisdição. Essa compreensão se coaduna com o tratamento dado à proteção de bens federais e às competências da União.

O volume é insistente na vedação a atos estaduais que alcancem bens e serviços federais, operando uma coerência metodológica entre desapropriação, imunidades e domínio público: se o bem é federal, a relação jurídica que o atinge é federal; e, havendo reflexos internacionais, a solução se desloca para o espaço de tratados e compromissos internacionais, com o mesmo cuidado de forma.

Outro eixo recorrente é o da prescrição contra a Fazenda. Os pareceres trabalham em duas frentes: eliminar confusões conceituais entre prescrição e decadência e fixar o termo inicial do prazo quinquenal. A distinção é tratada com rigor: a prescrição extingue a ação, não o direito em si; a decadência, por sua vez, é prazo extintivo do próprio direito, quando assim o legislador dispuser. Esse arranjo tem uma consequência prática decisiva para o contencioso administrativo: o prazo prescricional começa a correr, como regra, a partir do ato que nega a pretensão — o indeferimento que torna exigível a reação —, e não de eventos pretéritos em que ainda não havia interesse de agir. Ao rechaçar a ideia de que “o tempo corre por

correr”, os pareceres protegem o administrado diligente e forçam a Administração a decidir, sob pena de impedir que a inércia administrativa estrangule pretensões por fadiga.

Também se repetem as questões nascidas da expansão tecnológica dos serviços públicos. Telégrafo e telegrafia sem fio (TSF) são tratados como serviços federais estruturantes, com regime público de polícia e concessão. Uma peça particularmente instrutiva discute a natureza jurídica da eletricidade e do sinal como manifestações do serviço, recusando sua reificação como coisa apropriável e negando a transformação de uma autorização em concessão por mera equivalência técnica. O raciocínio amarra tecnologia e estrutura: quem controla a rede e o uso controla o serviço, não porque a física permita, mas porque o direito assim o demarca para proteger interoperabilidade, segurança e universalização.

No campo de nacionalidade e naturalização, o volume registra tensões entre o direito interno e o internacional, mas reafirma pontos que soam modernos. A estrangeira casada com brasileiro não é automaticamente naturalizada: casamento não figura como modo de aquisição de nacionalidade. Em contrapartida, para acesso a cargos públicos, prevalece a chave constitucional “brasileiro”, sem distinção de gênero: brasileiras estão incluídas no conceito de cidadão brasileiro para fins de elegibilidade a funções públicas, desde que preenchidos os requisitos de capacidade. A clareza do texto, reforçada por doutrina e prática administrativa, antecipa a pauta contemporânea de isonomia nos concursos e, mais do que isso, depura a linguagem constitucional, evitando que o conceito volátil de cidadão funcione como filtro invisível para excluir mulheres.

Os pareceres também enfrentam, com finura institucional, a interface entre Igreja, patrimônio e organizações religiosas. Reconhece-se a personalidade canônica e seus efeitos no mundo civil, especialmente quanto a vacância e titularidade de bens, o que tem implicações diretas nos registros e na administração patrimonial. Não há concessões de simpatia: há qualificação jurídica, que produz consequências documentais e registrais coerentes com a estrutura das pessoas jurídicas eclesásticas.

O período cobre ainda o auge e o desfecho da Primeira Guerra, e isso aparece no bloco de textos sobre atuação internacional e reparações. A Consultoria examina o uso — ou a recusa — de represálias em diferentes momentos: da neutralidade tensionada pelos casos dos cafés de São Paulo e do afundamento do vapor Paraná ao armistício de novembro de 1918.

A leitura é tecnicamente exigente: o armistício suspende hostilidades e, com isso, estreita o espaço jurídico para medidas coercitivas típicas de tempo de guerra. O parecer faz questão de diferenciar o gesto diplomático de desagrado da medida jurídica com efeitos patrimoniais ou de força e mostra por que a importação de práticas estrangeiras não funciona como atalho normativo: cada passo precisa caber no nosso direito positivo e no estado jurídico da conflagração.

Para além dos grandes eixos, o volume cultiva uma galeria de casos curiosos que valem como lições de técnica. O episódio dos tesouros jesuítas no Morro do Castelo é um bom exemplo: diante de objetos ocultos em subterrâneos do antigo colégio, a Consultoria recusa tanto a apropriação privada imediata quanto a repartição de ofício, e reclama lei específica para autorizar a exploração e regular a partilha. A prudência evita que uma descoberta arqueológica se torne arbitragem administrativa sobre riquezas ocultas. Noutro registro, a liberdade de expressão em exames: uma reprovação por insultos ao regime em prova de História é desconstituída por falta de base legal e de demonstração de dolo específico. Avaliar conhecimento não é punir opinião; e, se houver sanção, há de ser típica e proporcional.

Honras militares para civis em repartições militares são outro campo de contenção: existem quando e enquanto a norma as concede; não se estendem por analogia para situações simpáticas. O par de peças sobre avaria comum em cargas de navios requisitados durante a guerra mostra como direito marítimo e interesse público se encontram: a entrega das mercadorias depende de garantias para a quota de avaria, sob pena de transferir ao Estado um passivo que é, por definição, comum entre navio e carga. E a celeuma de demarcação entre Gericinó e Cabral encerra a lição de método que atravessa o volume: sem fatos não há parecer. Faltando

elementos, a providência é deslocar a questão ao Procurador da República para agir em juízo, não improvisar resposta administrativa no vazio probatório.

A autoria dá tom e unidade a esse repertório. O parecerista mais recorrente é M. A. de Sá Vianna, com vinte e oito aparições identificadas, o que explica o peso de temas constitucionais (intervenção e federalismo), internacionais (armistício e represálias) e de técnica de prazos (prescrição e decadência). Rodrigo Octávio surge dezesesseis vezes, com formulações especialmente cuidadosas em arbitragem e integridade decisória — por exemplo, quando sustenta que não pode ser árbitro, em controvérsia com a Administração, quem dela dependa —, além de peças sobre patrimônio público e federalismo concreto. James Darcy aparece duas vezes, em pareceres didáticos, que fazem a ponte entre administrativo-militar e teoria das ações, reforçando a distinção prescrição/decadência e o momento de nascimento da pretensão. Embora distintos na pena, todos compartilham do mesmo princípio operativo: não há privilégio sem texto; não há competência sem forma; não há decisão sem fato.

Esse núcleo metodológico facilita compreender a organização editorial do volume. Os textos podem ser lidos em continuidade temporal, mas também por agrupamentos temáticos. O primeiro, que chamamos de federalismo fiscal, coleciona casos de orçamento, servidores e controle, inclusive a discussão sobre normas permanentes escondidas em leis orçamentárias e a crítica aos encadeamentos normativos que eternizam dispositivos transitórios.

O segundo agrupa serviços públicos e infraestrutura, com telégrafo/TSF e ferrovias, e enfrenta de maneira muito concreta os conflitos entre domínio privado e vestígios de redes públicas, como no caso dos canos de abastecimento em subsolo particular, em que se reconhece a propriedade estatal, se notifica formalmente o titular do imóvel e se impõem cautelas de retirada.

O terceiro reúne atuação internacional e direito das gentes: imunidades, carga marítima, avaria comum, neutralidade, armistício e reparações. O quarto eixo articula nacionalidade, estrangeiros e elegibilidade, com as decisões sobre efeitos do casamento e a afirmação de que brasileiras concorrem a cargos públicos, a par do reconhecimento da personalidade canônica e sua tradução registral.

A utilidade contemporânea desses pareceres é imediata. O debate sobre intervenção federal reaparece a todo momento no Brasil recente e, aqui, aprende-se a distinguir entre ilegalidades ordinárias — até eleitorais — e a quebra da forma republicana, que exige fato material e remédio cirúrgico.

A questão da igualdade de gênero no serviço público soa resolvida, mas os raciocínios de então ainda informam a redação normativa e a interpretação de cláusulas que insistem em falar apenas em “cidadão”.

A independência e o impedimento de árbitros, tão críticos em ADR, PPPs e concessões, já recebiam, há cem anos, a resposta óbvia que por vezes esquecemos: árbitro dependente da Administração não tem a isenção que o processo exige. As servidões administrativas e os passivos de infraestrutura, hoje centrais em saneamento e energia, encontram aqui seu roteiro de elegância institucional: reconhecer a titularidade pública do que foi obra pública; notificar o particular; retirar com cautela; punir ninguém sem lei.

No comércio marítimo, a antiga avaria comum se traduz hoje na conversa sobre seguros, *demurrage* e *war risk*; a lição permanece: garantia antes da entrega, para não socializar no Tesouro o que é, por definição, comum entre navio e carga.

Na seara orçamentária, a crítica a normas permanentes enrustidas em leis anuais desenha a genealogia dos nossos jabutis, prevenindo prorrogações automáticas e exigindo que o legislador assuma, em lei própria, as escolhas de política pública. A acumulação remunerada entre esferas, outro tema que volta e meia inquieta o contencioso, é enfrentada com o mesmo critério: exceções existem, mas não se presumem; compatibilidade se prova. E a distinção prescrição/decadência — com o termo inicial fixado no indeferimento administrativo — ainda decide causas de servidores, benefícios e contagem de tempo, impedindo que a cronologia vença a juridicidade.

Tudo isso compõe uma gramática de governança pública que a Consultoria-Geral praticou com admirável consistência. Quando uma consulta chega sem lastro, não se inventa o fato; quando um privilégio é pleiteado por afinidade, não se estende a exceção; quando o administrador precisa agir num ambiente de inovação tecnológica, enquadra-se o fenômeno no regime do serviço, e não se promete o que a

lei não entrega; quando o mundo externo pressiona com guerra e armistício, a régua é o estado jurídico, não o calor do acontecimento.

O volume 2, assim, não é apenas um repositório de respostas bem construídas; é um manual de autocontenção com coragem. Coragem para aplicar uma lei malfeita porque está em vigor — e registrar porque não deveria estar naquele formato; coragem para dizer “não sei” quando faltam elementos, e remeter ao órgão contencioso que deve agir; coragem para reconhecer que a melhor hermenêutica é a que preserva a forma e a competência, especialmente quando o tema promete aplausos fáceis.

Entre 1912 e 1919, a Consultoria fixou que estabilidade institucional não nasce de fórmulas mágicas, mas da repetição teimosa de boas práticas: privilégio só com texto; exceção só com prova; poder só com forma. É o que dá unidade às matérias de orçamento e servidores, às ferrovias e ao telégrafo, às imunidades e às cargas marítimas, às nacionalidades e aos bens eclesiásticos. E é por isso que, lido hoje, este conjunto fala diretamente às nossas urgências: não porque adivinhe o futuro, mas porque põe o direito no lugar certo — entre a vontade e o fato — e se recusa a ser instrumento de improviso.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República – Rio de Janeiro, 4 de outubro de 1912 – N. 61.

Exmo. Sr. Ministro de Estado dos Negócios da Marinha.

Tenho a honra de apresentar a V. Exa. o parecer requisitado por Aviso n. 536, de 17 de agosto, sobre o requerimento do Sr. Paulo de Saldanha da Gama, 2º oficial da Secretaria da Escola Naval.

Sou dos que pensam que as honras militares não devem ser concedidas a civis, senão em dois casos: 1º, retribuição de serviços de guerra, devidamente reconhecidos; 2º, necessidade de ordem disciplinar nos departamentos de marinha e guerra. A vitaliciedade no primeiro caso é indiscutível, e a temporariedade no segundo se impõe, devendo essas honras ter a duração das funções do empregado civil em repartição militar.

Isso está dito no Decreto n. 2.532, de 23 de junho de 1897, quando, considerando que tais honras só em razão do emprego lhes são inerentes, manda confirmar por carta patente as honras dos postos que competirem aos funcionários civis do Ministério da Marinha, quando vitalícios, em virtude dos respectivos regulamentos. Isso está repetido no art. 239 do Regulamento da Escola Naval, mandado executar pelo Decreto n. 3.652, de 2 de maio de 1900, e no art. 79 do Regulamento para a Diretoria Geral de Contabilidade da Marinha, mandado executar pelo Decreto n. 6.508, de 11 de junho de 1907.

A solução do caso que se estuda, por analogia, como pretende o suplicante, é impraticável.

Firmado este princípio, examinarei a espécie sobre a qual versa a consulta:

O Decreto de 27 de abril de 1893 (não incluído na coleção das leis, decretos e atos do Governo, mas constante do *Diário Oficial*, de 6 de maio desse ano) dispõe que “fossem considerados inerentes aos cargos do pessoal da Secretaria da Escola Naval as honras militares de Capitão-Tenente ao Secretário, de 1º Tenente ao 1º oficial Bibliotecário, de 2º Tenente ao 2º oficial Arquivista, de Guarda Marinha ao Amanuense”.

O art. 239 do Regulamento desse estabelecimento, aprovado pelo Decreto nº 3.652, de 2 de maio de 1900, repete a concessão dessas honras, dando mais ao Subsecretário que as de 1º Tenente.

O art. 385 do Regulamento da mesma Escola, aprovado pelo Decreto nº 6.345, de 31 de janeiro de 1907, dispõe:

“O Subsecretário, os atuais 1º e 2º oficiais e Amanuenses conservarão os direitos adquiridos, tendo, enquanto servirem, as honras, os dos primeiros de Capitães-Tenentes, o terceiro de 1º Tenente e os Amanuenses as de Guarda-Marinha”.

Como V.Exa. vê, desde 1893 até a promulgação deste decreto, a concessão de honras militares aos funcionários civis da Secretaria da Escola Naval foi mantida.

Este decreto, garantindo direitos adquiridos de determinados funcionários, pôs termo, intencionalmente, ao regime de concessão de honras militares às pessoas que de futuro exercessem os cargos indicados no citado artigo?

Acredito que sim, e para isso concorrem diversas razões: 1ª, pelo art. 350 ficou estabelecido que os “lugares de Subsecretário, 1º e 2º oficiais e Amanuenses fossem providos por oficiais reformados da Armada e das classes anexas”, consequentemente a necessidade da concessão de honras por motivo de disciplina perdia a razão de ser; 2ª, se o regime continuasse, não haveria necessidade de garantir direitos.

O fato do art. 385 dizer o que nele se acha significa, de modo bem claro, que essas honras cessavam, respeitadas as que tinham sido conferidas aos que exerciam os cargos, enquanto servissem; 3ª, o Regulamento que baixou com o Decreto número 7.886, de 10 de março de 1910, manteve, no art. 310, o disposto no 350 do Regulamento anterior, consequentemente estava, pelo princípio da exclusão; mas o art. 300 do Regulamento atual aprovado pelo Decreto nº 8.650, de 4 de abril de 1911, manda prover “o cargo de 2º oficial por pessoa idônea, a juízo do Ministro da Marinha, sem que nesse Regulamento sejam restabelecidas as honras aos funcionários civis”.

Se a lei posterior revoga a anterior, o Regulamento de 1910 revogou toda a legislação de 1893 a 1900, que citamos, e assim os funcionários civis da Escola Naval não gozam de honras militares enquanto uma nova lei não vier restabelecê-las. Seria impossível atribuir à lei uma aplicação intermitente, máxime quando essa lei é uma disposição regulamentar.

Não duvido aceitar como verdadeira a alegação do suplicante, quando invoca a Resolução Presidencial de fevereiro do corrente ano, tomada sobre consulta do Supremo Tribunal Militar, mas vejo, com grande certeza, que aí se trata não da Secretaria da Escola Naval, mas da Secretaria de Estado do Ministério da Marinha, submetida a um regulamento especial, diverso do desse instituto de ensino, que talvez não tenha em sua organização os tropeços, incongruências e dificuldades dos que têm sido ditados àquela.

Quanto ao Aviso n. 1.609, de 8 de maio deste ano, escapa à minha competência conhecê-lo, não é objeto da consulta e não tenho por isso de examiná-lo diante do Regulamento das Escolas de Aprendizes Marinheiros.

Este é o meu parecer.

Apresento a V. Exa. os protestos da mais alta consideração.

Dr. M. A. de S. Sá Vianna

Comentário

O parecer de 4 de outubro de 1912, de autoria de Sá Vianna, enfrentou tema clássico na relação entre o serviço militar e a administração civil: o alcance e a duração das “honras militares” quando atribuídas a servidores civis lotados em repartições militares.

O interessado, 2º oficial da Secretaria da Escola Naval, pleiteou o reconhecimento, por analogia, de honras de posto. O Consultor recusou a tese desde a moldura: honras a civis só cabiam (i) como retribuição por serviços de guerra, de natureza vitalícia, ou (ii) por estrita necessidade disciplinar em órgãos militares, de caráter apenas funcional e temporário.

A partir dessa distinção, sustentou que a solução por analogia era impraticável: honras não se estendiam fora das hipóteses, cargos e textos que as previam expressamente.

O raciocínio foi construído em camadas normativas sucessivas, o que deu ao parecer um valor consolidativo da matéria. Primeiro, recordou-se o Decreto nº 2.532/1897, que admitia confirmar por carta patente honras inerentes a empregos civis “quando vitalícios, em virtude dos respectivos regulamentos”, deixando nítido que, fora dessa chancela e dessa vitaliciedade expressa, a honraria era meramente adjetiva ao exercício do cargo.

Em seguida, invocaram-se os diplomas específicos da Escola Naval: o ato de 27.4.1893 (publicado no Diário Oficial de 6.5.1893), que atribuiu honras aos cargos da Secretaria; o art. 239 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.652/1900, que reiterou esse arranjo e até ampliou honras ao Subsecretário.

O ponto de inflexão, no entanto, estava contido no Decreto nº 6.345/1907, cujo art. 385 resguardou direitos adquiridos, limitando-os, contudo, ao tempo em que servissem (“enquanto servissem”), ao passo que o art. 350 passou a determinar que as vagas de Subsecretário, 1º e 2º oficiais e amanuenses fossem providas por oficiais reformados da Armada e classes anexas.

Em termos práticos: (a) preservaram-se as honras para quem já as detinha, e só enquanto na função; (b) retirou-se, para o futuro, a razão de ser da concessão de honras a civis, porque os postos deixaram de ser civis.

O Consultor manifestou intenção de encerrar, para o futuro, o regime de honras a civis na Secretaria da Escola Naval. A leitura foi reforçada pelo cotejo com as reformas seguintes. O Regulamento de 1910 (Dec. nº 7.886) manteve a opção de 1907 (art. 310), e o de 1911 (Dec. nº 8.650), embora tenha voltado a permitir que o cargo de 2º oficial fosse provido “por pessoa idônea, a juízo do Ministro da Marinha” (art. 300), não restabeleceu o regime de honras aos civis.

Se a lei posterior revoga a anterior, concluiu o parecer, a sequência de 1907–1911 superou o ciclo iniciado em 1893–1900: já não havia base vigente que autorizasse, por simples analogia, honras militares a servidores civis da Secretaria da Escola Naval. Imaginou-se uma situação transitória com garantia de irredutibilidade a quem já possuía a vantagem (direito adquirido enquanto no exercício), porém sem efeito expansivo para novas investiduras.

Duas escolhas metodológicas deram densidade ao parecer. A primeira foi a recusa de generalizações: não se transpuseram, sem mais, soluções válidas para a Secretaria de Estado do Ministério (que tinha regime próprio e foi objeto de resolução presidencial em fevereiro daquele ano) para a Secretaria da Escola Naval, cujo estatuto era outro; tampouco se importaram conclusões de aviso relativo às Escolas de Aprendizes Marinheiros (Aviso nº 1.609, de 8 de maio de 1912) para um cenário normativo distinto.

A segunda consistiu no uso criterioso de cláusulas de transição (“direitos adquiridos”) como técnica de reforma administrativa: não se suprimiram vantagens de modo abrupto para atuais ocupantes, mas também não se perpetuaram arranjos que o novo desenho funcional tornara desnecessários (ao converter cargos em lugares tipicamente militares, extinguiu-se a necessidade de “honras disciplinares” a civis).

Do ponto de vista dogmático, o texto afirmou três ideias centrais no direito administrativo: (i) legalidade estrita em matéria de privilégios honoríficos; honras não se criavam por interpretação extensiva nem se sustentavam por analogia,

especialmente quando o legislador-regulamentador operara, conscientemente, um fechamento do regime; (ii) temporalidade das vantagens ligadas à função, honras funcionais acompanhavam o exercício, não sobreviviam a ele salvo quando a própria lei as vitalizava para casos excepcionais (serviços de guerra); (iii) hierarquia e cronologia normativa, regulamentos posteriores que redesenharam cargos e provimento poderiam, legitimamente, esvaziar a motivação para honrarias pretéritas, deixando-as apenas como situações protegidas para quem já as ostentava.

Fixou-se, assim, um modelo conceitual: a profissionalização e a militarização de funções estratégicas em estabelecimentos de ensino militar na década de 1900, após as convulsões dos anos 1890, reduziram o espaço de hibridismos entre estatutos civil e militar e reforçaram a lógica disciplinar por meio do provimento por oficiais reformados, não por símbolos honoríficos a civis.

O parecer fixou um ponto de equilíbrio entre tradição e reforma: respeitou direitos em curso, mas fechou a porta à expansão de honras sem apoio legal expresso, especialmente quando a própria organização fora redesenhada para dispensá-las.

É uma lição metodológica (ler o conjunto e a cronologia das normas), é padrão de teoria das vantagens funcionais (temporárias, se subordinadas à função; vitalícias, só quando a lei o dissesse) e também se revela como documento de prudência institucional (não se forçar a vinculação de regimes jurídicos vizinhos).

PARECERES

Gabinete do Consultor Geral da República – Rio de Janeiro, 22 de dezembro de 1912. – Nº 13

Senhor Ministro de Estado da Viação e Obras Públicas. – A questão submetida ao meu honrado antecessor pelo Aviso nº 167, de 4 de outubro de 1911 importa em verificar se D. Anunciação Coelho Alegre, que se diz viúva de Carlos Alegre, apresentou provas bastantes para legitimá-la perante a administração pública como pessoa competente para tratar de interesses da herança daquele finado, transigir sobre eles a receber a importância de tal transação.

Do respectivo processo, que acompanha aquele Aviso, se apura que em 30 de março de 1899 o Governo Federal contratou com Carlos Alegre a conclusão de um trecho do prolongamento da Estrada de Ferro de Porto Alegre a Uruguaiana, entre Carvoracy e Alegrete, obra que deveria ficar terminada no prazo de um ano, fazendo-se lhe, pelo mesmo ato, concessão por 10 anos de uso e gozo da mesma estrada entre Uruguaiana e Alegrete.

O contratante e concessionário fez uma caução de 10 contos, entrou com as quotas de fiscalização, na importância de 2:910\$, e pôs mão à obra, já tendo concluído em tráfego 9.390 metros quando faleceu no dia 26 de novembro de 1899.

Não contendo o contrato cláusula alguma sobre o caso de falecimento do contratante, foi ele considerado virtualmente rescindido. Suspensos os serviços de construção e tráfego, foi este, entre Uruguaiana e Inhanduhy, provisoriamente contratado com a Brazil Great Southern Railway Company.

Entretanto, a viúva de Carlos Alegre, ressaltando os seus direitos de meeira e herdeira de seu finado marido, requereu que fossem acautelados os interesses respectivos. A esse requerimento deu o então Ministro da Viação o despacho de 30 de janeiro de 1900, que reconhecendo que do contrato apenas decorriam direitos e obrigações pessoais, considerou extintos em relação ao contratante pelo fato de sua morte.

Em virtude dessa decisão, não tendo sido mantido o contrato com a viúva conforme esta requereu, foi aberta concorrência para conclusão das obras e tráfego da estrada, o que tudo tinha sido objeto do contrato de Carlos Alegre, serviços esses que afinal passaram a mãos de terceiros.

Não me cabe aqui apreciar se essa solução foi jurídica. Estamos simplesmente em face do fato e é dele que decorre a situação atual a respeito de que me compete emitir opinião.

Considerando rescindido o contrato de Carlos Alegre, pensou então sua viúva em se fazer indenizar das despesas feitas por seu marido com a construção contratada. Os termos dessa reclamação foram devidamente estudados, sendo afinal apurado, como correspondente às obras executadas pelo finado Carlos Alegre, a quantia de 165:179\$211, conforme as medições finais feitas logo após o falecimento do contratante, por ordem do respectivo Engenheiro Fiscal.

Fixado este ponto, foi pelos competentes funcionários desse Ministério sugerido o alvitre de ser a questão liquidada pelo pagamento dessa quantia, uma vez obtida a prova de quem seria a pessoa competente para representar os interessados nessa liquidação e feita renúncia de qualquer outra reclamação a respeito deste caso.

Na conformidade desse alvitre proferiu o Ministro de então o despacho de 21 de outubro de 1910, mandando convidar os herdeiros de Carlos Alegre a comparecerem à Diretoria de Obras, por si ou por meio de seus representantes legais, a fim de dizerem sobre o alvitre proposto. Apresentou então D. Anunciação Coelho alegre, na qualidade de viúva e inventariante de Carlos Alegre, os requerimentos de 24 de outubro de 1910 e de 9 de junho de 1911, nos quais, dizendo-se pronta a assinar o acordo sugerido, pedia que lhe fosse entregue a quantia apurada, na qualidade de inventariante, meeira e única herdeira, obrigando-se ainda a prestar contas no respectivo inventário.

Esses requerimentos da viúva de Carlos Alegre foram instruídos, o primeiro com:

1º) alvará do Juízo da 1ª Vara de Órfãos e Ausentes desta Capital autorizando-a entrar em acordo com o Governo e nomeando corretor para receber a respectiva importância e,

2º) certidão do termo de inventariante;

E o segundo com:

3º) certidão, passada pelo Escrivão do inventário, nesta cidade, e pelo qual se vê que foram publicados editais com o prazo de 90 dias, chamando os herdeiros de Carlos Alegre, não tendo comparecido pessoa alguma pretendendo essa qualidade, e,

4º) procuração, passada em tabelião pela dita senhora, conferindo plenos poderes a Manfredo Coelho.

Assim expostos os fatos e tendo estudado atentamente os papéis que acompanharam o referido Aviso, parece-me fora de dúvida que não se pode reconhecer na requerente qualidade para representar o espólio de Carlos Alegre.

O Juízo de órfãos e ausentes desta cidade é incompetente para nele se processar o inventário de Carlos Alegre, não só porque não existem herdeiros menores ou interditos, nem começou o inventário por arrecadação do curador de ausentes, casos únicos em que poderia o inventário correr por aquela vara; como porque não era domiciliado o inventariado nesta cidade, mas no Estado do Rio Grande do Sul, e o juízo do inventário é o domicílio do de cujus.

Entretanto quando assim não fosse, em geral, ainda insanavelmente nulos seriam os atos praticados pelo referido Juízo, por isso que, dos documentos que

acompanharam o ofício de 1 de junho de 1908, do Sr. Diretor da Repartição Federal de Fiscalização de Estradas de Ferro, se evidencia que:

1º) Carlos Alegre faleceu com testamento que foi aberto na cidade de Uruguaiana;

2º) nesse testamento declara que estava separado da mulher desde 1879, nomeia testamenteiro, faz legado e reconhece dívida;

3º) na mesma cidade se iniciou o inventário, sendo testamenteiro e inventariante Luiz Bettinelli;

4º, procedeu-se a partilha dos bens do finado na qual foi considerada herdeira a mãe de Carlos Alegre, sendo certo, entretanto, que no testamento ele declarou que seus pais eram mortos.

Acresce que o Governo não poderia desconhecer a qualidade de Luiz Bettinelli para representar o espólio de Carlos Alegre, pois foi ao procurador dele nessa qualidade que, deferindo-se um requerimento por ele feito, foi entregue, em 27 de dezembro de 1900, a caução de 10 contos que o finado Carlos Alegre havia feito (Aviso do Ministro da Fazenda nº 86, de 28 de setembro de 1900, transcrito neste processo a fl. 12 v. e 13 e informação de fl. 12 v.).

Em vista do exposto é evidente que nula é a nomeação de inventariante de D. Anunciação Coelho Alegre, como nulo é o alvará exibido.

Carlos Alegre morreu com testamento e seu inventário corre na cidade de Uruguaiana, Juízo da Provedoria e Casamentos, Cartório do escrivão Antonio Ferreira do Couto.

Só com autorização desse Juízo, onde legalmente se devem apurar quais são os herdeiros e interessados no espólio, se poderá regularmente liquidar as responsabilidades do Estado para com Carlos Alegre.

Tal é, Senhor Ministro, o meu parecer que submeto ao vosso esclarecido critério.

Devolvendo-vos os papéis que acompanharam o vosso mencionado Aviso, tenho a honra de vos reiterar os meus sentimentos de elevada estima e distinta consideração.

Rodrigo Octávio.

Comentário

O parecer de 22 de dezembro de 1912, de autoria de Rodrigo Octávio, tratou, com a precisão característica do autor, que é inclusive membro fundador da Academia Brasileira de Letras, do ponto nevrálgico da representação legítima de espólio diante da Administração, em contexto de contratos ferroviários típicos da Primeira República.

Partiu-se de um dado fático consumado: após a morte de Carlos Alegre, concessionário de trecho entre Uruguaiana e Alegrete, o Ministério considerou o ajuste virtualmente rescindido por se tratar de relação pessoal e, concluídas medições, apurou valor certo pelas obras efetivamente executadas. O Consultor absteve-se de reabrir a juridicidade da rescisão e concentrou a análise no “quem recebe”, isto é, em saber quem detinha, com prova suficiente, capacidade para transigir e dar quitação em nome da herança.

A resposta negou à requerente, que se dizia viúva, meeira, inventariante e única herdeira, qualquer legitimação hábil, por vício de origem: o inventário correu, por documentos idôneos, no foro competente de Uruguaiana, onde o de cujus tinha domicílio e onde o testamento fora aberto, com testamenteiro nomeado e partilha já iniciada; ao passo que os atos praticados na 1ª Vara de Órfãos e Ausentes da Capital, termo de inventariança, alvará e procuração, padeciam de incompetência absoluta, por ausência de menores ou ausentes e pela indevida eleição de foro.

Em termos dogmáticos, o parecer fixou três orientações. Primeira, competência é matéria de ordem pública: o juízo do inventário era o do domicílio do falecido, e a marcha processual aberta em Uruguaiana irradiava efeitos que a Administração não podia ignorar sem afrontar o devido processo sucessório.

Segundo, títulos habilitantes viciados por incompetência não geravam aparência legítima perante o Erário: alvará inválido não supria a prova do poder de disposição sobre crédito público, mormente quando já havia testamento, testamenteiro e partilha em curso.

Terceiro, a Administração só podia solver obrigação em favor de quem demonstrasse, no juízo natural da sucessão, a titularidade ou a representação do direito; em caso de dúvida, devia recusar o pagamento e exigir autorização expressa do juízo competente.

O parece reiterou traço de continuidade metodológica na Consultoria: o respeito à cronologia documental e à “memória administrativa” (o próprio Ministério já havia, em 1900, restituído a caução ao procurador do testamenteiro, reconhecendo de fato a representação do espólio). A partir desse fio, o Consultor neutralizou tentativas de “forum shopping” sucessório (em linguagem contemporânea) e

preveniu o risco de pagamentos indevidos, responsabilidade por duplicidade de quitação e litígios regressivos.

No pano de fundo histórico, o caso ilustrou a tensão entre a prática contratual das ferrovias — concessões pessoais, cauções, tráfego provisório a terceiros como a Brazil Great Southern Railway — e as exigências formais do direito das sucessões: a morte do concessionário desfez a base pessoal do ajuste, mas não apagou a obrigação de indenizar o executado; apenas deslocou a discussão para o terreno da legitimidade processual.

O parecer articulou legalidade, segurança patrimonial e prudência institucional: não discutiu novamente a rescisão, não entrou na partilha de méritos entre eventuais herdeiros, e devolveu o conflito ao foro próprio, condicionando qualquer transação administrativa à chancela do juízo sucessório de Uruguiana.

Ao reforçar a exigência de “quitação eficaz”, o texto consolidou um protocolo de cautelas que se projetou para além do caso concreto: sem formal de partilha, sem termo de inventariança expedido pelo juízo competente, sem alvará específico que autorizasse a transação e a recepção do numerário, não haveria pagamento válido pela Administração.

Essa linha de contenção protegia o erário contra a duplicidade de credores aparentes e preservava, simultaneamente, a ordem privada da sucessão, impedindo que atos administrativos colidissem com deliberações do testamenteiro ou com direitos de herdeiros não chamados. Viu-se, portanto, que o Consultor operou na fronteira entre indisponibilidade do interesse público e respeito às formas do direito civil: a Administração até devia, mas só a quem pudesse receber — segundo o juízo natural da herança.

Por fim, o parecer ofereceu uma lição de método aplicável a outras concessões personalíssimas da época: quando a prestação pública já se mostrava mensurada (medições finais) e a base subjetiva do contrato se extinguia com a morte, a Administração devia estabilizar o quantum e transferir a controvérsia subjetiva ao foro sucessório, evitando transformar o procedimento administrativo em arena de disputa familiar.

Essa separação de planos, em termos de liquidação técnica no Ministério e de definição de titularidade no juízo do inventário, reduziu fricções federativas, padronizou práticas e deu previsibilidade a um setor em expansão. O parecer compreendeu a natureza de contencioso administrativo que se sabia limitado: não invadiu a jurisdição, não improvisou soluções de conveniência e conferiu segurança jurídica à relação entre o Estado contratante e a sucessão do contratado.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República – Rio de Janeiro, 5 de maio de 1913 – N. 25

Exmo. Sr. Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda – Satisfazendo a requisição de V.Exa., constante do Aviso n. 161, sobre o caso de desapropriação decretadas pelo Governo do Estado do Espírito Santo, tenho a honra de apresentar o seguinte parecer.

Dos pontos foram agitados nas informações prestadas a V.Exa. pela Secretaria de Estado:

1º Saber se os Estados podem legislar sobre desapropriações.

2º Saber se os bens pertencentes à União podem ser desapropriados pelos Estados.

Quanto ao 1º:

Ex-vi do art. 34, n. 23, da Constituição da República, compete ao Congresso Federal legislar sobre Direito Civil, Comercial e Criminal da República e Processual da Justiça Federal. A matéria de desapropriação é essencialmente de Direito Civil, e assim os Estados não podem legislar a respeito. Mas, considerando que tal matéria tem, além de uma parte de Direito substantivo, outra parte que é de Direito adjetivo, e como ex-vi do art. 65, n. 2, da Constituição, compete aos Estados todo e qualquer poder ou direito que lhes não for negado por clausula expressa ou implicitamente contida nas clausulas expressas da mesma Constituição, segue-se que a parte adjetiva da lei de desapropriação é da alçada dos Estados, visto como escapa à da União. Nestas ideias está Carlos de Carvalho, Nova Consolid. das Leis Cíveis, art. 841, § 2º, quando diz que “aos Estados só compete legislar sobre os casos e regular o processo de desapropriação por utilidade pública estadual ou municipal”. Esses casos, porém, não podem exceder as forças do texto constitucional, art. 72, § 17, e devem ser determinados sempre por necessidade ou por utilidade pública.

O mesmo ocorria no antigo regime, sob a Constituição do Império. Esta, no art. 179, § 22, “garantiu o direito de propriedade em toda a sua plenitude”; declarou que, “se o bem público, legalmente verificado, exigisse o uso e emprego da propriedade do cidadão, seria ele previamente indenizado do valor dela”, e estabeleceu que “a lei marcaria os casos em que teria lugar esta única exceção e daria as regras para determinar a indenização”. Essa lei foi a de 9 de setembro de 1826, que, nos arts. 1º, 2º, e 8º, fixou taxativamente os casos de desapropriação, sempre dentro do dispositivo constitucional.

Ainda em relação à competência para legislar sobre o assunto, o pensamento do legislador da República não variou do legislador do Império. É assim que, pelo

art. 10, n. III, do Ato Adicional, “competia às Assembleias nas Províncias legislar sobre os casos e a forma por que podia ter lugar a desapropriação por utilidade municipal ou provincial”.

Quanto à 2ª:

A generalidade do preceito constitucional parece não excluir a possibilidade de o Estado desapropriar bens da União. Ele firma a regra garantidora do direito de propriedade e dá em seguida a única exceção a essa garantia que se justifica por si mesma. Compreende-se que a necessidade ou a utilidade da comunhão reclamando bens do domínio privado, sejam eles adquiridos mediante prévia indenização, embora o proprietário careça dos mesmos, pois ao seu interesse, por maior que seja, se antepõe o da sociedade.

A situação da União, entretanto, não é a mesma do indivíduo, bastando lembrar que só ela é a competente para determinar, nos termos do art. 64, da Constituição, qual a porção de território que é indispensável para “a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais”, sem falar em qualquer outra obra que o serviço reclame e para a qual se faça mister utilizar terrenos que por qualquer título possua nos Estados. Enquanto a União não fixasse a extensão da zona de que necessitava, impossível seria praticar a desapropriação, e como esta podia recair em imóveis indispensáveis à União, não se compreende que o Estado proceda como procedeu o do Espírito Santo.

Para evitar todas as questões que podem surgir em casos tais, entre o poder público federal e o poder público estadual, o verdadeiro modo de proceder seria o do Governo Estadual diretamente obter do Governo da União os bens que necessita, adquirindo-os na forma que a lei prescreve. Não é permitido admitir que a União deixasse de atender ao que o Estado reclama como medida de ordem administrativa.

Penso que o Governo da União deverá colocar-se sob este ponto de vista, convidando o do Estado do Espírito Santo a que com ela se entenda em relação aos bens de que necessita e preço respectivo.

V.Exa. em sua alta sabedoria resolverá, parecendo que, no estado atual da nossa legislação, a solução do caso que faz objeto da consulta não pode ser outra.

Apresento a V.Exa. os protestos da mais alta estima e consideração.

Dr. M. A. De. S. Sá Vianna.

Comentário

O parecer de 5 de maio de 1913, de Sá Vianna, enfrentou, com precisão, duas faces de um mesmo problema: (i) até onde iam, no regime de 1891, as competências normativas estaduais em matéria de desapropriação; e (ii) se bens da União podiam ser alcançados por decretos expropriatórios estaduais.

O Consultor partiu do desenho constitucional: a desapropriação tinha natureza essencialmente civil (art. 34, n. 23), cabendo à União o direito material — a

“regra-matriz” da perda compulsória de propriedade por necessidade ou utilidade pública com prévia indenização —, enquanto aos Estados sobrava o espaço adjetivo (processual-administrativo) para organizar o procedimento de desapropriações de interesse estadual ou municipal (art. 65, n. 2), desde que fiel ao limite material do art. 72, § 17.

A linha de raciocínio não foi improvisada: o parecer recuperou a continuidade histórica com o Império (Constituição de 1824, art. 179, § 22; lei de 9.9.1826) e com o Ato Adicional, lembrando que as Assembleias provinciais já legislavam, então, “sobre os casos e a forma” da desapropriação local, sem tocar o núcleo garantidor do direito de propriedade.

O parecer separou nitidamente o que era conteúdo e o que era rito. Ao Estado era lícito definir casos de utilidade pública de âmbito local, abrir processos, disciplinar notificações, perícias e pagamento; tudo, porém, ancorado no padrão federal de garantia e indenização. Ao mesmo tempo, afastou a tentação de “materializar” localmente a desapropriação, advertindo que qualquer inovação estadual no conteúdo do instituto — causas, extensão, condicionantes do dever de indenizar — colidiria com a competência privativa da União em direito civil. A referência a Carlos de Carvalho (Nova Consolidação, art. 841, § 2º) serviu como lastro doutrinário para essa partilha.

Resolvida a primeira pergunta, a segunda exigiu um passo além: poderia o Estado desapropriar bens da União? O parecer respondeu negativamente, por razões de supremacia funcional e de integridade do serviço público federal. A Constituição de 1891 reservara à União a definição da porção territorial indispensável à defesa, fortificações, construções militares e ferrovias federais (art. 64), e essa reserva impunha um filtro: enquanto a União não declarasse desnecessário o bem, não haveria desapropriação estadual possível.

A conclusão não foi abstrata ou inaplicável: o Consultor insistiu que a colisão não se resolvia por força, mas por coordenação, o “verdadeiro modo de proceder” seria o pedido direto ao Governo Federal, com aquisição na forma da lei e por preço ajustado. Havia, portanto, preferência do domínio federal perante iniciativas

expropriatórias estaduais, blindagem que decorria menos de um “privilégio” e mais da ordem de repartição de competências e da continuidade dos serviços federais.

O texto também conteve um ponto metodológico relevante para o contencioso intergovernamental nascente: antes de discutir preço, discutia-se titularidade e disponibilidade do bem. Se o imóvel servia (ou podia servir) a fins federais, a Administração estadual não podia convertê-lo unilateralmente, por decreto de utilidade pública, em suporte de interesse local. A advertência era oportuna num ciclo de obras e modernização (portos, vias férreas, instalações militares) em que áreas federais, estaduais e municipais frequentemente se tangenciavam. Evitar “desapropriações cruzadas” era preservar a coordenação federativa, reduzir litígios e resguardar a continuidade de serviços.

O parecer reiterou um traço da primeira década republicana: a construção de um direito administrativo federativo por camadas, no qual a União traçava o núcleo conceitual (garantias, condições, efeitos da desapropriação) e os Estados operavam a maquinaria procedimental para fins locais. O veto à desapropriação de bens federais por Estados não negava a utilidade pública estadual; apenas a canalizava para o instrumento correto: a negociação interadministrativa, seguida de aquisição na forma legal. Era, ao mesmo tempo, doutrina de legalidade e de prudência.

Do ponto de vista dogmático, ficaram três lições. Primeiro, a desapropriação era instituto de direito civil com arcabouço constitucional: Estados podiam tratar do procedimento e dos seus casos locais, nunca do regime de garantias.

Segundo, bens afetáveis a finalidades federais gozavam de indisponibilidade relativa perante o Estado-expropriante, até que a União, única competente, definisse a desnecessidade. Terceiro, conflitos entre níveis de governo deviam ser resolvidos por cooperação institucional (requisição, aquisição, ajustes) e não por unilateralismo expropriatório.

Por fim, o parecer dialogou com a racionalidade que se afirmava na Consultoria: a leitura sistemática e cronológica das normas como antídoto a soluções de conveniência. Assim como, no parecer de 4 de outubro de 1912, se havia recusado ampliar “honras militares” por analogia fora do desenho regulamentar vigente, aqui se recusou ampliar, por via estadual, o alcance material da

desapropriação, ou permitir que ela incidisse sobre bens federais fora do desenho constitucional.

Em ambos os textos, a tônica foi a mesma: legalidade estrita no conteúdo, abertura responsável no procedimento, e coordenação entre regimes (militar/civil lá; federal/estadual aqui) para preservar disciplina, segurança jurídica e continuidade administrativa.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República – Rio de Janeiro, 20 de junho de 1913 – N. 31.

Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores – Tenho a honra de submeter à consideração de V.Exa. o parecer requisitado por Aviso n. 383, de 3 de março do corrente ano, sobre as leis brasileiras que regem o caso de citação das pessoas que se acham a serviço de embaixadores, ministros e demais agentes diplomáticos.

Como V.Exa. sabe, desde alguns anos, se distinguem duas correntes de opiniões: uma mantendo as imunidades de que gozavam sempre os agentes diplomáticos, e outra procurando restringi-las, limitando-as aos casos em que elas são rigorosamente necessárias, visto como tem cessado, em grande parte, as razões que as justificavam.

Das imunidades diplomáticas resulta uma restrição do exercício da soberania interna, pela exclusão, da ação das leis e dos tribunais, de determinadas pessoas e, visto como isto só se explica por graves razões, não tem parecido aos tratadistas que deva perdurar uma exceção que perdeu sua razão de ser.

Efetivamente, as imunidades de que gozavam os agentes diplomáticos cobriam, não só o pessoal oficial, como o séquito desses altos funcionários, porque eles tinham sobre a sua comitiva o exercício de uma jurisdição graciosa, disciplinar e penal. Mas, isso que foi justificado até certo ponto por escritores notáveis do século XVII, como Bynkershock (De foro compet, legat., cap. XV e XXI), não pode deixar de ser considerado uma monstruosidade, à luz do direito público moderno, sem o menor apoio nas próprias práticas internacionais. Hoje isso desapareceu completamente, e, se é certo que um agente diplomático necessita, para exercer suas funções, a dignidade, a liberdade e a segurança que elas exigem, tornando-as independentes do poder público do Estado em que residem, não se compreende, como diz Laurent, que essa independência encontre embaraço no fato de um serviçal do agente diplomático, que delinque, ser entregue aos tribunais do país cujas leis foram violadas, ou, como diz Bonfils, que, por maiores que sejam as aptidões de um cozinheiro e a perícia de um cocheiro, sua prisão possa diminuir a liberdade de um embaixador.

Alguns escritores da primeira metade do século passado, como Klüber (Droit des gens mod. De l' Europe, § 201) e Heffter (Ler Droit Internat. De l' Europe, § 216), ainda reconhecem ao pessoal em serviço do agente diplomático o direito de extraterritorialidade, consequentemente a odiosa exceção de retirá-lo a jurisdição dos tribunais do país em que reside.

A aplicação do princípio da extraterritorialidade a tais pessoas já não merece apoio e sanção, quer nas práticas internacionais, que já o oferecem exemplos em contrário, quer na opinião dos escritores. Embora o Instituto de Direito Internacional, em sua sessão de Cambridge, tenha votado em 1895 que aquele princípio se estende a todas as pessoas pertencentes ao séquito não oficial, salvo se pertencem ao país em que reside o agente, a reação se opera sob a autoridade de Merignac (*Traité de Droit Public Internat.*, II, pag. 263) e Olivart (*Tratado de Derecho Publico*, II, § 76), limitando-o consideravelmente, ou repelindo-o em absoluto, na opinião de Clovis Bevilacqua (*Direito Público Internacional*, I, § 105); Guesalaga (*Derecho Dipl. E Consul.*, cap. VI); Rodrigues Sarachaga (*El Derecho Internac. Publico*, cap. XXVII, pag. 269); Nys (*Le Droit Internat.*, les princ. Les théories, les faits, II, 10^a sect., cap. V, pag. 442); Bonfils (*Manuel de Droit Internat. Publ.*, n. 712-2); Fiore (*Le Droit Internat. Cod.*, n. 470), e Gestoso (*Curso Elem. De Derecho Internac. Publ.*, Lecc. 24, pag. 247), que só o consideram admissível como ato de mera cortesia.

Na legislação pátria se refletiu naturalmente esse movimento na opinião dos tratadistas. Assim o assento mais antigo da matéria é a Ordenação do Reino, Livro III, tit. IV, que, no § 1^o, exclui da jurisdição local e considera sob a imunidade do embaixador todos os que em sua companhia vierem para servir, não sendo naturais de Portugal.

Paula Baptista (*Comp. De Theor e Pratica do Proc. Civil comparado com o Comercial*, § 96); Ramalho (*Prática Civil e Comercial*, § 12); Pereira e Souza (*Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, I, § LXXXIX); Teixeira de Freitas (*Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, § XCVIII); Ribas (*Consol. das Leis do Proc. Civ.*, art. 230, § 7^o); Paula Pessoa (*Cod. do Proc. Crim. do Brasil*, nota 760), e Moraes Carvalho (*Praxe Forense*, § 199), todos fundados naquela Ordenação, excluem apenas o ministro público, mas nenhum se refere as pessoas do serviço do agente diplomático, o que bem exprime que o velho texto do direito português caiu em desuso.

Isso se confirma, se atendermos que a Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal, aprovada pelo Decreto n. 3.081, de 5 de novembro de 1898, no art. 53, estatue que “não podem ser citados os ministros diplomáticos durante o tempo de sua missão, guardando-se o que se achar estabelecido a esse respeito nos tratados”, e é para notar que o fundamento desse dispositivo, como se vê em nota, é ainda a mesma Ordenação.

Convém lembrar que no projeto de Código do Processo Civil e Comercial para o Distrito Federal, mandado elaborar pelo ilustre Sr. Dr. Esmeraldino Bandeira, quando Ministro da Justiça, aprovado pelo Governo por Decreto n. 8.332, de 3 de novembro de 1910, e pendente, em parte, de aprovação do Congresso Nacional, a matéria foi cuidadosamente tratada, ficando estabelecida, no art. 38, §§ 5^o e 6^o, a verdadeira doutrina – “que não podiam ser citados os ministros e agentes diplomáticos estrangeiros, durante o tempo da sua missão, observando-se o que estivesse estabelecido nos tratados, e guardada a reciprocidade”. Como se vê, as pessoas do séquito não oficial deixaram de ser consideradas à sombra da imunidade diplomática, o que em boa razão nada justifica, além de uma tradição que cada vez mais vai desaparecendo, bastando citar o que vemos em uma obra especial para o

caso que se estuda – Le Guide Diplomatique, de Charles de Martens, que no § 32, firma de modo bem claro que a imunidade, por sua natureza, protege todos aqueles que fazem parte da legação, como os secretários e os adidos, mas que o mesmo não sucede com as pessoas do palácio do ministro, como os empregados e domésticos.

Por esta breve exposição, V.Exa. verá que o art. 59 da parte III do citado Decreto n. 3.084, de 5 de novembro de 1898, é o texto de lei em vigor, repetindo da Ordenação o que ela tem de justo, razoável e compatível com a compreensão moderna do direito, e silenciando o que caiu em desuso e não resistiu à crítica dos jurisconsultos.

Em tais condições, o que rege o caso das citações das pessoas que se acham a serviço das embaixadas, dos ministros de outras categorias e mais agentes diplomáticos é o direito comum, aplicado indistintamente a nacionais e estrangeiros, sem limites, exceções e privilégios de qualquer espécie, salvo disposição especial consignada em tratado.

Este é o meu parecer, cujas lacunas V.Exa. suprirá em sua alta sabedoria.

Apresento a V.Exa. os protestos da mais alta estima e consideração.

Dr. M. A. de S. Sá Vianna.

Comentário

O parecer de 20 de junho de 1913, de autoria de Sá Vianna, tratou de um tema sensível no cruzamento entre direito internacional público e processo interno: a extensão das imunidades diplomáticas às pessoas “ao serviço” de embaixadores, ministros e demais agentes.

O Consultor partiu do dado histórico-dogmático então em disputa — duas correntes: a tradicional, que alargava as imunidades ao séquito, e a restritiva, que as limitava ao indispensável para o desempenho das funções — e enquadrou a resposta brasileira no movimento contemporâneo de contenção dessa extraterritorialidade ficcional.

A arquitetura argumentativa ancorou-se em três planos. No plano internacional, o parecer rememorou a evolução doutrinária: da defesa clássica (Bynkershoek) de uma jurisdição “graciosa” do chefe de missão sobre todo o seu séquito, até a reação moderna que desautorizou a transposição automática dessa prerrogativa a empregados e domésticos. A literatura citada (Laurent, Bonfils, Fiore, Nys, entre outros) já vinha negando que a prisão de um cocheiro ou a citação de um cozinheiro pudessem, por si, comprometer a liberdade funcional do embaixador; o

máximo que se admitia foi uma cortesia internacional, e não um privilégio oponível aos tribunais do Estado acreditado.

No plano histórico interno, o parecer situou a velha fonte lusa (Ordenações, Livro III, tit. IV), que excluía da jurisdição local “os que em sua companhia vierem para servir”, desde que não fossem naturais do Reino. Essa cláusula, registrou o Consultor, caíra em desuso na prática brasileira oitocentista: a manualística processual do Império, embora fundada nas Ordenações, já não replicava a imunidade a serviçais. Em chave republicana, a Consolidação da Justiça Federal de 1898 (Dec. 3.081) preservara, com parcimônia, a inatingibilidade do “ministro diplomático” durante a missão, nada dispondo sobre o séquito. E o esforço codificador no Distrito Federal (Dec. 8.332/1910, projeto Esmeraldino Bandeira) caminhará no mesmo sentido: imunidade pessoal do agente diplomático, com observância de tratados e reciprocidade; silêncio quanto a empregados e dependentes.

No plano normativo então vigente, o Consultor fez leitura sistemática do bloco de 1898 (inclusive o art. 59, parte III, do Dec. 3.084): o direito brasileiro reconhecia a imunidade do agente (e de sua equipe oficial — secretários e adidos, nos termos do costume) e submetia os demais à regra comum de citação, salvo estipulação específica em tratado.

Daí decorreu a conclusão prática: as pessoas “ao serviço” de embaixadas e legações — quando não integrassem o quadro oficial da missão — sujeitavam-se às leis e aos tribunais do país, inclusive à citação, sem exceções nem privilégios processuais. Onde houvesse tratado, valeria o pacto; onde não, valeria a lei comum.

Essa opção interpretativa, além de alinhar o Brasil com a tendência restritiva, resolveu um problema de segurança jurídica interna: evitou que fórmulas vagas (“séquito”, “pessoas do palácio”) se transformassem em salvo-condutos processuais indiscriminados. Em termos de soberania, o parecer preservou o núcleo de deferência funcional devido ao representante estrangeiro, contido nos conceitos de dignidade, liberdade e segurança do cargo, sem converter a residência diplomática em obstáculo normativo. Em termos de técnica, privilegiou fontes contemporâneas e

práticas efetivas, e não o peso morto de textos pretéritos que já não refletiam a ratio do instituto.

Do ponto de vista dogmático, três lições ficaram bem-marcadas. Primeiro, a imunidade manteve natureza instrumental e finalística: protegia a função, não irradiava, por simetria ou conveniência, sobre quem não fosse parte orgânica da missão.

Segundo, o direito comum retomou a centralidade como regra de competência e de citação, com derrogações apenas por tratado, o que reforçou o princípio *pacta sunt servanda* na dimensão consuetudinária do direito diplomático.

Terceiro, a história normativa brasileira mostrou continuidade: do esvaziamento paulatino da cláusula das Ordenações à positivação republicana mínima (1898 e 1910), o ordenamento foi fechando espaços de privilégio pessoal incompatíveis com a prática que então se consolidava.

O parecer também registrou uma pedagogia de limites: mesmo quando o Instituto de Direito Internacional (Cambridge, 1895) admitiu extensão ao séquito não oficial (ressalvados nacionais do Estado acreditado), a doutrina mais influente logo retraiu o alcance, por entender que a “extraterritorialidade” era metáfora útil para alguns efeitos e não licença para imunidades indiscriminadas. O Brasil, ao preferir a regra de citação comum, convergiu com essa leitura sóbria.

Por fim, a peça dialogou metodologicamente com o parecer imediatamente anterior (5 de maio de 1913, desapropriações): em ambos, a Consultoria conteve interpretações expansivas de exceções, vedando que Estados, por via própria, atingissem bens federais; aqui, vedando que a imunidade, concebida para o agente e sua equipe oficial, se dilatasse até empregados domésticos.

Em dois cenários distintos (federalismo interno e direito das gentes), a lição foi a mesma: exceções são de aplicação estrita; a regra é o direito comum, a legalidade e a coordenação institucional (por tratados, no presente caso).

Essa coerência de método, histórica, sistemática e restritiva quanto a privilégios, parece ter sido a marca da Consultoria na década de 1910.

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 Jutzzanka 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 Jutzzanka 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 externo, 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 (Lavissee 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 cativeiro 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 juízes respectivos para que se lhes aplicassem 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 – Rio de Janeiro, 26 de setembro de 1913 – N. 59.

Exmo. Senhor Ministro de Estado da Viação e Obras Públicas – Com o Aviso n. 11, de 16 do corrente, passou V. Ex. às minhas mãos os papéis relativos à Companhia Madeira-Mamoré afim de que eu desse parecer sobre o requerimento desse requerimento dessa Companhia de 8 de maio do corrente ano.

Nesse requerimento pede a Companhia seja mandado lavrar um termo retificando o que foi lavrado a 12 de novembro de 1910, no qual ocorreu um defeito de redação.

Se se tratasse simplesmente de uma mera correção de forma de um termo de contrato, o pedido da companhia poderia ser deferido independentemente de maiores indagações; mas nessa retificação a companhia visa o reconhecimento de seus direitos e a elucidação de várias dúvidas que se acumularam em torno dos atos a ela referentes.

Para poder esclarecer a administração superior afim de que possa ela resolver o caso com perfeito conhecimento de seu aspecto jurídico, faz-se mister expor os precedentes da questão.

No tratado de Petrópolis, celebrado com a Bolívia a 17 de novembro de 1903 e mandado executar pelo Decreto nº 5.161, de 10 de março de 1904, obrigou-se o Brasil, por força da cláusula 7ª, a “construir em território Brasileiro uma ferrovia desde o porto de Santo Antonio, no Rio Madeira, até Guarujá-Mirim, no Mamoré, com um ramal que, passando por Vila Murinho ou outro ponto próximo (Estado de Mato Grosso), chegue a Vila Bella (Bolívia) na confluência do Beni e do Mamoré”.

Para execução desse tratado foi promulgado o Decreto Legislativo nº 1.180, de 25 de fevereiro de 1904, que, no 2º item do art. 1º, autorizou o Presidente da República “a adotar o alvitre que julgar mais conveniente para a construção da estrada de ferro, em solução do compromisso assumido no art. 7º do mencionado tratado, podendo fazer as operações de crédito ou emissão de títulos, internos ou externos, que forem necessários”.

Aberta concorrência para a construção da estrada de ferro, que é a denominada Madeira-Mamoré, o Decreto número 6.103, de 7 de agosto de 1906, autorizou a celebração do respectivo contrato, nos termos das cláusulas que o acompanharam, e nas quais se consignou “que o Governo se reservava o direito de fazer alterações e supressões no traçado da linha principal e no do ramal, conforme as conveniências dos dois países” (Cláusula 1ª, parágrafo único).

Em 14 de novembro de 1906 foi celebrado com o engenheiro Joaquim Catramby o respectivo contrato que na cláusula 1º e seu parágrafo único reproduz o texto do art. 7º do Tratado e da reserva quanto às alterações do traçado da linha principal e do ramal, contrato que, por força do Decreto nº 6.838, de 30 de junho de 1908, foi transferido à Madeira-Mamoré Railway, companhia estrangeira devidamente autorizada a funcionar no Brasil.

Entrou em execução o contrato de construção da estrada e por Decreto nº 8.347, de 8 de novembro de 1910, o Governo não só, “mediante acordo com o Governo da Bolívia “modificou o traçado do ramal que, em vez de ir de Vila Murtinho a Vila Bela, como mencionava o tratado, deveria partir das vizinhanças da Cachoeira Pau Grande, à margem direita do Rio Madeira e se dirigir à Cachoeira Esperança, à margem esquerda do Beni (art. 1º), como também “autorizou o lastramento total da estrada e a construção de pontes provisórias, sendo o custo desses serviços adicionado às despesas de transporte e conservação da linha, autorizadas pelo Governo e não previstas no contrato de construção da estrada, pago pelo peço total de £ 2.750 por Quilômetro” (art. 2º), e determinou que no contrato a se lavrasse para sua execução se consolidassem diversas autorizações já dadas pelo Governo e outros serviços e obras executadas ou a executar mediante autorização prévia do Governo (art. 3º).

Para execução desse Decreto lavrou-se no livro respectivo de contratos de estradas de ferro um termo que foi subscrito pelo Ministro e pelo representante da companhia, com data de 12 de novembro de 1910. Nesse termo de contrato, porém, ao invés de se fazer a consolidação determinada ao art. 3º do Decreto, especificando-se cada um dos serviços a que o mesmo artigo se referia, o empregado incumbido da redação fez a transcrição literal, dos artigos do Decreto nº 8.347, para o que, como se vê da minuta original junta ao processo, simplesmente cortou e colou a parte respectiva do Decreto impresso.

Do modo por que tal redação foi feita ocorreu que foram reproduzidas no termo as expressões do art. 3º do Decreto: “no contrato que for lavrado”, evidentemente incabidas, porque esse termo não era outra coisa senão esse mesmo contrato a que o art. 3º do Decreto se referia.

Submetido esse contrato à aprovação do Tribunal de Contas, esse lhe recusou registro em sessão de 16 de junho de 1911 e em Ofício de 19 do mesmo mês levou o fato ao conhecimento do Ministério das Obras Públicas, informando que dois foram os fundamentos da recusa do registro, a saber:

“1º Os favores incluídos nas cláusulas II e III do dito termo são ilegais, visto não cogitar deles o art. 7º do Decreto nº 5.161, de 10 de março de 1904, que só se refere à construção da Estrada de Ferro Madeira-Mamoré, e que, fazendo parte de um tratado internacional concluído e aprovado por ambas as partes interessadas, não pode ser modificado senão por outro, nas mesmas condições.

“2º A concessão feita especificamente na parte final da cláusula III que diz: “e outros serviços necessários à construção de núcleos de futuras cidades” não pode ser

custeada pelos créditos abertos e títulos emitidos em virtude de nº 2, do Decreto nº 1.180, de 25 de fevereiro de 1904”.

Posteriormente, o acordo com a Bolívia, que motivará a modificação do traçado do ramal constante do art. 1º do Decreto nº 8.347, de 1910, se concretizou no protocolo de 14 de novembro do mesmo ano, que foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 2.579, de 7 de junho de 1912.

Esse ato legislativo, porém, não se limitou a aprovar (art. 1º) o protocolo e ratificar a disposição do art. 1º do Decreto 8.347, de 1910, que autorizou a modificação do ramal, fixando as condições para a construção dele e autorizando as necessárias operações de crédito (art. 2º); esse ato ainda no art. 3º, parágrafo único, autorizou o Governo a fazer as necessárias operações de crédito para pagamento não só das despesas autorizadas e já feitas pela Companhia Madeira-Mamoré, como também das que foram ou forem autorizadas de acordo com a cláusula XVI do contrato de 14 de novembro de 1906.

Essa cláusula do contrato refere-se aos trabalhos não especificados na relação que o acompanha “e que a companhia será obrigada a executar à vista dos estudos ou por determinação do Governo”.

Finalmente na Mensagem que o Presidente da República apresentou ao Congresso Nacional, na abertura da sessão legislativa do ano corrente, se diz que o protocolo celebrado com a Bolívia a 14 de novembro de 1910 e aprovado pelo Decreto nº 2.579, de 7 de junho de 1912. Havia sido declarado sem efeito pelo novo protocolo de 28 de dezembro do mesmo ano, por força do qual o Governo brasileiro ficou exonerado do compromisso contraído pelo anterior, quanto à construção do prolongamento do ramal pelo território boliviano, continuando somente em inteiro vigor a obrigação constante do art. 7º do Tratado de Petrópolis, porém, dando-se outra direção ao ramal que deve agora partir de Guarujá-Assú ou outro lugar mais apropriado perto de Guajará-Mirim, ponto terminal da referida estrada de ferro, atravessará o rio por uma ponte, cuja construção, em tempo oportuno, guarda e conservação continuam cabendo ao Brasil, e irá terminar na margem boliviana, ligando-se ali com a via férrea que, em continuação, o Governo Boliviano se obriga a fazer construir até Riberalta”.

Tal é a série dos atos referentes à questão. Até o termo de 12 de novembro de 1910, relativo à modificação do traçado do ramal e a que negou registro o Tribunal de Contas, dúvidas não concorreram na interpretação dos contratos. Depois desse termo, porém, informa a companhia no memorial anexo ao seu requerimento: A Inspetoria Federal das Estradas de Ferro glosou as medições de lastramento e pontes provisórias, considerando inexistente o contrato a que se refere aquele termo, apesar de haver o Governo, informa ainda a companhia, satisfeitos outros pagamentos referentes a obras previstas no seu art. 3º, como sejam para serviço sanitário, construção molhes e telégrafo sem fio.

Sendo esta a situação das relações da companhia com o Governo, apareceu o requerimento de 8 de maio último, no qual se pede a retificação do termo de 12 de novembro de 1910.

Para opinar a respeito desse pedido é mister deduzir das circunstâncias expostas quais sejam os direitos da companhia e as consequentes obrigações do Governo.

Além dos decretos e contratos principais, a respeito dos quais é o contrato que dele decorreu. A esse contrato negou registro o Tribunal de Contas por fundamentos que em parte me parecem procedentes.

Evidentemente antes que o protocolo de 14 de novembro de 1910 tivesse sido aprovado por ato legislativo, não estava concluída sua elaboração constitucional e não podia produzir efeito. Não bastava que no Decreto nº 8.347, de 1910, se dissesse que intercurso acordo com o Governo da Bolívia para que o Tribunal de Contas devesse registrar contrato que alterasse um dispositivo de tratado internacional. Dever-se-ia ter aguardado a aprovação do Congresso ao protocolo em questão. E para se evidenciar que assim realmente deveria ter sido basta considerar as dificuldades que se apresentariam se o Congresso não aprovasse o protocolo e se estivesse o contrato em via de execução, acrescendo que, no caso ocorrente, o protocolo mesmo foi ato posterior ao Decreto e contrato que a ele se referiram.

Não se me afigura, porém, que, além dessa razão, que por si só, aliás, legitimaria a recusa de registro, as demais razões do Tribunal de Contas da União sejam precedentes.

O ramal contratado não constitui por assim dizer obra nova; apenas se modificou o traçado de uma obra já anteriormente contratada. O Tratado de Petrópolis, na cláusula VII, refere-se à ferrovia e a um ramal; o contrato principal, de 1906, refere à construção da estrada de ferro com um ramal; o Decreto nº 8.347, de 1910, declara expressamente na ementa e no art. 1º que o novo traçado do ramal é estabelecido em substituição do ramal primitivamente traçado; e o mesmo diz o contato de 1910. Pode-se, pois, dizer que à hora já estava contratada, conforme condições estipuladas já; apenas o que houve foi modificação do traçado dessa obra contratada. Não podiam, pois, surgir dúvidas quanto à legalidade das despesas com essas obras cuja diretriz apenas foi alterada. Quanto às obras novas autorizadas nas demais disposições do Decreto de 1910, podiam perfeitamente ser cobertas pela autorização ampla do Decreto Legislativo nº 1.181, de 1904, por força do qual o Governo podia tomar o alvitre mais conveniente para a construção da estrada, em solução do compromisso internacional, podendo fazer as necessárias operações de crédito.

As circunstâncias demonstraram a necessidade de tomar as providências nos arts. 2º e 3º do Decreto de 1910; o Governo podia decretá-las e prover a sua execução fundada na autorização quase direcionária da Lei de 1904.

É a respeito desse aspecto da questão, convém salientar que o Tribunal de Contas apenas especificou, como não podendo ser custeados por aquela autorização legislativa, dos serviços mencionados no termo de 1910 os que se capitularam a construção de núcleos de futuras cidades”.

Dessa especificação parece concluir-se que o Tribunal de Contas não encontrou o mesmo vício nos demais serviços autorizados pelo decreto e termo de 1910.

Devo observar que dos papéis que me foram enviados não consta o ofício do presidente do Tribunal de Contas, dando as razões da recusa do registro do termo em questão. Argumento com o extrato desse ofício que se encontra na autuação do papel 4.322-11, que veio incorporado aos demais que me foram enviados.

Como quer que seja, porém, foi negado registro ao contrato e o Tribunal de Contas que assim resolveu tinha competência legal para fazê-lo.

Quais são as consequências desse ato? Qual deve ser o efeito da recusa de registro?

Pelo regime da Lei nº 392, de 8 de outubro de 1896, vigente em 1910, em matéria de contrato a solução do Tribunal de Contas era absoluta. Cabia-lhe (art. 2º, § 2º, número 2b) “instituir exame sobre os contratos que derem origem a despesa de qualquer natureza”; sendo-lhe facultado (nº 3) “recusar o registro em despacho fundamentado”. E em relação à recusa do registro dos contratos não tinha o Governo o direito de ordenar o registro sob protesto que o § 3º do citado artigo permitia para “a cobrança de impostos e ordens de pagamento”.

“Em todos os outros casos, diz Viveiros de Castro, o veto do Tribunal é absoluto, como já tem tido ocasião de declarar, conformando-se, aliás, o Governo com as razões justificativas da resolução de não ser efetuado o registro sob protesto (Direito Administrativo, 2ª edição, pag. 642).

E que assim era realmente prova-o a decretação da recente Lei nº 2.511, de 20 de dezembro de 1911, que, no art. 5º, faculta ao Governo a ordenação do registro sob protesto também dos contratos não aprovados pelo Tribunal de Contas. É claro que se a Lei de 1911 armou o Governo dessa faculdade é que ela não existia pela legislação anterior.

Foi, pois, recusado registro ao contrato e ao Governo não cabia ordená-lo sob protesto. E qual poderá ser a validade de um contrato em tais circunstâncias?

A lei é muda a respeito do caso e não tenho conhecimento de que os tribunais tenham sido chamados a resolvê-lo.

Igualmente não nos podemos valer de autores e arestos estrangeiros porque as organizações de outros países diferem da nossa.

Em face, pois, do nosso caso particular parece-me evidente que, com o veto do Tribunal de Contas, o contrato se tornou inexistente. O registro, que importava no reconhecimento de sua legalidade, era formalidade necessária para que o contrato se tornasse definitivo, era, pois, elemento indispensável para que pudesse ter execução. E se o Governo não podia ordenar o registro quando o Tribunal o recusasse, um contrato a que, antes da lei de 1910, fosse recusado registro era um contrato inacabado, inexequível. Ora um contrato em tais circunstâncias não pode deixar de ser um ato ineficaz, inoperante, sem existência.

Se, a despeito da recusa de registro, o contrato continuasse a prevalecer, a conclusão seria que a função do Tribunal de Contas, em matéria de contratos, era perfeitamente anódina e que as suas decisões, eram meramente platônicas.

A recente Lei de 1901, parece-me, veio confirmar este meu modo de ver. Reconhecendo que os contratos celebrados pela administração para poderem ser executados, para valerem, pois, precisavam ter o registro do Tribunal de Contas, a nova lei facultou ao Governo a ordem de fazê-los registrar sob protesto no caso de recusa do Tribunal.

Convém mesmo observar que o Senhor Deputado Antonio Carlos, que promoveu a reforma de 1911, ainda no seu notável relatório sobre o Orçamento da Despesa para o futuro exercício, salienta que era o seu pensamento, e foi certamente a da Câmara, introduzindo o registro sob protesto dos contratos, fazer depender a validade deles não só do registro do Tribunal de Contas, mas, também, quando houvesse registro sob protesto, da deliberação decisiva do Congresso (Diário do Congresso de 17 de setembro do corrente).

Dalí se conclui que pelo menos o registro é elemento imprescindível para a validade dos contratos, e, portanto, que o contrato sem registro não tem validade.

Ao tempo em que se negou o registro ao contrato da Madeira-Mamoré, junho de 1911, o veto do Tribunal era imperativo; ao Governo não cabia ordenar o registro sob protesto.

O contrato ficou, pois, sem registro e, segundo o meu modo de ver (porque, na ausência de elementos positivos de resolução, este caso é opinativo), segundo o meu modo de ver, inexistente.

Ao Governo, entretanto, que se tem comprometido por um ato que não se pôde tornar definitivo, cabe procurar sair dessa situação anômala. Ele deve ter todo o interesse, e mesmo na obrigação moral, em satisfazer as exigências do Tribunal de Contas de modo a dar legalidade e exequibilidade ao contrato impugnado.

No caso de que nos ocupamos, entendo que o Governo se acha presentemente munido dos necessários elementos para sua normalização.

Acresce que, segundo se depreende do estudo dos papéis, a companhia requerente deu execução ou início de execução ao contrato, na parte relativa ao lastramento das linhas e construção de pontes provisórias, tanto que, segundo ela informa, a inspetoria glosou as respectivas medições. Mas informa ela também que outros serviços, a que se refere o contrato de 12 de novembro, foram pagos, de onde se depreende que o Governo entendia o contrato e execução.

Convém, pois, verificar, em face de tal situação, como agir para regularização de tão complexo estado de causas.

Questão a se ventilar seria a de saber se, após a lei de 1911, pode o Governo ordenar registro sob protesto dos contratos que o Tribunal de Contas impugnou, no regime da lei anterior.

Pode, entretanto, deixar o caso de ser neste momento elucidado, porque, quando fosse lícito ao Governo ordenar agora o registro do contrato de 1910, não havia conveniência em fazê-lo. Tal contrato se refere, em parte, à modificação do traçado do ramal conforme o protocolo de 14 de novembro de 1910 e, como foi dito já, tal ramal não será mais construído, tendo o referido protocolo sido substituído por outro, ainda não aprovado pelo Poder Legislativo.

A situação é, pois, a seguinte:

O Decreto nº 8.347, de 1910, ato expedido pela autoridade competente, autorizou a se lavrar um contrato para:

1º a modificar o traçado do ramal, conforme acordo com o Governo da Bolívia; 2º autorizar a companhia a fazer o lastramento total da estrada e a construir pontes provisórias de madeira; 3º a consolidar diversas autorizações já dadas pelo Governo e diversos serviços para os quais autorização prévia pode vir a ser dada pelo Governo.

Lavrado o contrato e submetido ao Tribunal de Contas, este lhe negou registro.

Mesmo aceito o meu modo de ver pelo qual o contrato deixou de se tornar efetivo pelo fato da recusa de registro, parece evidente que atos posteriores revalidaram os vícios apontados e sanaram as irregularidades arguidas.

Foi dito que o traçado primitivo do ramal, modificado pelos art. 1º do Decreto nº 8.347, e do contrato, havia sido estabelecido em um texto internacional e que só por outro texto da mesma natureza podia o primeiro ser alterado.

Veio o Decreto Legislativo nº 2.579, de 7 de junho de 1912 e aprovou o protocolo celebrado com a Bolívia para a modificação do traçado constante do art. 1º do Decreto nº 8.347, e art. 1º do contrato de 12 de novembro.

Foi dito que o Decreto Legislativo nº 1.180, de 25 de fevereiro de 1904 não autorizava as obras novas que os artigos 2º e 3º do Decreto nº 8.347, e do contrato autorizaram, fixando-lhes o preço; e veio o citado Decreto Legislativo de 1912 e, nos arts. 2º e 3º e seu parágrafo único, fixou as condições para a construção do novo ramal e autorizou o Governo a fazer as necessárias operações de crédito para pagamento, não só das obras do referido ramal, como das outras despesas autorizadas e já feitas pela companhia, ou que forem autorizadas para as obras e serviços não especificados na relação que acompanhou o contrato principal. (cláusula nº 16).

É evidente, pois, que esse ato legislativo cobre e ratifica o Decreto nº 8.347, e que, por força dele, pôde ser tido como revalidado o contrato que decorreu do referido Decreto. Assim, por tais títulos, está à companhia no direito de fazer legalizar as estipulações que com ela convencionou o Governo pelo contrato de 1910.

Ocorre, porém, ainda que, em virtude de novo protocolo firmado com a Bolívia e de que dá notícia a Mensagem Presidencial de 3 de maio do corrente ano, já não pode mais ser construído o ramal a que se refere o contrato de 1910.

Nem por isso, entretanto, ficou a companhia privada de pedir o reconhecimento de seu direito à construção do ramal com o traçado que for definitivamente fixado.

Do exposto se deduz que a Madeira-Mamoré Railway Company tem direitos a fazer valer contra o Governo.

Não podendo mais ser levada a efeito a obra a que se refere o art. 1º do contrato de 1910, deve o Governo, deferindo o requerimento de 8 de maio último, entrar em acordo com a companhia para que ela, em troca da elucidação de uma situação controvertida, desista de qualquer direito à construção do ramal nos termos do contrato de 12 de novembro, lavrando-se novo termo não de retificação, mas substitutivo do termo de 1910.

A par dessa desistência, nesse novo termo deve ser reconhecido o direito da Companhia a fazer, e pelo preço ajustado, o lastramento da linha e a construir pontes provisórias, especificando-se todos os demais serviços a que ela está autorizada e cujo pagamento possa evidentemente ser incluído nas autorizações dos Decretos legislativos n.º 1.180, de 1904, e 2.579, de 1912, tendo em vista as objeções do Tribunal de Contas.

Ao pagamento do preço fixado no Decreto n.º 8.347 e Contrato de 12 de novembro para lastramento total das linhas e feitura das pontes provisórias parece que o direito da companhia é indisputável.

Tais serviços foram expressamente autorizados pelo citado Decreto. Esse Decreto foi expedido pelo Poder Executivo em virtude do Decreto Legislativo n.º 1.180, de 1904, por força do qual ficou ele, de modo geral, autorizado “a adotar o alvitre que julgar mais conveniente para a construção da estrada de ferro, podendo fazer as necessárias operações de crédito”. Mas quando ali não se pudesse compreender autorização para tais obras, posteriormente o Decreto Legislativo n.º 2.579, de 1912, referindo-se expressamente ao Decreto n.º 8.347, para aprovar a modificação do ramal a que se refere seu art. 1º, autorizou o Governo a pagar as despesas autorizadas e já feitas pela companhia, o que não pode deixar de cobrir a autorização constante do Decreto de 1910.

Poder-se-á dizer que, com anulação do protocolo de 14 de novembro de 1910, ficou sem objeto o Decreto Legislativo n.º 2.579, de 1912, que o aprovou.

A dúvida prevaleceria apenas quanto aos dois primeiros artigos que expressamente se referem aquele protocolo. A parte restante do Decreto, porém, refere-se de um modo geral às obras da companhia e sua inteira subsistência não pode ser posta em dúvida.

Não se tratava de um mero ato de aprovação de uma convenção internacional, tanto que o decreto foi assinado não só pelo Ministro das Relações Exteriores, mas também pelo da Viação e Obras Públicas.

Quanto, porém, à nova modificação do ramal nos termos do protocolo de 28 de dezembro de 1912, a que se refere a Mensagem, penso que se deve aguardar a sua aprovação pelo Poder Legislativo para se fazer o respectivo contrato.

Só depois de promulgada a lei aprovando o novo protocolo, o tem força de lei e pode produzir efeitos, como será a celebração de um novo contrato.

É conveniente igualmente que esse ato legislativo, para evitar futuras dúvidas, fixe as condições em que pode ser contratada a construção do novo traçado, como o fez o art. 2º do Decreto Legislativo n.º 2.579, de 1912. Nada obsta, entretanto, que no termo que se lavrar agora se mencione desde já que as

estipulações relativas ao ramal serão consignadas em novo termo a se lavrar depois do decreto de aprovação do novo protocolo firmado com a Bolívia.

São estas Senhor Ministro as considerações que me sugere o estudo dos papéis que V. Ex. sujeitou ao meu exame e que tenho a honra de apresentar ao seu elevado critério.

Devolvo os papéis que acompanharam o Aviso de 16 do corrente e reitero a V. Ex. os meus protestos de subida estima e distinta consideração.

Rodrigo Octávio.

Comentário

O parecer de 26 de setembro de 1913, de Rodrigo Octávio, enfrentou um contencioso administrativo-contratual de alta complexidade: o emaranhado normativo e fático em torno da construção da Estrada de Ferro Madeira-Mamoré, nascido de cláusula do Tratado de Petrópolis (1903) e desdobrado em decretos legislativos, decretos executivos, protocolos internacionais e um termo contratual ao qual o Tribunal de Contas negara registro.

O Consultor reconstruiu a cadeia de atos com cuidado arqueológico: do dever internacional assumido no art. 7º do tratado e da autorização ampla do Decreto Legislativo nº 1.180/1904 (“adotar o alvitre que julgar mais conveniente”), passou ao contrato de 1906 (transferido em 1908 à Madeira-Mamoré Railway) e ao Decreto nº 8.347/1910, que modificara o traçado do ramal por acordo com a Bolívia, autorizara o lastramento integral e pontes provisórias e determinara a consolidação de autorizações já dadas.

O termo de 12.11.1910, porém, fora redigido de forma descuidada (copiando *ipsis litteris* a linguagem do decreto que mandara “no contrato que for lavrado”), e, sobretudo, repousara sobre protocolo internacional ainda não aprovado pelo Congresso, vício que explicara, em parte, a recusa de registro pelo Tribunal de Contas.

A peça adotou uma distinção decisiva. De um lado, reconheceu que a alteração de traçado fundada em protocolo internacional carecia de aprovação legislativa prévia: sem o Decreto Legislativo nº 2.579/1912, a Administração não

poderia pretender tornar eficaz, por via apenas regulamentar, uma modificação a compromisso de tratado.

De outro, lembrou que a autorização de 1904 conferira amplitude suficiente para, à luz de conveniência técnica e econômica, ordenar medidas acessórias (lastramento e pontes provisórias) imprescindíveis à segurança e operação da linha, providências que, se porventura excedessem o raio de 1904, acabaram ajustadas pelo legislador de 1912 ao admitir o pagamento de despesas “autorizadas e já feitas” e de outras “ainda a autorizar” nos termos da cláusula XVI do contrato de 1906. Com isso, o Consultor separou o que dependia de chancela internacional (traçado do ramal) do que podia ser legitimado pelo bloco de autorizações internas (obras acessórias e serviços correlatos).

No ponto nuclear do controle externo, o parecer atribuiu ao registro do Tribunal de Contas caráter constitutivo para a exequibilidade do contrato. Sob o regime da Lei nº 392/1896, a recusa de registro não poderia ser superada por “registro sob protesto”, faculdade apenas introduzida depois (Lei nº 2.511/1911). Concluiu, então, que o termo de 1910 permanecera “inacabado”, “inexequível”, “inoperante”: sem registro, o acordo não se convertera em vínculo eficaz.

A formulação foi arrojada para a época, aproximou-se da noção, hoje dominante, de inexistência ou ineficácia estrutural de atos complexos quando falte elemento interno essencial (o controle prévio). E, por coerência, advertiu que aceitar a execução apesar do veto anularia a própria função do Tribunal de Contas, transformando o controle em gesto “platônico”, isto é, abstrato, conceitual e sem alcance prático.

Em seguida, o Rodrigo Octávio mediu o efeito saneador da legislação superveniente. Ao aprovar o protocolo de 1910 e, sobretudo, ao autorizar explicitamente as operações de crédito para despesas já realizadas e a realizar (Dec. Leg. nº 2.579/1912, arts. 2º e 3º), o Congresso teria revalidado o que fosse compatível com o desenho aprovado: a modificação do ramal (então vigente) e a gama de serviços acessórios executados ou em curso.

Por essa solução, devolveu-se densidade jurídica a despesas glosadas pela Inspetoria, pelo menos naquilo que se subsumisse ao perímetro da autorização

legislativa. O parecer, porém, manteve o freio: lembrando que o protocolo de 28.12.1912 substituíra o de 14.11.1910 e que ainda pendia aprovação legislativa, recomendou suspender qualquer contrato relativo ao “novo” ramal até a lei superveniente, fidelidade rigorosa ao princípio *pacta sunt servanda* na dimensão interna (separação de funções entre Executivo e Legislativo) e externa (equivalência de formas em compromissos internacionais).

No plano propositivo, a solução delineada foi pragmática e garantista ao mesmo tempo. Em vez de “retificação” do termo de 1910 (linguagem inadequada para vício estrutural), sugeriu-se lavrar um termo substitutivo, bilateralmente saneador: a companhia desistiria, expressamente, de qualquer pretensão à construção do ramal nos moldes de 1910 (cujo suporte internacional caducara), e a União reconheceria, com especificação minuciosa, os serviços acessórios efetivamente autorizados e executados (lastramento e pontes provisórias), pagando-os pelo preço ajustado e listando, de forma taxativa, os demais itens cobertos por 1904 e 1912, já à luz das objeções do Tribunal de Contas (por exemplo, a rubrica elástica de “núcleos de futuras cidades”).

Resguardava-se, ainda, o direito da companhia de disputar, no futuro, a execução do ramal conforme o traçado que viesse a ser definitivamente fixado e aprovado, livre de compromissos contra legem.

O parecer qualifica um método: a Consultoria trabalhou com a cronologia normativa como chave hermenêutica. O que era inválido em 1910 por falta de aprovação parlamentar pôde tornar-se válido após 1912; o que perdera objeto com o novo protocolo não poderia ser reativado por atalhos administrativos.

O fio condutor foi a hierarquia de fontes (tratado e sua aprovação legislativa; decreto legislativo autorizativo; decreto executivo; termo contratual) e a exigência de completude procedimental para que um ato complexo desça à execução. Ao mesmo tempo, a peça evitou soluções demolitórias: reconheceu a boa-fé objetiva da companhia (execução de serviços após autorizações formais, pagamentos parciais realizados pela própria União) e propôs um ajuste que equalizasse confiança legítima e estrita legalidade.

Do ponto de vista do direito administrativo dos contratos, o parecer consolidou três teses. Primeiro, a essencialidade do controle prévio do Tribunal de Contas em contratos que dão origem à despesa: sem registro (no regime então vigente), não havia eficácia; com a Lei de 1911, o “registro sob protesto” abriu um canal residual, mas sempre condicionado à deliberação política ulterior.

Segundo, a impossibilidade de o Executivo, por ato unilateral, modificar obrigações nascidas de tratado antes da aprovação congressional do respectivo protocolo: a equivalência de formas e a reserva de lei parlamentar funcionaram como pontos de obstrução e de controle.

Terceiro, a admissibilidade de saneamento legislativo superveniente, quando o Congresso expressamente justificou despesas já feitas e autorizou as futuras, desde que se respeitasse o desenho do compromisso internacional vigente.

O parecer também iluminou uma dimensão de economia pública: ao rechaçar rubricas vagas (“núcleos de futuras cidades”) com base na crítica do Tribunal de Contas, fixou uma cultura de especificação e de mapeamento de objetos contratuais, ponto sempre sensível em obras de infraestrutura. Ao exigir que o termo substitutivo listasse nominalmente serviços e bases de preço, trouxe transparência ao ciclo autorização-execução-pagamento, reduzindo espaço para expansões indevidas de escopo por via interpretativa.

Em chave histórico-institucional, a peça evidenciou o papel da Consultoria como correia de transmissão entre três centros de decisão: o internacional (protocolo com a Bolívia), o político interno (Congresso que autoriza e aprova) e o técnico-administrativo (ministério concedente, inspetorias, Tribunal de Contas). O equilíbrio alcançado, nem ceder à execução sem base, nem romper unilateralmente com a contratada que executara por indução estatal, traduziu uma cultura de Estado que conciliou responsabilidade orçamentária com continuidade administrativa.

Comparado ao parecer de 20 de junho de 1913 (imunidades diplomáticas), manteve-se a mesma disciplina metodológica: contenção de exceções (lá, a “extraterritorialidade” do séquito; aqui, a tentação de executar sem registro ou de estender autorizações genéricas a objetos imprecisos), respeito às formas e às competências (tratados e aprovação legislativa; registro do controle externo), e

leitura sistemática da cronologia normativa como antídoto contra atalhos. E, em diálogo com o parecer de 5 de maio de 1913 (desapropriação e repartição de competências), reapareceu a pauta federativa do “quem pode o quê” e do “quando pode”: a União só podia avançar no ramal com chancela congressional; o Estado, por sua vez, não poderia interferir na órbita federal sem base constitucional.

Em todos, a lição permaneceu: legalidade estrita nas exceções, coordenação entre níveis e poderes, e prudência técnica na execução de compromissos públicos de grande escala.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República – Rio de Janeiro, 25 de novembro de 1913 – Nº 76.

Exmo. Senhor Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores – Com o Aviso nº 1.829, de 11 do corrente, me remeteu V. Ex. o processo referente à reforma do capitão da Brigada Policial Manoel de Assumpção e Silva afim de que desse parecer sobre suas reclamações.

Havendo estudado convenientemente o caso passo a dar a V. Ex. meu modo de ver.

O requerente tendo sido em 1894 reformado no posto de alferes promoveu a nulidade judicial de sua reforma o que conseguiu por sentença confirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Tendo em consequência sido mandado agregar ao seu corpo, foi o reclamante posteriormente, por haver julgado incapaz para o serviço, reformado de novo em 1909 ainda no posto de alferes. Não se conformando ainda com sua reforma, o requerente intentou novo processo judicial. Mas, enquanto esse processo estava pendente de solução, o alferes Assumpção dirigiu ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores o requerimento de 31 de agosto de 1911 no qual, fazendo ver que a nova reforma que lhe fora imposta devia ser no posto de capitão, pois ele deveria ter sido promovido por antiguidade até esse posto no estado de agregação em que se achava, pedia que “revendo-se o respectivo processo, se lhe concedesse a reforma no posto de capitão, desistindo de qualquer indenização pecuniária anterior à data do reconhecimento pelo Governo desse direito que ora solicitava (reforma no posto de capitão) bem como de qualquer ação judiciária para o mesmo fim”.

Informado esse requerimento, foi exigido que o peticionário fizesse previamente desistência do pleito que iniciara, o que foi regularmente feito, julgando-se a desistência por sentença, conforme informação do Doutor 2º Procurador da República.

Em vista disso, por decreto fundamentado, de 10 de junho de 1912, foi o requerimento deferido para o efeito de considerar a reforma, que lhe havia sido dada no posto de alferes, como tendo sido feito no posto de capitão.

Esse decreto foi publicado a 12 de julho, e a 19 desse mês, em requerimento, corroborado pelo de 8 de setembro de 1913, o reclamante fez ver que, tendo-se apenas considerado sua reforma como melhorada, mas continuando-se a contá-la da data do segundo decreto que o reformará em alferes (21 de outubro de 1909), era-lhe ainda imposto um prejuízo pecuniário, por isso que, entre a data da reforma de 1909 e a sua melhoria no posto de capitão (10 de julho de 1912), fora promulgado o Decreto nº 2.290, de 13 de dezembro de 1910, que aumentará a tabela dos soldos.

Parecia ao peticionário que, não vigorando mais, ao tempo em que sua reforma foi considerada como sendo no posto de capitão, as tabelas da Lei nº 258, de 19 de dezembro de 1894, devia caber-lhe o soldo que vigorava ao tempo desse novo decreto, e assim: “por isso e por equidade”, escreve ele, “visto haver o peticionário desistido da diferença de vencimentos entre este e aquele posto, requeria que se mandasse retificar o aludido decreto de 10 de julho de 1912 para que sua reforma seja com o soldo da tabela A, da Lei nº 2.290, de 13 de dezembro de 1910, em vigor ao tempo do mesmo decreto”.

Evidentemente, e se a questão tivesse sido claramente definida desde o início, o hoje capitão Assumpção poderia razoavelmente pretender o que ora pede. Realmente, na ação que propôs perante o Juízo da 2ª Vara Federal deste Distrito, e cujos autos requisitaram para estudo, ele pediu que se declarasse “insubsistente e ilegal” o ato de sua segunda reforma” (21 de outubro de 1909) sendo-lhe “assegurados todos os direitos ligados à atividade do posto de alferes”, o que importava na anulação da segunda reforma.

Ora, se foi isso que ele pediu em juízo, e se, para atender o requerimento em que ele, no correr dessa ação, solicitou a revisão de sua reforma, que devia ser no posto de capitão, o Governo exigiu que desistisse da ação, o que foi feito, parece que ele estava no direito de esperar que fosse pelo Governo atendido naquilo que ele pretendia na ação de que desistiu, e era mais do que realmente se lhe concedeu com o Decreto de 10 de julho.

Parece-me, entretanto, por outro lado, que esse decreto é rigorosamente jurídico, pois que ele foi expedido nos precisos termos em que o peticionário o requereu. No requerimento inicial, de 31 de agosto de 1911, não se pede claramente que se anule a reforma anterior em alferes para ser feita nova reforma em capitão, com o soldo ora vigente. Não; o requerente diz textualmente “quando o Governo resolveu reformá-lo, devia fazê-lo no posto de capitão que por direito lhe assistia e não no de alferes, pelo que pedia que, revendo o respectivo processo, se lhe concedesse reforma no posto de capitão”.

Nesse requerimento nem havia mesmo referência positiva a ação judicial e menos ainda, portanto, declaração do que ele pedia em tal ação. Apenas, no final do requerimento, o requerente declara que desiste de indenização pecuniária anterior ao reconhecimento de seu direito, bem como de “qualquer ação judiciária para o mesmo fim intentado”. A referência não pode ser mais vaga, ficando-se mesmo na ignorância de que a ação já tenha sido proposta.

Em tais termos, é evidente que bem agiu o antecessor de V. Ex. que, tendo-se compenetrado da justiça da reclamação e verificado que, quando se fez a reforma no posto de alferes, o reclamante tinha direito a ser reformado no posto de capitão, mandou como ele pediu rever o respectivo processo e reformá-lo no posto de capitão.

Essa reforma melhorada não podia deixar de tomar a data do anterior decreto e ser regulada pelas leis vigentes ao tempo desse decreto. A reforma do peticionário data de 21 de outubro de 1909; a 10 de julho de 1913 apenas se reconheceu que a reforma era no posto de capitão e não no de alferes. Assim o regime legal da reforma do suplicante é regulado pelas leis vigentes em 21 de outubro de 1909.

Isso é o que foi deferido; isso é o que naturalmente se depreende dos termos do requerimento inicial.

Só por equidade poderia ser deferida a reclamação ora apresentada, para se considerar a reforma com o soldo vigente na data em que foi a melhoria decretada, o que, como disse teria sido de toda a justiça, se o antecessor de V. Ex., ao fazer o reclamante desistir da ação, estivesse instruído do que se podia nessa ação. Tal circunstância, porém, não se deu como do processo se evidencia, e por culpa do requerente que não o disse no seu requerimento. Se daí lhe decorre um prejuízo, sibi imputet. E, ainda, não se pode saber se o antecessor de V. Ex. teria deferido o requerimento, como o fez, se se tivesse apurado que o deferimento importava em dar ao requerente as vantagens da lei atual.

São estas Senhor Ministro as considerações que me sugere fazer a propósito da consulta constante do Aviso de V. Ex.

Devolvo os papéis que acompanharam o dito Aviso e tenho a honra de reiterar a V. Ex. os meus protestos da mais alta estima e distinta consideração.

Rodrigo Octávio.

Comentário

O parecer de 25 de novembro de 1913, de Rodrigo Octávio, tratou de um contencioso sensível no cruzamento entre estatuto militar, procedimento administrativo e efeitos financeiros: a “melhoria” de reforma do então alferes Manoel de Assumpção e Silva para o posto de capitão e o pedido subsequente para que essa melhoria gerasse soldo segundo a tabela posterior (Lei nº 2.290/1910).

O Consultor reconstituiu a trajetória do interessado: primeira reforma (1894), anulação judicial dessa reforma, retorno em agregação, nova reforma em 1909 no posto de alferes, e, já em 1911, requerimento administrativo no qual o próprio Assumpção pedia apenas que se “revisse o processo” para lhe reconhecer a reforma “no posto de capitão”, declarando desistência de indenizações pretéritas e, depois, da ação judicial então pendente. Em 10.7.1912, o Governo deferiu estritamente o que fora postulado: considerou-se que a reforma de 1909 “era” no posto de capitão.

Quando, em seguida, o militar buscou que a melhoria projetasse efeitos pecuniários pela tabela vigente ao tempo da melhoria (e não da reforma), o parecer firmou a resposta na cronologia e no conteúdo do próprio pedido. Invocou-se, em substância, o princípio *tempus regit actum*: o ato de reforma datava de 21.10.1909; a

“melhoria” não criava reforma, apenas corrigira o posto de referência daquela reforma pretérita.

Consequentemente, os efeitos remuneratórios deviam observar o regime em vigor na data de 1909, não o majorado pela Lei nº 2.290/1910. A distinção entre anulação da reforma e melhoria do posto reformado foi o eixo: o interessado não pedira—nem obtivera—desconstituição do decreto de 1909 seguida de nova reforma sob lei posterior; pedira tão somente o reconhecimento de que, em 1909, “deveria” ter sido reformado como capitão.

O Consultor acrescentou um argumento de lealdade processual: se a intenção do requerente era alcançar o resultado integral que perseguia na ação judicial, anulação da reforma de 1909 com todos os efeitos correlatos, incumbia-lhe dizê-lo com precisão no requerimento que apresentou como base do acordo administrativo e da própria desistência da ação.

Não o tendo feito, não poderia transmutar, a posteriori, uma melhoria estritamente jurídica (reclassificação do posto de reforma) em via indireta para absorver vantagens supervenientes de soldo. A lição foi severa e didática: em prejuízos decorrentes da moldura que o próprio interessado desenha para o ato administrativo que solicita, “sibi imputet”; trata-se de uma locução latina que significa “imputável somente a si mesmo”, indicando que a responsabilidade por algo é exclusivamente da própria pessoa. É um princípio usado para expressar que alguém deve se culpar por suas próprias ações ou omissões, especialmente quando não tomou as medidas adequadas para evitar um dano.

Em termos dogmáticos, o texto fixou três teses. Primeiro, a melhoria de reforma é ato declaratório-retificativo que incide sobre o mesmo fato gerador (a incapacidade motivadora da passagem à inatividade), não inaugurando novo suporte temporal para regime jurídico de vencimentos; por isso, seus efeitos se prendem à data do ato original.

Segundo, em administração pública, a extensão de efeitos pecuniários exige base legal e pedido compatível: não há “equidade” capaz de afastar a legalidade estrita quando o requerimento foi limitado e a decisão o atendeu literalmente.

Terceiro, a desistência da ação judicial, quando condiciona concessões administrativas, não implica, por si, transposição do objeto amplo da lide ao ato concessivo se o requerente não o verteu com clareza na postulação administrativa.

O parecer trabalhou, ainda, com a ideia de proteção à confiança, mas para rechaçar sua aplicação ampliativa. Reconheceu-se que, sob uma leitura generosa, o histórico poderia sugerir expectativa do interessado de receber “o que pedia em juízo”.

Todavia, essa expectativa não encontrou espelho no texto do requerimento administrativo nem na motivação do decreto concessivo. O Consultor observou que o deferimento de 1912 “foi expedido nos precisos termos em que o peticionário o requereu”. Logo, a Administração agira dentro da vinculação ao pedido e à lei, e não haveria, portanto, espaço para complementar o título com efeitos financeiros de norma posterior.

Também foi reafirmado o papel da data como critério objetivo de segurança jurídica. Ao ancorar a solução em 21.10.1909, o parecer coibiu dois riscos usuais: (i) transformar atos retificativos em gatilhos de regimes mais vantajosos sem evento jurídico novo que os justifique; e (ii) premiar formulações imprecisas de requerimentos com efeitos que não foram expressamente postos em deliberação. O resultado preservou a isonomia entre militares em situações equivalentes e conteve a tentação de corrigir por equidade aquilo que só o legislador, ou um novo ato constitutivo tempestivo, poderia alterar.

O parecer fixa uma metodologia: ler o processo inteiro, cotejar o teor literal do pedido com a decisão que o acolhe e localizar com exatidão o ponto de corte temporal que fixa o regime jurídico aplicável. Assim como em outras matérias examinadas pela Consultoria, prevaleceu a tríade forma–tempo–competência como antídoto a soluções improvisadas.

Por fim, a continuidade com os pareceres imediatamente anteriores foi nítida. À semelhança do caso Madeira-Mamoré (26.9.1913), a cronologia normativa voltou a ser determinante: lá, a eficácia dependia do registro do Tribunal de Contas e da aprovação legislativa; aqui, os efeitos pecuniários dependiam da data do ato original e dos estritos limites do pedido.

E, à maneira do parecer sobre imunidades diplomáticas (20.6.1913), reapareceu a recusa a “exceções por tradição” sem apoio normativo: não houve espaço para uma “equidade” que, no fim, contornaria legalidade e vinculação ao requerimento. A coerência interna do volume reforçou-se: em todas as frentes, a Consultoria foi precisa, proclamou adesão à lei vigente na data do ato e o respeito ao desenho institucional das competências.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República – Rio de Janeiro, 18 de novembro de 1913 – N.73.

Exmo. Senhor Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores – Para que desse parecer a respeito da legalidade de qualquer intervenção do Estado no sentido de serem proibidas sessões públicas de hipnotismo, me enviou V. Ex., com o Aviso nº 1.404, de 10 do corrente, o processo que se originou do ofício do Senhor Dr. Diretor-Geral de Saúde Pública, de 4 de setembro último.

Nesse ofício aquele ilustre funcionário, impressionado pela assistência de um espetáculo público em que um hipnotizador belga sujeitava certos espectadores a manobras hipnotizadoras, que poderiam ser prejudiciais não só aos incautos pacientes, como aos espectadores em geral, pela impressão moral que o caso lhes poderia causar, sugere como medida conveniente em nome da Saúde Pública, a proibição de tais representações, como já de prática em vários países da Europa.

O caso em si, Senhor Ministro, é digno da maior consideração, talvez convindo que V. Ex., pelos órgãos competentes, o faça estudar a fim de que se tome a respeito uma solução conveniente.

Quanto à proibição, pura e simples, indicada pelo Dr. Diretor, não me parece que possa ser ela decretada pelo Poder Executivo.

Não só não encontro no Regulamento da Saúde Pública, aprovado pelo Decreto nº 5.156, de 8 de março de 1904, e no dos teatros e demais casa de diversões públicas no Distrito Federal, aprovado pelo Decreto nº 6.562, de 6 de junho de 1907, disposição que legitimasse a proibição, como não creio que uma disposição de tal gênero pudesse ser editada pelo Executivo.

Evidentemente o caso não incide na sanção do art. 156 do Código Penal, onde a prática do hipnotismo é proibida, mas com exercício ilegal da medicina, isto é, aplicada à cura de moléstias e por quem não estivesse habilitado segundo as leis e regulamentos.

Em tais circunstâncias, sou de parecer que só ao Poder Legislativo caberia providenciar a respeito, a fim de que qualquer proibição ordenada não incidisse na censura do § 1º, do art. 72, da Constituição por força da qual ninguém, pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

É este Senhor Ministro meu parecer que sujeito ao superior critério de V. Ex. a quem tenho a honra de, devolvendo os papéis que acompanharam o Aviso acima mencionado, reiterar os protestos de minha subida estima e mui distinta consideração.

Rodrigo Octávio.

Comentário

O parecer de 18 de novembro de 1913, de autoria de Rodrigo Octávio, enfrentou um tema curioso na fronteira entre polícia sanitária, liberdade de entretenimento e reserva legal: poderia o Executivo, por ato administrativo, proibir “sessões públicas de hipnotismo” em teatros e casas de espetáculo?

A provocação veio da Direção-Geral de Saúde Pública, impressionada com demonstrações em que um hipnotizador submetia voluntários a “manobras hipnotizadoras”, com potencial risco físico e “impressão moral” na assistência. Rodrigo Otávio reconheceu a relevância sanitária do assunto, mas cortou a questão no ponto decisivo: proibir pura e simplesmente carecia de base legal, e, no Brasil republicano de 1891, ninguém seria obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 72, §1º).

A argumentação seguiu a via clássica da legalidade estrita. Primeiro, o Consultor verificou o bloco normativo disponível: o Regulamento da Saúde Pública (Dec. n. 5.156/1904) e o Regulamento dos Teatros e Diversões Públicas do Distrito Federal (Dec. n. 6.562/1907). Em ambos não encontrou dispositivo que autorizasse, por si, a interdição de um gênero de espetáculo pelo simples fato de envolver hipnose.

Segundo, afastou a via penal: o art. 156 do Código Penal (1890) coibia o exercício ilegal da medicina, não qualquer demonstração hipnótica em geral. Ou seja, havia tipicidade penal apenas quando a hipnose se disfarçasse de tratamento sem habilitação; fora daí, o ordenamento não autorizava o banimento administrativo do show.

Daí decorreu a solução institucional: se o risco sanitário fosse reputado socialmente intolerável, caberia ao Legislativo instaurar a restrição, definindo, com precisão, a conduta vedada, suas razões e limites. Converter uma apreensão médico-moral em veto geral por regulamento violaria a reserva de lei e alargaria, sem título jurídico, os poderes do administrador.

O parecer, portanto, distinguiu com nitidez a tutela da saúde (que pode ensejar fiscalização, condições, prudência) da pura proibição de um tipo de espetáculo (que, por afetar diretamente liberdades, exige lei formal).

Há, nesse movimento, três lições dogmáticas: (i) A polícia administrativa sanitária é forte, mas não ilimitada: ela se exerce dentro dos regulamentos vigentes; para inovar no mundo das proibições, é preciso lei; (ii) A distinção entre ilícito sanitário e ilícito penal é fundamental: se a hipnose se confunde com “prática médica” sem habilitação, aciona-se o Código Penal; se é espetáculo, a base normativa é outra — e ali faltava o fundamento proibitivo; (iii) O “perigo moral” não é categoria mágica para expandir competência: sem tipificação legislativa, permanece no plano da recomendação, do estudo técnico e da educação do público.

O texto também dialogou, implicitamente, com o direito comparado. O Diretor-Geral lembrara experiências europeias de proibição; o Consultor não as negou, mas repôs o método: transplantes automáticos não bastam; o que se faz “em vários países” só se legitima aqui se o nosso ordenamento tiver portas normativas abertas para isso. Esse freio evita que a administração convertesse modas ou suspeitas meramente morais em interdições gerais por simples ofício, um argumento de prudência constitucional que se repetiu, em outros pareceres, na recusa a ampliar honras sem base (1912) e na contenção de imunidades por tradição (1913).

Em termos práticos, o parecer não se eximiu de opinar ou de assumir responsabilidade pela opinião omitida. Sugeriu estudo técnico pelos órgãos competentes, sinalizando caminhos menos drásticos e juridicamente possíveis: condições de segurança, exigências de aviso, delimitação de participação de menores, fiscalização sanitária do ambiente, sempre dentro do que os regulamentos admitiam. A porta que se fechou foi a da proibição pura e simples por ato do Executivo; não a da regulação proporcionada e fundada em competência existente.

Como peça de época, a conclusão é exemplar do constitucionalismo administrativo de 1913: liberdade como regra, restrição como exceção legalmente tipificada; saúde pública como valor relevante, mas exercida por meios juridicamente habilitados; administração técnica que persuade e fiscaliza, mas não legisla.

E, no plano da coerência interna do volume, o fio condutor reaparece: assim como nas reformas militares (25.11.1913) e no caso Madeira-Mamoré (26.9.1913), a Consultoria ancorou a decisão em três eixos — competência, base normativa e cronologia — preferindo o rigor do método à tentação de soluções sumárias.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República-Rio de Janeiro, 21 de maio de 1914 – Nº 26.

Exmo. Senhor Ministro de Estado dos Negócios da Guerra – O 2º tenente José Siqueira Campos, em requerimento de 18 de fevereiro de 1914, pediu a reforma a que tem direito por contar mais de 25 anos de serviço, como ficou apurado das diversas informações das repartições competentes, e ainda contando antiguidade nos termos da Lei número 1.836, de 30 de dezembro de 1907.

Fundamenta o requerente seu pedido em dois Acórdãos do Supremo Tribunal Federal confirmando a sentença de 1ª instância que reconheceu em favor de oficiais em idênticas condições o direito de contar antiguidade na conformidade da referida lei, por isso que de sua fé de ofício constava a menção de atos de bravura. Ao processo em que foi proferida essa decisão foi o requerente admitido como assistente, e o Supremo Tribunal Federal, fazendo expressa menção de seu nome, reconheceu o seu direito.

Tendo passado em julgado o decreto judicial em que o requerente assenta seu pedido, não pode este, em princípio ser negado.

Ao contrário do que pensa o Dr. Auditor de Guerra Auxiliar, a referida decisão independe de execução judicial. Ela não é mais do que um acórdão que julgou um direito pessoal e que o interessado fará valer, junto de quem de direito, no momento oportuno e com a simples apresentação da certidão autêntica da sentença e de prova de que transitou em julgado.

Não poderá, pois, haver mais ensejo para embargar o acórdão, uma vez que o respectivo processo está findo e encerrado.

Entretanto, das informações se verifica que, por se considerar como indevidamente lançada a menção de ato de bravura na fé de ofício do requerente, em época anterior a sua promoção a alferes, já foi tal menção mandada cancelar pelo Aviso de 3 de maio de 1912, publicado no Boletim do Exército, nº 207, de 5 de junho do mesmo ano.

Tratava-se de um elogio coletivo a forças que tomaram parte numa operação de guerra. Esse elogio, não individuando praças e oficiais, não autorizava a menção personalizada na fé de ofício de quem quer que haja tomado parte conjunta na operação elogiada.

Reiterando já ordens anteriores, a ordem do dia da Secretaria da Guerra nº 477, de 4 de outubro de 1865, recomendou que, após qualquer ação, os respectivos chefes de forças remetessem ao Ministério da Guerra informações minuciosas a

respeito dos que praticaram ações de bravura (Amaral, Indicador da Legislação Militar, vol. 1º, parte 2º. Pag. 51, 2ª edição).

Bem se compreende que são esses atos de bravura pessoal, constantes de informações individuadas, que se devem mencionar na fé de ofícios e servir para os efeitos da Lei nº 1.836, de 1907, que expressamente se refere a “serviços de guerra distinguindo-se por atos de bravura, devidamente justificados em ordem do dia do Exército ou constantes de sua fé de ofício”.

Do processo vê-se que nessa ocasião não se achava nestas condições o requerente que, como oficial de um corpo de expedição, foi beneficiado com o elogio coletivo concebido nestes termos gerais: “Louvo também a todos os oficiais e praças que tomaram parte no feito do dia 9, devendo os corpos a que pertencem consignar esse louvor nos respectivos assentamentos”. (Boletim nº 207, citado.)

Em obediência à parte final da ordem do dia, o louvor às forças em ação devia ser mencionado na fé de ofício do requerente, mas não nos termos em que o foi, pelo que já se mandou cancelar na parte que se referiu a “sangue frio e bravura”, expressões que não constavam da ordem do dia.

Tendo essa ordem de cancelamento feito desaparecer da fé de ofício do requerente a referida menção, ficou sem fundamento legal a sentença, por isso que outros tópicos da fé de ofício em questão onde são registrados o “valor e calma, o heroísmo, o excessivo denodo, a bravura” com que o requerente se houve em outras ações de guerra, são posteriores à sua única promoção, feita em 1894, e não lhe podem, pois, praticamente aproveitar para os efeitos da Lei de 1907.

E assim tendo desaparecido o fato que podia servir de causa, de fundamento, de razão de ser da sentença, parece que ela pode ser atacada legalmente por uma ação rescisória, pois que a sentença dada por falsa causa ou sem causa é nula (Por argumento da Ord. L. 3, Tit. 87, § 1º; Pimenta Bueno, Nulidades do Processo Civil, Tit. 5º, Cap. 4º, § 1º, pág. 102).

E nem importa o fato, que, aliás, não ocorre em relação ao requerente, de que a sentença tivesse tido causa quando foi proferida; “se essa causa fundamental, diz Pimenta Bueno, citado (pág. 104), viesse a reduzir-se a não causa, a mesma sentença caducaria”;

Devo, entretanto, observar que aos tribunais caberá apurar, juntamente com as demais circunstâncias do caso, se se pode facultar a própria parte contra quem se propõe a ação, modificar posteriormente a situação de fato em que a ação se baseou, de modo a, por sua própria autoridade, fazer desaparecer a causa fundamental do julgado.

De fato, a sentença de 1ª instância em que o requerente não interveio, mas foi alcançada em ação proposta por outros oficiais, é de 11 de novembro de 1911, anterior, portanto, ao cancelamento da nota da fé de ofício. O primeiro Acórdão do Supremo Tribunal Federal, porém, no qual já há menção do nome do requerente, admitido como assistente, é de 24 de dezembro de 1912, posterior, portanto, ao cancelamento, ordenado a 3 de maio e publicado a 5 de junho desse mesmo ano.

O que do processo não consta, porém, é a data em que o requerente pediu assistência, a fim de se apurar se, quando ele a requereu, já se havia ordenado o cancelamento.

Em todo o caso, era ao Ministério da Guerra que incumbia ter posto o representante do Ministério Público ao corrente dessa modificação de fato, em relação à questão, e que modificava inteiramente a situação jurídica dos autores no pleito.

A Administração Pública não tem conhecimento da existência das questões propostas contra ela tão somente quando as certidões das sentenças lhe são apresentadas para execução, como se escreveu em uma das informações que instruem este processo. Não; logo que a ação é proposta o Procurador Seccional da República deve remeter ao respectivo Ministério a contrafé e pedir às instruções que habilitem a defender os interesses da Fazenda Nacional. Sem estas instruções prestadas, o órgão do Ministério Público não poderá responder à intenção das partes. Portanto é evidente que o Ministério respectivo desde o início da questão tem conhecimento dela, e justamente com os elementos que ele fornece que a ação é respondida e a Fazenda Nacional defendida.

Cumpre, pois, à Administração, por seus diversos Departamentos, trazer os defensores judiciais da Fazenda Pública informados de quanto ocorre que possa contribuir para o sucesso das causas contra ela propostas.

E no caso ocorrente deve ainda ser registrado que as informações e documentos inicialmente fornecidos ao Procurador não deviam ter sido hábeis para contrariar a intenção dos autores por isso que da sentença de 1ª instância se lê textualmente o seguinte:

“atendendo aos documentos que instruíram o pedido; as razões da Ré (Fazenda Nacional) e os documentos com que afinal veio corroborar a reclamação dos Autores, confirmando-lhes a Justiça; julgo procedente a ação”.

Vê-se desse tópico da sentença que a Fazenda Nacional em vez de se defender veio auxiliar o interesse dos autores na ação.

E é ainda digna de nota que a própria fé de ofício juntada pelo requerente a este processo, extraída a 25 de fevereiro do corrente ano e que alcança toda sua vida militar até as últimas datas, ainda contenha a menção que foi mandada cancelar em 1912.

Como quer que seja, porém, estamos em face da seguinte hipótese: a) um oficial que pede reforma com certos favores, fundada numa sentença; b) uma sentença baseada numa situação de fato que desapareceu.

Como foi dito, essa sentença, em princípio pode ser atacada por meio de uma ação rescisória; mas é fora de toda dúvida que “posto que nula, a sentença subsiste e produz seus efeitos enquanto se não reforma ou revoga pelos meios legítimos” (Pimenta Bueno, cit., p. 100).

É o Poder Judiciário mesmo, de onde dimana a força coercitiva da sentença, que por sua autoridade a pode invalidar, fazendo cessar os seus efeitos legais. Do

contrário, se qualquer funcionário, por mais graduado que fosse, pudesse negar execução às sentenças por reputá-las nulas, por mais evidente que fosse a nulidade, se criaria uma situação de anarquia e incerteza do direito individual, qual a ordem constitucional não pode permitir.

E, pois, penso como disse ao iniciar este parecer, que tendo passado em julgado o decreto judicial em que assenta o pedido do requerente, este não podia ser denegado.

Posteriormente poderia a Fazenda Nacional, se não quisesse atender aos serviços posteriores do requerente, alguns dos quais mereceram elogios de bravura, fazer promover a ação rescisória da sentença em questão, cessando de então em diante, se a sentença for rescindida, os benefícios em que o requerente e outros oficiais, nas mesmas condições que ele, estiver no gozo em virtude da sentença rescindida.

É este meu parecer que submeto á esclarecida apreciação do Senhor Ministro, a quem tenho a honra de devolver os papéis que acompanharam o Aviso nº 2, de 7 do corrente, reiterando os meus protestos de subida estima e distinta consideração.

Rodrigo Octávio.

Comentário

O parecer de 21 de maio de 1914, de autoria de Rodrigo Octávio, enfrentou um nó típico da administração militar da Primeira República: a projeção, no campo estatutário, dos efeitos de decisões judiciais que reconheceram “atos de bravura” lançados em fé de ofício, com reflexos em antiguidade e reforma.

O 2º tenente José Siqueira Campos invocara acórdãos do Supremo Tribunal Federal (em ação proposta por outros oficiais, na qual ingressara como assistente) que afirmaram o direito, em hipóteses idênticas, ao cômputo de antiguidade segundo a Lei n. 1.836/1907.

Rodrigo Otávio partiu do ponto jurídico correto: sentença transitada em julgado, que afirma direito subjetivo, não dependia de execução judicial para produzir efeitos perante a Administração; bastava a apresentação da certidão e da prova do trânsito em julgado. Em termos de repartição de competências, o Consultor ressaltou que não havia espaço para “embargar” administrativamente o comando judicial; prevalecia a autoridade do julgado.

A dificuldade ocorria no plano fático-probatório. Após os julgados que serviam de fundamento, a Administração mandara cancelar, por Aviso de 3 de maio

de 1912 (Boletim do Exército n. 207), a menção personalizada de “sangue-frio e bravura” na fé de ofício do requerente, por se tratar de elogio coletivo, não individualizado, decorrente de ordem do dia que louvava indistintamente oficiais e praças.

Esse cancelamento retirava o suporte fático para a incidência da Lei n. 1.836/1907, que exige atos de bravura “devidamente justificados” e individualizados. A partir daí, o parecer articulou a tese clássica: desaparecida a causa que justificava a sentença, abria-se, em tese, a via da ação rescisória, pois “sentença dada por falsa causa ou sem causa é nula”, evocando doutrina processual oitocentista (Ord. L. 3, Tít. 87; Pimenta Bueno).

O fio condutor, entretanto, preservou a hierarquia institucional: ainda que a Administração reputasse caduco o suporte fático, não lhe cabia negar efeitos ao julgado por autoridade própria. “Posto que nula, a sentença subsiste enquanto não rescindida pelos meios legítimos”, síntese de uma hermenêutica de contenção, que veda soluções autárquicas (a “administração que se autocorrigue contra o Judiciário”) e remete o conflito ao foro adequado. A Fazenda, se entendesse indispensável, deveria propor a rescisória, fazendo cessar ex nunc os benefícios reconhecidos, caso viesse a obter decisão favorável.

O parecer também registrou um déficit de coordenação processual: cabia ao Ministério da Guerra municiar o Ministério Público com a informação sobre o cancelamento da nota na fé de ofício, fato superveniente relevante para o desfecho do litígio.

A sentença de 1ª instância, aliás, consignou que a própria Fazenda “veio corroborar a reclamação dos autores”, sinal de uma defesa mal instruída. A crítica, elegante, mas firme, revelou o método de Rodrigo Octávio: o controle de juridicidade não se esgota no binômio “cumprir ou não cumprir” a decisão; exige também gestão processual diligente, sob pena de transformar a arena judicial em homologação de erros administrativos.

No mérito estatutário, a lição foi dupla. Primeiro, a Lei n. 1.836/1907 distinguiu elogio coletivo (compatível com menção histórica no assentamento) de “ato de bravura” individual (capaz de irradiar efeitos em antiguidade e reforma). A

fé de ofício serve de repositório formal dessa distinção, mas não a cria: a individualização precisa constar de ordem do dia ou de informação específica do comando.

Segundo, o marco temporal importa: referências elogiosas posteriores à única promoção (1894) não retroagiam para favorecer os efeitos da lei de 1907, o que impunha rigor cronológico na análise das vantagens.

O desfecho prático foi equilibrado. De um lado, reconheceu-se que, “em princípio”, o pedido não poderia ser denegado enquanto pendente a autoridade da coisa julgada; de outro, apontou-se com clareza a via adequada para desfazer seus efeitos, a rescisória, caso se entendesse que o suporte fático fora indevidamente suprimido ou que a sentença se apoiara em base equivocada.

Entre a obediência cega e a insurreição administrativa, o parecer cravou a via média do Estado de Direito: cumprir hoje, discutir amanhã nos autos próprios.

Como peça de história do direito administrativo, o documento reteve três marcas da Consultoria da época. A primeira é a deferência substantiva ao Poder Judiciário, sem abdicar da crítica técnica e da indicação da via processual cabível. A segunda é o formalismo probatório funcional: fé de ofício, ordem do dia e boletins como instrumentos jurídicos que estruturavam direitos estatutários, exigindo individualização e cronologia estrita. A terceira é a pedagogia institucional: a Administração precisava organizar informação, defender-se com fatos atualizados e manter coerência entre o que lança nos assentamentos e o que sustenta em juízo.

No conjunto do volume, a peça dialogou com precedentes próximos: tal como no caso das honras a civis (1912) e nas promoções/reformas (1913), Rodrigo Octávio repisou a tríade método-base temporal-competência. Método, ao exigir individualização do mérito e coordenação entre registros e processo; base temporal, ao fixar efeitos conforme a data dos atos; competência, ao reservar ao Judiciário o poder de rescindir. O resultado foi um roteiro de convivência entre disciplina militar, garantias processuais e supremacia do julgado, um exemplo de algumas tensões que moldaram o direito público brasileiro no limiar da década de 1910.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 19 de fevereiro de 1915. - Nº 32.

Exmo. Senhor Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda. – Arthur de Ávila, praticante da Administração dos Correios de São Paulo, duas vezes demitido e reintegrado, faleceu, em funções daquele cargo, em 28 de março de 1909.

Só em 5 de junho de 1914 sua viúva promoveu a habilitação para os efeitos do montepio.

Foram expedidos os títulos, mas, divergindo o Tesouro do modo por que a Diretoria de Contabilidade considerou o caso, e tido o finado funcionário como contribuinte novo, sob o fundamento de haver perdido o direito ao montepio anterior na segunda exoneração que lhe havia sido dada, foram os títulos devolvidos e de novo enviados ao Tesouro com a respectiva apostila.

Entretanto, apesar de se haver assim agido por força de despacho do Tesouro, mandou V. Ex. que o caso me fosse submetido para dizer sobre o direito dos habilitandos e sobre a prescrição arguida.

Havendo estudado o processo com a devida atenção, devo dizer Senhor Ministro que discordo da resolução anteriormente tomada em relação ao caso.

O funcionário em questão, exonerado em 17 de abril de 1897, sob o regime do montepio obrigatório, foi reintegrado em 31 de dezembro de 1903.

Não tendo requerido para continuar a contribuir para o montepio, quando exonerado, teria perdido o direito a ele, a menos que ele estivesse em condições de miserabilidade (art. 19 combinado com o art. 17 do Decreto 942 A, de 1890).

Mas, tendo sido não nomeado de novo, mas reintegrado no seu cargo anterior, parece que deve ser tida como reintegrado no seu cargo anterior, parece que deve ser tida como reatada, para todos os efeitos, a situação anterior do funcionário, visto como a reintegração é um restabelecimento, uma restituição; e assim, se ele tinha direito ao montepio, quando foi exonerado, não pode deixar de ser reconhecido esse direito após a reintegração. Dos vencimentos atrasados, que lhe deveriam ter sido pagos, dever-se-ia, ex-offício, ter descontado as quotas correspondentes.

Acontece, porém que, ao ser o funcionário reintegrado estava suspenso o montepio, por força do art. 37 da Lei nº 490, de 16 de dezembro de 1897.

Todavia, não sendo ele um empregado novo, mas antigo, que fora reintegrado, devia ter sido considerado como antigo contribuinte e não como empregado para o qual estaria suspenso o montepio. Parece-me que as quotas de

montepio deviam ter sido descontadas de seus vencimentos, e, pelo fato de não o terem sido, não deve ser prejudicado o direito de herdeiros.

Mas, ainda ocorre nova circunstância: o funcionário faleceu em 28 de março de 1909, antes do restabelecimento do montepio obrigatório.

Não vejo, entretanto, em que isso modifique a situação. Funcionário reintegrado, ele trouxe consigo, no reatamento de sua carreira, sua situação jurídica anterior: era um funcionário antigo, sujeito ao regime do montepio obrigatório; falecendo, antes ou depois do restabelecimento desse montepio, seu direito não é afetado de qualquer forma.

Sou, pois, de parecer que deve o funcionário em questão ser tratado como um contribuinte normal do montepio obrigatório. Seu débito para com a Fazenda, pelas contribuições que deixaram de ser descontadas, deve ser apurado e cobrado, e tendo seus herdeiros requeridos a habilitação somente a 5 de junho de 1914 está incontestavelmente prescrita, para os que não forem menores, as pensões anteriores há cinco anos contadas essa data, isto é, anteriores a junho de 1909.

O Tesouro considerou o funcionário como um contribuinte novo. Não posso concordar com esse critério; mesmo porque, se ele tivesse sido um funcionário nomeado durante o período de suspensão de montepio, havendo falecido, dentro do mesmo período, é minha opinião que nenhum direito teria seus herdeiros, como já teve ensejo de me pronunciar no parecer dado a V. Ex. em ofício nº 15 de 26 de janeiro findo, a propósito do montepio requerido pelos herdeiros de Francisco Orlando da Silva.

Mas, o falecido funcionário, tendo sido, não originariamente nomeado, mas reintegrado num cargo que exercia desde o tempo do montepio obrigatório, não pode deixar de ser tido senão como empregado antigo, sujeito a esse regime.

É este Senhor Ministro meu parecer que submeto ao esclarecido critério de V. Ex., a quem devolvendo os papéis que me foram enviados pelo Aviso nº 20, de 29 de janeiro, tenho a honra de reiterar os meus protestos de subida estima e mui distinta consideração.

Rodrigo Octávio.

Comentário

O parecer de 19 de fevereiro de 1915, também de autoria de Rodrigo Octávio, tratou de um tema sensível da administração de pessoal: os efeitos previdenciários da reintegração quando, entre a exoneração e o retorno ao cargo, o regime do montepio havia sido suspenso por lei.

O caso de Arthur de Ávila, praticante da Administração dos Correios de São Paulo, era exemplar: duas demissões, duas reintegrações e morte em exercício (28.3.1909), com habilitação da viúva apenas em 5.6.1914. A divergência entre a

Diretoria de Contabilidade e o Tesouro residira em qualificá-lo como “contribuinte novo”, tese que fulminava o direito ao montepio anterior por suposta perda na segunda exoneração.

Rodrigo Octávio rechaçou esse enquadramento e reconstruiu o problema a partir da natureza jurídica da reintegração. Reintegração não era nomeação originária: restabelecia o vínculo anterior, com reatamento integral da situação estatutária, inclusive quanto ao regime previdenciário.

Se, à data da primeira exoneração, o servidor se achava sob o montepio obrigatório (Decreto 942-A/1890), a reintegração operava como *restitutio in integrum*; caberia, ex-officio, o desconto das quotas não recolhidas nos vencimentos atrasados, sem prejuízo do direito da família. A omissão administrativa (não promover os descontos) não poderia converter-se em obstáculo ao benefício.

O Consultor enfrentou o ponto nodal: quando o servidor foi reintegrado, vigorava a suspensão do montepio (art. 37 da Lei 490/1897) e, ademais, o óbito ocorrera antes do restabelecimento do regime. Ainda assim, a resposta permaneceu a mesma, porque o fundamento não era o status “novo” do vínculo, mas o caráter continuado do vínculo pretérito restituído.

A suspensão por lei alcançaria quem ingressasse de forma originária no período de suspensão; não alcançaria o reintegrado cuja sujeição ao regime obrigatório precedera a suspensão. Em termos práticos, distinguiu-se adequadamente entre os efeitos ex tunc da reintegração (reanimação do vínculo com suas qualidades) e a incidência temporal de leis supervenientes sobre situações novas.

Houve, porém, um limite temporal objetivo que o parecer preservou com rigor: a prescrição quinquenal das prestações vencidas. Como a habilitação só fora promovida em 5.6.1914, restaram prescritas as pensões anteriores a junho de 1909 para os herdeiros não menores. A solução foi coerente com a lógica de direitos de trato sucessivo: reconheceu-se o direito ao benefício, mas circunscreveram-se as parcelas exigíveis ao quinquênio anterior ao requerimento.

O texto também sedimentou uma orientação de política administrativa: a classificação do servidor como contribuinte novo não podia ser utilizada para negar

o benefício quando a Administração contribuía para a irregularidade (ausência de descontos) e quando a própria moldura legal distinguia claramente o caso do reintegrado.

Ao mesmo tempo, manteve-se a simetria: se o servidor houvesse ingressado originariamente durante a suspensão e morrido nesse interregno, não haveria direito, linha já firmada em parecer anterior do próprio Consultor, o que deu estabilidade e previsibilidade à interpretação.

Do ponto de vista histórico, o parecer ilustrou como a Consultoria resolveu a tensão entre continuidade estatutária e descontinuidades legislativas. Em vez de tratar a reintegração como vínculo novo, adotou a chave da continuidade jurídica do cargo e de seus efeitos, valorizando a boa-fé, o princípio da não surpresa e a neutralidade das falhas de gestão sobre direitos sociais mínimos. Ao mesmo tempo, aplicou sem hesitação o instituto da prescrição, reafirmando que prestações periódicas exigiam atuação tempestiva do beneficiário.

Em diálogo com o parecer imediatamente anterior (21.5.1914, Siqueira Campos), manteve-se a mesma arquitetura de solução: preservação do direito subjetivo reconhecido (no primeiro, pela coisa julgada; aqui, pela continuidade estatutária da reintegração), correção do suporte fático-normativo com técnica própria (no primeiro, eventual ação rescisória para rever a base fática; aqui, recomposição contábil com cobrança das quotas em atraso) e respeito a balizas temporais (no primeiro, efeitos ex nunc de eventual rescisória; aqui, prescrição quinquenal).

O fio comum foi a recusa de autotutela punitiva da Administração contra o administrado: a correção de rumos, judicial ou contábil, não poderia converter-se em denegação do núcleo do direito.

PARECERES

Gabinete do Consultor- Geral da República. – Rio de Janeiro, 5 de janeiro de 1915. – Nº 1.

Exmo. Senhor Ministro de Estado da Viação e Obras Públicas. – Os funcionários do quadro da Inspeção Federal de Portos, Rios e Canais representaram contra a Portaria de 26 de outubro último pela qual o antecessor de V. Ex. nomeou pessoa estranha ao referido quadro para o lugar de guarda-livros, vago pela exoneração do respectivo serventário.

O Regulamento da Inspeção, aprovado pelo Decreto 9.078 de 3 de novembro de 1911, não é expresso sobre o ponto em questão, que é o de saber se o guarda-livros deve ser nomeado por acesso dentre os funcionários da Repartição, ou pode avir de fora. É certo que o art. 37 dispõe que “salvos os cargos de Inspectores e chefes de serviço, o provimento dos demais lugares do quadro do pessoal efetivo será feito, em caso de vaga, por acesso das respectivas classes, atendendo-se a antiguidade e sobretudo ao merecimento”.

Mas o Regulamento não só especifica quais são os chefes de serviço, como não define as classes dentro das quais deve ser feita a promoção.

Entretanto, parece que como Chefe de Serviço deve ser compreendido o Secretário, chefe da Secretaria, o Tesoureiro, chefe da Tesouraria, aos quais se especificam funções, respectivamente, nos arts. 10 e 12, mencionando os arts. 11 e 13 os funcionários que lhes são diretamente subordinados, caso em que também se acham o chefe da seção de Contabilidade e Estatística (arts. 15 e 16) e chefe da seção Técnica (arts. 17 e 18)

Ora, em relação ao guarda-livros não se encontra disposição alguma especial do Regulamento, apenas dispondo o art. 16 que ele será diretamente subordinado ao chefe da seção de contabilidade, de onde se conclui que ele não é chefe de serviço. E, assim, se é levado logicamente a concluir que, nos termos do citado art. 37, o lugar de guarda-livros deve ser provido por acesso, por isso que, evidentemente, pertence ao quadro de pessoal efetivo e não é chefe de serviço.

Quanto às classes em que o acesso se deve manifestar nos termos da citada disposição, parece evidente que outras não podem ser senão a administrativa e a técnica, pois que na repartição há duas classes de serviços especiais, os administrativos e os técnicos, ambos com a sua respectiva hierarquia enfileirando-se no inspetor.

O lugar de guarda-livros, como se depreende do estudo do Regulamento, sem funções especialmente definidas, sem designação de quem o deva substituir nos

impedimentos, subordinado ao chefe da seção de contabilidade, é evidentemente da classe administrativa e imediatamente superior aos oficiais.

Parece-me, pois, evidente que, nomeando para esse lugar pessoa estranha ao quadro de pessoal da classe administrativa da Inspetoria, o ato foi menos regular e violou disposições do Regulamento.

Na conformidade, porém, do meu parecer sobre a reclamação dos 1^{os} oficiais da Diretoria Geral dos Correios contra a promoção do 1^o Oficial Campos Sobrinho a chefe da seção, sou de parecer que à Administração falta competência para corrigir o erro e anular o ato, declarando-o sem efeito.

Trata-se de um ato que, se prevalecer a interpretação do Regulamento por mim aqui esposada, será anulável. O Poder Judiciário, entretanto, é que é o competente para interpretar de modo definitivo o Regulamento e conhecer do caso, em que estão em jogo direitos eventuais, não só do funcionário nomeado, em relação a quem o ato de nomeação já produziu todos seus efeitos, como dos demais funcionários que se reputam prejudicados pelo modo por que se preencheu o lugar de guarda-livros.

A existência de um direito em jogo e não de um simples interesse era o que, segundo o conceito de nossos autores, caracterizava a distinção entre o contencioso administrativo e a jurisdição graciosa (Ribas, *Direito Administrativo Brasileiro*, edição de 1866, Uruguay, *Direito Administrativo*, vol. 1^o, p. 94).

Ora, no regime atual, o contencioso administrativo foi implicitamente abolido pela Constituição, desde que esta atribuiu ao Poder Judiciário a competência de conhecer de todas as causas contra a Fazenda Nacional, fundadas na lesão de direitos, sendo que a competência judicial para conhecimento de tais questões, já no tempo do Império, era reclamada por autorizadas vozes (Ouro Preto, *Reforma Administrativa e Municipal*, cap. 4^o).

Abolido, pois, o contencioso administrativo, falta ao Governo competência para conhecer de reclamações contra atos perfeitos e acabados que se pretende tenham violado direitos, e que podem por sua vez ter dado origem a direitos novos.

Convém ponderar, entretanto, que na hipótese em estudo ocorre que o funcionário nomeado pela Portaria de 26 de outubro é, a meu ver, livremente demissível. A jurisprudência muito liberal do Supremo Tribunal Federal em matéria de indemissibilidade dos funcionários tem reconhecido que eles só podem ser exonerados respeitadas as condições de seus respectivos regulamentos. Ora, o art. 29 do Regulamento da Inspetoria estatui que, depois de 10 anos de serviço, o pessoal titulado da Administração Central só possa ser demitido por falta grave, desídia ou incapacidade comprovada. De onde se conclui que, antes dos 10 anos, possa o funcionário ser exonerado sem tais condições. Pelo que, se o funcionário em questão não tem 10 anos de serviço público, parece-me que poderá ser exonerado.

Em face dos princípios expostos neste parecer, pois, e a menos que V. Ex. não queira resolver o caso pela possível exoneração do atual guarda-livros e consequente preenchimento da vaga nos termos regulamentares, sou de parecer que os reclamantes devem ser mandados ao Poder Judiciário.

Devolvo os papéis que acompanharam o Aviso nº 269 de 29 de dezembro como qual V. Ex. solicitou meu parecer a respeito e tenho a honra de reiterar a V. Ex. os meus protestos de elevada estima e distinta consideração.

Rodrigo Octávio.

Comentário

O parecer de 5 de janeiro de 1915, da lavra de Rodrigo Octávio, enfrentou uma querela típica da transição do serviço público brasileiro para modelos mais profissionais de carreira: podia o Ministério nomear livremente o guarda-livros da Inspetoria Federal de Portos, Rios e Canais, ou a vaga deveria ser provida por acesso entre os próprios servidores?

Rodrigo Octávio partiu do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 9.078/1911, cujo art. 37 determinava o provimento por acesso, ressalvados apenas os cargos de inspetores e de chefes de serviço. Notou, entretanto, que o texto não definia expressamente quem eram esses “chefes” nem as “classes” a que o dispositivo aludia.

Reconstruiu, então, a arquitetura interna da Inspetoria a partir dos artigos orgânicos: secretário (chefe da Secretaria), tesoureiro (chefe da Tesouraria) e chefes das seções de Contabilidade e Estatística e Técnica. À luz dessa sistemática, o guarda-livros aparecia como posto subordinado ao chefe da Contabilidade (art. 16), sem funções próprias de direção, e, por conseguinte, integrante da classe administrativa, imediatamente acima dos oficiais. Desse enquadramento resultou a conclusão: a nomeação de pessoa estranha ao quadro ferira a regra de acesso interno estabelecida no art. 37.

O passo seguinte do parecer não foi anular o ato, mas demarcar a esfera de competência: ainda que o provimento tivesse menor densidade ou indício de regularidade, à Administração faltaria poder para desconstituir unilateralmente um ato perfeito que já produzira efeitos e em torno do qual se alegavam direitos contrapostos (o do nomeado e o dos preteridos).

Invocou-se, aqui, o movimento constitucional que abolira o velho contencioso administrativo e deslocara ao Judiciário as causas contra a Fazenda

fundadas em violação de direitos, linha que a doutrina oitocentista já reclamara e que a jurisprudência do Supremo consolidara. Por isso, a via própria para sindic a ilegalidade seria a ação judicial, não a autotutela invalidatória do Ministério.

Houve, contudo, uma válvula administrativa indicada pelo Consultor: a exoneração *ad nutum*, se presente o pressuposto regulatório. O art. 29 do Regulamento da Inspeção assegurava indemissibilidade apenas após dez anos de serviço, por falta grave, desídia ou incapacidade comprovada.

Antes desse marco, o servidor poderia ser exonerado sem aquelas condicionantes. Logo, caso o guarda-livros nomeado não contasse dez anos, o Ministro poderia afastá-lo e, em seguida, preencher a vaga “pelos termos regulamentares”, isto é, por acesso dentro da classe administrativa. Se, ao contrário, presente estivesse a estabilidade decenal, restaria encaminhar os reclamantes ao Poder Judiciário para tutela do alegado direito de carreira.

Do ponto de vista dogmático, o parecer assentou três pontos duradouros. Primeiro, a regra de provimento por acesso funciona como garantia institucional do sistema de classes e hierarquias internas; cargos não dirigentes, quando vagos, não podem ser abertos externamente sem base normativa específica.

Segundo, a autotutela tem limites quando já se consolidaram efeitos subjetivos relevantes: a Administração não se substitui ao juiz para desfazer, em nome próprio, um ato que impacta direitos individuais. Terceiro, a estabilidade estatutária (aqui, decenal) opera como critério objetivo para a margem de manobra administrativa: antes dela, exoneração; depois dela, jurisdição.

Em chave histórica, o texto iluminou a tensão entre dois impulsos do começo do século XX: a pressão por profissionalização e progressão por mérito/antiguidade, de um lado, e práticas de provimento discricionário, de outro. Rodrigo Otávio leu o Regulamento de 1911 como instrumento de fechamento de carreira, distinguindo direção (chefiada) e execução (carreira administrativa) e conteve, por via hermenêutica, a expansão de ingressos externos em postos intermediários. Ao mesmo tempo, preservou a segurança jurídica: evitou que a correção de rumo se fizesse por simples revogação administrativa de um ato perfeito, remetendo o conflito de direitos ao foro próprio.

Em diálogo com os pareceres imediatamente anteriores do volume, a solução repetiu a gramática de limites à autotutela já delineada no caso do montepio (19.2.1915) e no da reforma militar com coisa julgada (21.5.1914): a Administração poderia recompor percursos (exoneração possível antes do decênio; recomposição contábil; eventual ação rescisória), mas não suprimir, por decisão interna, efeitos subjetivos já irradiados. O fio comum foi a combinação entre fidelidade ao desenho normativo (acesso interno para cargos não dirigentes) e deferência ao Judiciário quando a disputa ultrapassava o plano do mero interesse para ingressar no terreno de direitos subjetivos.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 1915. – Nº 30.

Exmo. Senhor Ministro de Estado da Viação e Obras Públicas. – Como o Aviso nº 8, de 26 de janeiro findo, solicitou V. Ex. meu parecer sobre a proposta feita pelo Diretor da E. F. Central do Brasil de ficar sem efeito a nomeação de Frederico José da Silva Povoas Junior para o cargo de Ajudante do Intendente da mesma estrada.

Tratando-se de um cargo demissível livremente, por isso que o regulamento respectivo nenhuma condição prescreve para a exoneração dos funcionários que tenham menos de 10 anos de serviço, parece-me evidente que a nomeação pode ser declarada sem efeito, sem que o nomeado tenha direito a qualquer reclamação.

Não se me afigura, entretanto, que tenha fundamento jurídico à impugnação feita a conservação do funcionário em questão, pois não vejo em que sua nomeação haja sido feita com violação de qualquer dispositivo regulamentar.

É certo que o art. 6 das Instruções relativas às fianças dos responsáveis para com a Fazenda Nacional, mandadas observarem pela circular do Ministério da Fazenda nº 18, de 10 de abril de 1906, prescreve que a fiança dos responsáveis responde também pela gestão de seus fiéis, ajudantes ou prepostos, o que faz crer que esses fiéis, ajudantes ou prepostos devam ser funcionários da confiança do responsável.

Entretanto, nenhuma condição estabelece o Regulamento da Central, aprovado pelo Decreto 8.610, de 15 de março de 1911, para a nomeação de Ajudante de Intendente, pelo que não se pode dizer que essa nomeação haja sido irregularmente feita, não encontrando eu quais sejam os requisitos legais que tenham sido preteridos, como pondera o Senhor Diretor, em seu ofício de 18 de janeiro.

Acresce que o funcionário em questão está igualmente sujeito á fiança, como se vê do § 6º do art. 108 do citado Regulamento.

Em tais termos, a menos que V. Ex. não tenha razões para dispensar o funcionário nomeado, penso que é no sentido deste meu parecer que deve ser respondido o ofício do Diretor Central, cuja intervenção deve ser pedida no sentido de fazer desaparecer uma desinteligência com que só tem que perder o serviço público.

Devolvo os papéis que acompanharam o Aviso e tenho a honra de reiterar V. Ex., os meus protestos de alta estima e distinta consideração.

Rodrigo Octávio.

Comentário

O parecer de 18 de fevereiro de 1915, também de Rodrigo Octávio, tratou de uma questão de provimento e exoneração em administração ferroviária federal, tomando como objeto a nomeação de Frederico José da Silva Povoas Júnior para Ajudante do Intendente da E. F. Central do Brasil.

Rodrigo Octávio partiu de um dado estrutural: o cargo era livremente demissível antes do decênio de serviço, porque o Regulamento da Central (Dec. nº 8.610/1911) não condicionava a exoneração a falta grave, desídia ou incapacidade para servidores com menos de dez anos. Daí decorreu a primeira conclusão, a nomeação poderia ser tornada sem efeito sem que ao nomeado assistisse direito subjetivo à manutenção no posto.

O ponto nuclear, contudo, não foi a mera disponibilidade do vínculo, e sim a (in)existência de vício no ingresso. O Diretor da estrada vislumbrara irregularidade à luz das “Instruções relativas às fianças” (Circ. MF nº 18/1906), cujo art. 6º ampliava a responsabilidade dos fiadores pela gestão de “fiéis, ajudantes ou prepostos”, sugerindo que tais auxiliares devessem ser, por confiança, escolhidos pelo responsável direto.

O Consultor distinguiu planos normativos: a circular de fianças não criava requisito de provimento; apenas estendia o alcance da garantia. No regime específico da Central, não havia condição legal para a nomeação do Ajudante do Intendente, e, ademais, o próprio ajudante estava sujeito a fiança (§ 6º do art. 108 do Regulamento), o que reforçava a suficiência das salvaguardas patrimoniais. Conclusão: inexistira violação regulamentar; o ato de provimento fora válido.

O desfecho conciliou legalidade com gestão. Reconhecida a validade da nomeação, o parecer ainda assim admitiu a revogação por conveniência administrativa, dada a livre demissibilidade antes do decênio. Mas recomendou que a resposta ao Diretor fosse orientada à composição do conflito interno — “fazer desaparecer a desinteligência” — porque, ausente vício jurídico, o debate residia na esfera de gestão e confiança funcional, não de invalidade.

A linha metodológica reiterou um traço já visto no volume: leitura estrita do regulamento setorial, rejeição de importação de exigências a partir de atos normativos de outra natureza (garantias de fiança), e separação clara entre invalidação (que pressupõe ilegalidade) e revogação (que decorre de mérito administrativo).

O parecer reafirmou três ideias: (i) hierarquia normativa e especialidade, instruções financeiras não alteravam o regime de provimento previsto no regulamento setorial; (ii) distinção entre controle de legalidade e discricionariedade, sem vício, não há espaço para anulação, mas pode haver revogação se a estrutura de confiança assim o exigir dentro dos limites do estatuto (pré-decênio); (iii) suficiência das garantias, a sujeição do próprio ajudante à fiança tornava desnecessário erigir um requisito implícito de “escolha pessoal” do intendente.

Em continuidade com os pareceres anteriores, manteve-se a baliza de que correções de rota administrativas devem operar por instrumentos próprios (revogação, rearranjos de gestão), e não pela declaração de nulidade onde o ordenamento não a autoriza.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. Rio de Janeiro. 1º de julho de 1915. – Nº. 85.

Exmo. Senhor Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda. – No processo de habilitação do montepio deixado pelo maquinista da Estrada de Ferro Central do Brasil, Manoel Antonio da Silva, mandou-me V. Ex. ouvir pela circunstância de não só haver divergências entre nomes constantes de certidões de registro civil e os mencionados na justificação como ainda por haver o contribuinte e sua mulher declarados não saberem ler nem escrever no ato do casamento e haver aquele assinado a declaração de família e esta os requerimentos de fls. 29 e 30.

Não me parece, Senhor Ministro, que as dúvidas levantadas sejam de molde a merecer qualquer providência.

As divergências de nomes são pelo que apurei três. Na certidão de casamento de fl. 18, a filha do casal, Olegária, é chamada Olegária Maria de Almeida, quando na justificação (fl. 8 v.) e na certidão de óbito (fl. 20) é ela tida como Olegária Loureiro de Almeida. Tendo ela se casado com Eurico Loureiro de Almeida (ut certidão de folha 18) está explicado o aparecimento do nome Loureiro, tendo o de Maria deixado de ser mencionado. Aliás, nada disso importa ao caso porque Olegária faleceu e dela não se cogita neste processo.

Outra divergência é a do nome da viúva do contribuinte, Inácia Maria da Conceição, dado nessa mesma certidão de óbito de sua filha Olegária como Inácia Francisca da Silva. Esse engano foi, entretanto, corrigido expressamente em item da justificação e não tem importância alguma desde que há no processo prova incontestável de que a mulher do contribuinte e mãe de Olegária era a própria Inácia Maria da Conceição; também nenhuma importância tem o terceiro engano do nome da mãe do contribuinte dado na certidão de casamento (fl. 17. V.) como Maria Luiza da Silva (fl.24).

Trata-se, como se vê, de pequenos equívocos, que nenhuma dúvida levanta sobre a identidade das pessoas interessadas e que não podem servir de embaraço a liquidação do processo.

Quanto à outra questão, também não se me afigura como afetando a regularidade do processo. Parece evidente que o contribuinte sabia ler e escrever. A declaração de família é por ele assinada e escrita do próprio punho de quem a assinou; e que sabia ler e escrever prova-o a escritura de reconhecimento de seus filhos (fl.3) assinada na presença do tabelião, o que faz fé.

O fato de haver declarado no ato do casamento que não sabia ler nem escrever terá uma explicação qualquer, mas, suprida legalmente, como foi, a

assinatura, esse fato, mesmo quando não fosse verdadeiro, não invalidaria o casamento. Por outro lado, parece-me também fora de dúvida que a habilitanda, viúva do contribuinte, não sabia ler nem escrever, por isso que ela o declarou no ato do casamento e também ao passar, perante tabelião, a procuração (fl. 10) para a presente habilitação.

O aparecimento de seu nome nos requerimentos de fl. 29 e fl. 30 podem representar um abuso, mas não tem gravidade sendo um ato ao qual não se pode de forma alguma atribuir má fé. Esses requerimentos são simples pedidos de certidão, no evidente interesse da habilitanda e escritos pelo mesmo punho de quem escreveu o requerimento da justificação de fl. 8 e os de fl. 23 (há engano na paginação, deve ser 20 A), 22 e 26, e provando-se que o ato reverteu em manifesta utilidade da pessoa a quem a nulidade respeita, ela não será pronunciada (C. de Carvalho, Nova Consolidação, art. 276, § 1º).

Acresce ponderar que as certidões, durante muito tempo, podiam mesmo ser pedidas em requerimento não assinado.

Em face de tais considerações, não refletindo as pequenas irregularidades apontadas nenhuma dúvida sobre o direito nem sobre a identidade das pessoas em causa, sou de opinião que se deva prosseguir nos termos regulares.

Devolvo a V. Ex. o processo que me veio com o Aviso nº 94 de 12 do corrente e tenho a honra de reiterar a V. Ex. os meus protestos de elevada estima e distinta consideração.

Rodrigo Octávio.

Comentário

O parecer de 1º de julho de 1915, de autoria de Rodrigo Octávio, enfrentou um típico incidente probatório em processos de montepio: pequenas incongruências documentais e suspeitas em torno de alfabetização dos interessados. Rodrigo Octávio partiu do dado essencial, a finalidade previdenciária do procedimento, para afirmar que meros lapsos nominais ou inconsistências formais, se não comprometiam a identidade das pessoas e a prova do vínculo, não deviam travar a liquidação do benefício.

No plano fático, três divergências onomásticas foram destrinchadas e esvaziadas. A filiação de Olegária foi esclarecida pela adoção do sobrenome do cônjuge (“Loureiro de Almeida”), irrelevante ao caso por ter a filha falecido; a variação do nome da viúva (“Inácia Maria da Conceição” versus “Inácia Francisca da Silva”) já se achava corrigida na justificação e estava circundada por prova

robusta de identidade; e o engano quanto ao nome da mãe do contribuinte não alterava a substância do vínculo familiar.

O método foi o de cotejo orgânico do conjunto documental, certidões, justificações e registros, para afirmar a certeza jurídica sobre quem eram os beneficiários, priorizando a verdade material sobre a literalidade ocasional.

Quanto à questão da alfabetização, o parecer distinguiu duas situações. Em relação ao contribuinte, a própria “declaração de família” manuscrita e a escritura pública de reconhecimento de filhos, assinada perante tabelião, demonstraram capacidade de ler e escrever, tornando inócua a autodeclaração de analfabetismo feita por ocasião do casamento.

Em relação à viúva, a confissão de não saber ler e escrever permaneceu verossímil e coerente com a outorga de procuração por instrumento público. Assim, não havia fundamento para suspeita invalidante: atos notariais gozavam de fé pública e supriam, formalmente, a assinatura por quem não sabia assinar, preservando-se a eficácia do casamento e dos atos subsequentes.

Do ponto de vista técnico, o Consultor aplicou a lógica da instrumentalidade das formas: não se pronuncia nulidade quando o ato aproveita manifestamente à pessoa a quem a irregularidade diria respeito e não há prejuízo a terceiros (remissão à Nova Consolidação de Carlos de Carvalho, art. 276, § 1º). Esse filtro de prejuízo concreto operou em dois níveis: (i) as pequenas divergências nominais não geravam dúvida razoável sobre a identidade; (ii) os requerimentos subscritos “em favor” da habilitanda, ainda que não por ela, destinavam-se à obtenção de certidões imprescindíveis ao próprio reconhecimento do direito, sem indício de má-fé.

O parecer refletiu uma prática previdenciária de início do século XX, em que a prova do estado civil e da família dependia de cartórios com padronização vacilante, homônimas frequentes e grafias voláteis. A resposta jurídica foi pragmática: valorizar o conjunto probatório, admitir correções saneadoras em sede de justificação e impedir que formalismos estéreis bloqueassem prestações de natureza alimentar. A decorrência prática foi inequívoca: o processo deveria prosseguir nos termos regulares, afastadas as dúvidas suscitadas.

A lição dogmática permaneceu alinhada aos pareceres de montepio já examinados no volume: prevalência da verdade material, centralidade da fé pública notarial para suprir limitações formais, e rejeição de nulidades sem danos. Rodrigo Octávio estabilizou o procedimento naquilo que importava, identidade certa e vínculo comprovado, e reconduziu as imperfeições documentais ao seu devido lugar: meras irregularidades, incapazes de obstar o direito.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 25 de novembro de 1915. - Nº 146.

Exmo. Senhor Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda. – Com o Aviso nº 183 de 25 de outubro findo, me remeteram V. Ex.; para dar parecer, o processo relativo à propriedade de uma ilha situada no rio Parapanema, que divide os Estados de São Paulo e do Paraná, e de que se ocupa a representação do Senhor Inspetor Fiscal Luiz Campos, de 22 de novembro de 1913.

Trata-se de uma ilha, de extensão considerável, com boas pedreiras, únicas existentes nas vizinhanças, sita num rio que divide dois estados da União, e que está indevidamente explorada por particulares.

A solução do caso se prende a controvertida questão da propriedade das ilhas fluviais, questão ainda mais embaraçada em nosso direito pela controvérsia acerca do domínio sobre os rios públicos.

Divergem autores e legislações quanto a filiar a propriedade das ilhas fluviais ao proprietário ribeirinho mais próximo, ou ao proprietário do rio onde a ilha se formou.

No Direito Romano prevalecia a primeira solução; modernamente as legislações se bipartiram. Entre nós não há lei expressa optando por uma das soluções, sendo de notar que a Ord. do L. 2º Tit. 26, § 10, em matéria de ilhas só atribuem ao Estado às adjacentes ao mar, silenciando sobre as formadas nos rios.

O Projeto de Código das Águas, elaborado em 1907 pelo provecto jurista Dr. Alfredo Valadão, e desde então sujeito à apreciação da Câmara dos Deputados, regula o assunto em seus artigos 27 e seguintes:

E entre nós os autores divergem. Assim, Lafayette (*Direito das Coisas*, vol. 1º § 29), Lacerda de Almeida (*Direito das Coisas*, Vol. 1º § 20, d, p. 148), Clóvis Bevilacqua, (*Teoria Geral do Direito*, § 42, nota 4, p. 255), Carvalho de Mendonça, *Rios e Água Correntes*, nº 101, p. 222), atribuem a propriedade das ilhas aos proprietários marginais dos rios; ao passo que Carlos de Carvalho, (*Nova Consolidação*, arts. 215, j, e 216, d) e Eduardo Espínola (*Sistema de Direito Civil Brasileiro*, 1º vol. p. 419) se manifestam favoráveis ao critério do domínio sobre o rio, opinião essa que também havia sido a do meu Domínio da União e dos Estados) cap. 3º § 5º).

Na ausência da Lei, na divergência os autores, podia ser guia o Código Civil que, em breves dias, será lei do país. Mas, em virtude de emendas supressivas, desapareceu do projeto, como fora primitivamente aceito pela Câmara, o artigo 542 pelo qual as ilhas pertenceriam à União ou aos Estados, conforme pertencessem a

estes ou aquela o domínio do respectivo rio, e o art. 72, cujo nº 2 compreendia entre os bens pertencentes à União as ilhas formadas nos rios navegáveis que banharem dois ou mais Estados.

Assim, nenhum subsídio positivo traz para fixação de um critério o futuro Código.

Entretanto, ainda quando um desses critérios devesse ser aceito, a vacilação persistiria porque, igualmente, em relação à questão do domínio da União sobre os rios públicos que banham mais de um Estado, existe controvérsia.

Autores como Coelho Rodrigues (*Projeto do Código Civil*, 117 nº 2), Felício dos Santos (*Projeto*, Art. 200, nº 2 combinado com o art. 198), Clovis (*Teoria Geral do Direito*, p.257, nota 15), Lacerda de Almeida (*Direito das Coisas*, 1º vol., p. 87), Mendes Pimentel (*Parecer* inserto no Parecer da Câmara dos Deputados sobre o Projeto do Código das Águas, *Jornal do Comércio* de 30 de novembro de 1912), proclamam o domínio da União sobre os rios públicos que banham mais de um Estado. Também foi essa a opinião, que em 1893, emiti em meu *Domínio da União e dos Estados*, p. 46. Em contrário se manifestaram Carlos de Carvalho (*Nova Consolidação*, arts. 215 e 216 e parágrafo único), Manoel Inácio Carvalho de Mendonça (*Rios e Águas Correntes*, nº 54), Alfredo Valadão (*Rios Públicos e Particulares*, § 22, *Projeto de Código das Águas*, arts. 33 e 34), Bulhões Carvalho (*Parecer* publicado no *Jornal do Comércio* de 29 de março de 1905), Araripe Júnior (*Pareceres*, vol. 3º. págs. 43 e 199).

Em face dessa equivalência de forças, sustentando opiniões divergentes sobre as questões fundamentais em que assenta a consulta que me foi feita, meu parecer não pode deixar de ser opinativo.

Em contrário ao que já pensei e expus no meu citado livro, escrito em 1893, e apesar de haver o Decreto nº 5.407 de 27 de dezembro de 1904, que regulou as concessões de aproveitamento de quedas d'água, usado da expressão *rios do domínio da União*, não me parece hoje que se devam considerar como tais os rios públicos, entendida a palavra domínio no sentido de *propriedade*.

Os rios constituem território nacional, e a Constituição definiu de modo expresso a partilha do território entre a União e os Estados, não reservando para a União o território fluvial. Apenas nos arts. 13 e 34, nº 6 se dispõe que cabe à União *legislar* sobre a navegação dos rios que banhem mais de um Estado, e no art. 60 g se reconhece a competência da Justiça Federal para conhecer das questões de navegação nos rios e lagos do país.

A lei nº 109 de 14 de outubro de 1892, veio regular o dispositivo do citado Art. 13, e de seus dispositivos nenhum argumento se pode deduzir em favor do *domínio* da União sobre os rios públicos; sendo que o acórdão do Supremo Tribunal Federal de 28 de dezembro de 1907, nº 898, decidiu que “o poder conferido a União foi o legislar, não sobre todos os usos a que se possam prestar as águas dos rios que banham mais de um Estado, mas tão somente sobre um desses usos a *navegação*, criando assim uma única restrição ao domínio dos Estados sobre as suas águas (*apud* Paulo Vianna, *Constituições*, vol. 1º, nota 67).

Pode-se, pois, com fundamento dizer que sobre os rios públicos tem a União apenas *jurisdição*, que se manifesta no direito de legislar sobre a navegação deles, e na competência exclusiva do seu Poder Judiciário para conhecer das questões respectivas. E, se por essa forma for resolvida a controvérsia sobre o *domínio* dos rios públicos, fica resolvida a do domínio da União quanto às ilhas neles existentes (salvo quanto os rios que corram no Território do Acre e nas faixas de fronteira reservadas pela Constituição), apesar das vozes autorizadas que fazem depender esse domínio, não do rio onde elas se encontram, mas do direito do ribeirão mais próximo, não sendo a União dona das Terras, por isso que ficaria ela sem título, para, sob qualquer dos aspectos, pretenderem direitos sobre as ilhas.

Aplicando estes princípios ao caso de consulta, ter-se-á que a ilha em questão não será da União, qualquer que seja o critério adaptado para, em geral, filiar a propriedade das ilhas:

- a) porque não é do domínio da União o rio em que ela existe,
- b) porque não é a União proprietária dos terrenos marginais do rio.

E assim, apurando-se que a ilha não pertence à União (se por qualquer outro título a União não é proprietária dela), não me cabe apurar se pertence ela a um dos Estados separados pelo rio Parapanema, ou a particulares, nem tenho elementos para formar opinião a respeito.

Do que vem exposto, é meu modo de ver que a ilha não é de propriedade da União. Em face, porém, das divergências de valiosas opiniões neste parecer mencionadas e do valor da ilha, pelas circunstâncias expostas na representação do Senhor Inspetor Fiscal, talvez fosse mais avisado provocar por meio de qualquer remédio possessório uma decisão soberana do Poder Judiciário Federal sobre o caso, expediente que perfeitamente se defende no zelo pela defesa dos direitos, mesmo, controvertidos ou eventuais, do patrimônio da União.

É este Senhor Ministro o parecer que submeto ao superior critério de V. Ex.

Devolvo os papéis e tenho a honra de reiterar a V. Ex. as seguranças de minha elevada estima e mui distinta consideração.

Rodrigo Octávio.

Comentário

O parecer de 25 de novembro de 1915, também de Rodrigo Octávio, versou um tema clássico e espinhoso do direito público brasileiro: a titularidade de ilhas fluviais em rios que servem de limite interestadual, aqui, no rio Parapanema, entre São Paulo e Paraná, num contexto de exploração privada de pedreiras e de incerteza normativa sobre domínio de rios e de suas formações insulares.

Rodrigo Octávio partiu do reconhecimento da dupla controvérsia: (i) quem é proprietário das ilhas em curso d'água, o ribeirão mais próximo ou o titular do próprio rio?; (ii) a quem pertence o rio público que banha mais de um Estado, à União (em propriedade) ou apenas à sua jurisdição regulatória sobre navegação? Sem estatuto legal claro e diante de forte dissenso doutrinário, assumiu que a resposta só poderia ser opinativa e cuidadosamente ancorada na Constituição e na jurisprudência.

O mapeamento histórico-normativo foi minucioso. Notou-se que as Ordenações apenas adjudicavam à Coroa (Estado) as ilhas marítimas, silenciando sobre as fluviais; que o Projeto de Código das Águas (1907) oferecera critérios, mas permanecia sem força de lei; e que o Código Civil prestes a entrar em vigor perdera, por emendas supressivas, os dispositivos que resolveriam expressamente a matéria.

No plano doutrinário, registrou-se a divergência: de um lado, autores que vinculavam a ilha ao domínio dos proprietários marginais; de outro, os que a conectavam ao domínio do rio. Em paralelo, reaparecia antiga disputa sobre a própria natureza do domínio da União sobre rios interestaduais: propriedade plena ou mera jurisdição regulatória (navegação e competência judicial federal)?

O passo decisivo do parecer consiste na reavaliação do próprio entendimento do Consultor: contra a posição que defendera anteriormente, inclinou-se a negar à União um domínio-propriedade sobre rios públicos que banhem mais de um Estado.

A Constituição repartira o território entre União e Estados sem reservar “território fluvial” à União; outorgara-lhe de fato competência para legislar sobre navegação e competência judicial federal para as questões correlatas. Na mesma linha, evocou precedente do STF (1907) que restringira o alcance federal ao uso “navegação”, como limite específico ao domínio estadual sobre as águas, e não como título de propriedade da União.

Resultado: a União teria jurisdição (legislar, julgar), não domínio proprietário sobre o leito e, por derivação, não disporia de título para pretender a propriedade de ilhas fluviais.

Com esse enquadramento, a aplicação ao caso foi direta. Mesmo que se adotasse um dos dois critérios de filiação das ilhas, seja ao leito (domínio do rio), seja ao ribeirão, a União não seria titular: não era proprietária do rio (no sentido dominial) e tampouco dos imóveis marginais.

Faltaria, portanto, base jurídica para afirmar seu domínio sobre a ilha do Paranapanema, salvo prova de outro título específico (aquisição, afetação, reserva territorial peculiar). O parecer absteve-se, prudentemente, de afirmar a quem pertenceria a ilha, a um dos Estados ou a particulares, por falta de elementos instrutórios e por reconhecer que a disputa atravessava fronteiras federativas e interesses econômicos relevantes.

Do ponto de vista metodológico, sobressaiu a distinção entre “domínio” e “jurisdição”: a competência federal para normatizar navegação e atrair a competência da Justiça Federal não transmuta, por si, a titularidade proprietária das águas e de suas formações. Essa chave hermenêutica impediu a expansão da esfera da União por via interpretativa e preservou a lógica federativa de repartição de bens.

Também é relevante o uso de precedente do STF como contrapeso a doutrina dividida, compondo um triângulo decisório: Constituição (competências), lei ordinária (Lei 109/1892) e jurisprudência constitucional.

A recomendação final foi institucionalmente elegante e prudente: provocar o Judiciário Federal por remédio possessório, não para forçar um domínio da União já negado, mas para obter uma decisão soberana que delimitasse, com segurança, a titularidade, sobretudo diante do valor econômico da ilha (pedreiras únicas na região) e do risco de continuidade de exploração privada sem lastro jurídico claro.

Em outros termos, o parecer combinou autocontenção (negou o domínio federal sem prova) com tutela do interesse público (judicialização estratégica para estabilizar a situação dominial e regulatória).

O parecer iluminou uma tensão recorrente da Primeira República: a tentação de federalizar bens por razões de utilidade econômica ou estratégica versus a exigência de fundamento constitucional e legal para tanto. Triunfou a leitura estrita: a União regula e julga a navegação; não se presume, porém, proprietária dos rios e

ilhas. A implicação prática é nítida: conflitos semelhantes — ilhas em rios limítrofes, bancos de areia estabilizados, formações de valor extrativo — devem ser decididos à luz de títulos concretos e da repartição federativa de bens, evitando-se atalhos interpretativos.

O parecer fixou duas orientações: (i) a União não detém, por simples força de sua competência regulatória, domínio proprietário sobre rios interestaduais e ilhas neles formadas; (ii) em situações de alta controvérsia e relevância econômica, o caminho institucional adequado é o crivo judicial, de preferência em sede federal, para pacificar a titularidade e, a partir dela, disciplinar legitimamente o uso e a exploração.

PARECERES

Gabinete do Consultor Geral da República. – Rio de Janeiro, 23 de Maio de 1916. – Nº 45.

Exmo. Senhor Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda. – Com o Aviso nº 61 de 10 do corrente, me remeteram V. Exa., para dar parecer, o processo relativo ao pedido de registro das loterias concedidas pela antiga Província da Bahia á Celestial Ordem 3ª da Santíssima Trindade, feito por Antonio Alberto Teixeira Leite, cessionário por cinco anos das referidas concessões.

Contra esse pedido apresentou uma reclamação a Companhia de Loterias Nacionais do Brasil e, na maneira de considerá-lo, manifestou-se radical divergência entre os funcionários superiores da Procuradoria Geral da Fazenda Pública.

A mim, Senhor Ministro, se me afigura que o requerimento não está em temos de ser deferido.

Trata-se de concessões constantes de leis da antiga Província da Bahia, leis de 1878, 1881, 1885 e 1889. As leis mais modernas referentes às loterias da mencionada Irmandade, nas quais se pretende fundar o requerente, não fazem concessão de loteria alguma, mas tão somente se reportam às concessões feitas por aquelas leis. É assim que a lei de 1904 (nº 553 de 21 de julho) apenas substitui por novo o plano das loterias concedidas a irmandade “por diversas leis da antiga Província” e que especifica mencionando as referidas leis de 1878, 1881, 1885 e 1889. E pela lei de 1915 (nº 1.104 de 19 de agosto) se reconhece João de Mello Pedreira como cessionário das referidas concessões e se limita há 10 anos o prazo para o exercício de seus direitos.

Essas leis, pois, do Estado da Bahia, não podem ser tidas como de concessão de loterias, uma vez que apenas se referem às antigas concessões, a primeira, para modificar o plano da extração dessas loterias, a segunda para reconhecer o cessionário dessas loterias e limitar o prazo para sua extração; na primeira lei, há expressa referência aos números e datas das leis anteriores; na segunda, há expressa menção às loterias concedidas à Celestial Ordem Terceira da Santíssima Trindade. Os direitos fundamentais do requerente decorrem, pois, tão somente das antigas leis que fizeram as concessões das loterias e assim, para se apurar em que consiste esse direito do requerente, é mister apurar o objeto dessas antigas leis.

A lei de 1878 (nº 1.843 de 16 de setembro) concedeu a Irmandade 10 loterias que deveriam ser extraídas 2 por anos, e assim concessão que deveria estar esgotada em 1883.

A lei de 1881 (nº 2.282 de 31 de agosto) concede a Irmandade 20 e mais 20 loterias a serem extraídas quatro por ano, devendo assim estar esgotada a concessão em 1891.

A lei de 1885 (nº 2.539 de 18 de agosto), no art. 16, concede a Irmandade 50 loterias, sem designação de prazo para extração. Finalmente, a lei de 1889 (nº 2.747 de 5 de setembro) concede uma loteria também sem prazo. Temos, pois, que a concessão de que o requerente tem gozo por cinco anos consiste em 101 loterias, das quais em 1891, já deviam ter sido extraídas 50 e cujas outras 51 estão sendo extraídas desde 1885, isto é, há 31 anos. É evidente que se já não está inteiramente esgotado o objeto limitado das concessões, estaria prestes a se é, em todo o caso, o que o requerente deveria ter apresentado como prova de seu direito, não era simplesmente a cópia das leis que fizeram as concessões, mas a demonstração da parte que lhe restava usar dos favores concedidos. E a respeito disso nada se diz, acrescentando que o dispositivo da última lei de 1915, limitando há 10 anos o prazo para a exploração das loterias da Irmandade, pode induzir ao engano de se supor que a concessão é por prazo, quando a concessão foi taxativamente para um número fixo de loterias, engano tanto mais possível quando o requerente procura basear seus direitos nessas leis, e o art. 3 da lei de 1905 preceituam que “o número das extrações diárias ou semanais ficaria a arbítrio do encarregado das extrações”.

Combinando essa disposição com a da outra lei, de 1915, que limita há 10 anos o prazo para exercício das concessões, poder-se-ia chegar à conclusão errônea de que o requerente tem o direito de extrair loterias diárias pelo prazo de 10 anos, se não se tiver muito em conta que essas extrações e esse prazo se referem expressamente a concessão de um número limitado de loterias, feita pelas leis de 1875, 1881, 1885 e 1889 e que vem já sendo extraídas desde 1875.

Penso, pois, que não é possível admitir o registro sem conhecer-se a extensão do direito do concessionário, isto é, qual é a parte ainda não usada das suas concessões.

Se bem essa matéria me pareça bastante para determinar o despacho que deve ser dado ao requerimento, direi ainda quanto a matéria discutida no processo, isto é, quanto aos requisitos legais para obtenção do registro, e a respeito da qual de manifestou controvérsia.

São esses requisitos determinados no art. 13 do Regulamento nº 5.107 de 9 de janeiro de 1904. Diz esse artigo “Para que se possa efetuar o registro, de que trata oartigo antecedente, deverá o respectivo concessionário, tesoureiro, agente ou representante, requerê-lo ao Fiscal das loterias, juntando ao seu pedido: Cópia autêntica da Lei, que houver concedido ou autorizada à loteria; b)Cópia autêntica do contrato celebrado para a respectiva extração, no qual deverão ser observadas as disposições deste regulamento, ou, no caso contrário, declaração expressa do Governo do Estado, de que para o registro do mesmo contrato será este inteiramente subordinado às referidas disposições e às leis da União, que lhe forem aplicáveis; c) “Declaração do Presidente do Governador de que fica o Estado responsável pelo pagamento dos prêmios que não forem pagos no tempo devido, bem como pela restituição do valor dos bilhetes relativos a extrações que, tendo sido anunciadas, não se realizaram”.

Dúvidas surgiram na hipótese quanto ao requisito do item b, pois que, juntando a declaração governamental ali referida, deixou o requerente de apresentar contratos, que não foram lavrados.

Parece-me evidente, Senhor Ministro que, tratando-se de loteria concedida pelo Estado a terceiro, o contrato era indispensável, nem me parece que, apesar do defeito de sua redação, o dispositivo do Regulamento o dispense.

A lei que faz uma concessão, por si só, não faz certa a efetividade da concessão, além de que é uma declaração unilateral. É no contrato ou no termo subscrito pelo órgão do Poder Executivo e pelo concessionário que as obrigações recíprocas se vinculam pela sujeição das partes às estipulações correspondentes. É este um princípio geral de direito administrativo, de prática corrente entre nós, e que não sofre contestação. E foi por isso que o regulamento citado, estabelecendo no art. 13 os requisitos para que possam ser registradas na Capital da União as loterias de concessão estadual, fez expressa menção do contrato.

É certo que a redação do dispositivo é imperfeita e levou às opiniões manifestadas de que o contrato é dispensável: não me parece, porém, que tal interpretação possa ser admitida. O contrato só seria dispensável no caso de o próprio Estado extrair as loterias por sua conta e por funcionários seus.

É certo, porém, que à primeira vista pode parecer que a disjuntiva que emprega a disposição faculta a apresentação do contrato ou da declaração governamental. A referência ao contrato, porém, na parte da disposição que se refere à declaração governamental, convence, a meu ver, de que o contrato é exigido pelo Regulamento; se nele, porém, não se menciona que nas respectivas extrações se devam observar as disposições do Regulamento federal, essa falta pode ser suprida pela declaração governamental.

E assim se entende o dispositivo: Cópia autêntica do contrato no qual deverão ser observadas as disposições do regulamento, ou no caso contrário (isto é, se tais disposições não tiverem sido observadas), declaração do Governo do Estado de que tais disposições devem ser observadas.

E nem pode deixar de ser assim entendido, por que qual é a declaração que se exige do Governo do Estado? É de que o *contrato* (o mesmo contrato, diz o artigo) será subordinado às leis da União.

Logo, só pode haver a declaração do Governo do Estado se houver contrato, pois ele se refere fartamente á sujeição do contrato às leis da União.

Tal declaração poderá importar numa renovação do contrato, é certo, e renovação não intervém sem acordo de ambas as partes, mas é claro que a declaração governamental não será dada sem requerimento da outra parte contratante, que será ela mesma que terá de vir pedir o registro de seu contrato apresentando-o juntamente com a declaração governamental, e tudo isso prova de modo inequívoco o acordo das partes quanto ao objeto da declaração governamental.

Se assim me parece, entretanto, eu não aconselharia a denegação do registro pelo fato da inexistência do contrato, desde que não resta dúvida que o ato legislativo foi legalmente posto em execução. E isso porque o Decreto nº 5.107 de 1904 é apenas um ato regulamentar, e o dispositivo de lei que ele regulamenta que é

o art. 24 § 4 da Lei nº 428 de 10 de dezembro de 1896, entre as exigências para o registro das loterias estaduais não inclui a apresentação do contrato, mas tão somente a da lei que fez a concessão, o plano aprovado e a declaração da responsabilidade governamental, sendo que já o art. 3 da lei anterior, nº 191, de 30 de setembro de 1893, tratando da matéria refere-se ao registro do contrato *quando o houver*.

Em vista de tais considerações, não me parece que, dada a ambiguidade da redação do art. 13 b, do decreto de 1904, a falta de contrato seja bastante para a denegação do registro. No caso ocorrente, porém, o ponto de vista de que se ocupa a primeira parte deste parecer deve ser previamente tomado em consideração para solução do presente caso.

Submetendo este meu modo de ver á a apreciação superior de V. Ex., devolvo os papéis e tenho a honra de reiterar a V. Ex. as seguranças de meu alto apreço e distinta consideração.

Rodrigo Octávio.

Comentário

O parecer de 23 de maio de 1916, também de autoria de Rodrigo Octávio, enfrentou, com rigor de arquivo e método jurídico, um pedido de registro federal de loterias antigas da Bahia, concessões outorgadas à Celestial Ordem Terceira da Santíssima Trindade e cedidas, por cinco anos, ao requerente. Rodrigo Otávio partiu de duas frentes de exame: (i) a extensão real do direito invocado (se ainda havia loterias por extrair); e (ii) os requisitos formais para o registro perante a fiscalização da União. Em ambas, concluiu que o pleito, tal como instruído, não podia ser deferido.

No plano histórico-normativo, reconstituiu as leis provinciais de 1878, 1881, 1885 e 1889. Dessas normas resultava um número fechado de extrações ($10 + 40 + 50 + 1 = 101$), parte com cadência anual definida. Até 1891, já deveriam estar esgotadas 50; as demais vinham sendo extraídas desde 1885. As leis estaduais posteriores — n.º 553/1904 e n.º 1.104/1915 — não concederam novas loterias: apenas alteraram plano de extração, reconheceram cessão e, em 1915, impuseram um limite temporal de 10 anos para o exercício de direitos já existentes. O ponto decisivo foi que a concessão continuava a ser por número certo de loterias, não um direito por prazo determinado ou indeterminado. Transformar, por interpretação, um pacote finito de extrações em autorização temporal aberta (com “extrações diárias” a critério do encarregado) seria subverter o título originário.

Daí a primeira razão para indeferir: o requerente não demonstrara qual parte do pacote permanecia disponível. Exibir cópias das leis pretéritas não bastava; era indispensável provar quantas extrações ainda restavam, sob pena de pedir o registro de um direito possivelmente exaurido. Em chave de técnica administrativa, tratou-se de uma exigência de liquidez do objeto: sem a quantificação do remanescente, não há título certo a registrar.

No plano procedimental, o debate girou em torno do art. 13 do Regulamento n.º 5.107/1904 (federal), especialmente a alínea “b”: seria bastante a “declaração governamental” do estado submetendo-se ao regulamento federal, sem apresentação do contrato entre o estado e o concessionário? O Consultor leu a norma de modo sistemático: a referência constante ao mesmo contrato revelava que o regulamento pressupunha a existência de contrato e admitia apenas que a declaração estadual suprisse cláusulas omissas quanto à sujeição ao direito federal.

Em termos de direito administrativo, a lei estadual é ato unilateral; a vinculação recíproca de obrigações nasce do contrato/termo executivo, por isso, o documento contratual seria, em regra, imprescindível ao registro.

Ainda assim, a interpretação foi prudente: reconheceu a redação ambígua do regulamento e lembrou que a própria lei federal (Lei n.º 428/1896, art. 24, § 4º) não erigia o contrato a requisito expresso do registro, exigia a lei concessiva, o plano aprovado e a declaração de responsabilidade do Estado (alínea “c”).

Conclusão equilibrada: a falta do contrato, por si só, não deveria conduzir a indeferimento automático quando ficasse inequívoco que o ato legislativo fora validamente posto em execução e o Estado assumira, formalmente, as responsabilidades; todavia, o registro continuava inviável no caso concreto pela ausência de prova do remanescente concedido.

Metodologicamente, o parecer combinou (a) reconstrução histórica do título (para delimitar objeto e natureza do direito), (b) leitura coerente do bloco normativo federal (lei + regulamento), e (c) controle de proporcionalidade administrativa na instrução: nem formalismo cego, nem condescendência documental. O fio condutor esteve em três distinções: número-de-extrações × prazo; lei concessiva (unilateral) ×

contrato executivo (bilateral); e requisito legal (Lei n.º 428/1896) × requisito regulamentar (Dec. n.º 5.107/1904).

Do ponto de vista de teoria do ato administrativo, a decisão fixou que concessões por número se exaurem pelo consumo do objeto (extrações realizadas), e não pela passagem do tempo, de modo que leis supervenientes que regulam plano ou reconhecem cessões não reabrem, automaticamente, o quantum concedido. Em paralelo, a responsabilidade estatal pelos prêmios (alínea “c”) funciona como garantia pública, mas não supre, como se fosse um atalho, a demonstração do título remanescente do particular.

Rodrigo Octávio recomendou não registrar enquanto o cessionário não comprovasse, com precisão, quantas loterias ainda subsistiam dentro das 101 concedidas entre 1878 e 1889. Quanto à forma, admitiu que a ambiguidade do regulamento não justificava, isoladamente, o indeferimento por falta do contrato, mas reiterou que, em princípio, o contrato é a peça típica que densifica a concessão perante a União.

O parecer, assim, reafirmou uma lição de longa duração: títulos históricos exigem contabilidade jurídica fina; e a Administração deve preferir decisões fundadas no conteúdo e na prova do direito, não em ficções interpretativas que convertam limites quantitativos em autorizações temporais elásticas.

PARECERES

Gabinete do consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 11 de julho de 1916. - Nº 60.

Exmo. Senhor Ministro de Estado da Viação e Obras Públicas. – O Condutor de 4ª classe da E. F. Central do Brasil, Jorge Vogeler, se acha, desde 4 de fevereiro de 1913, internado no Hospício Nacional de Alienados. Desde 2 de outubro de 1909 vem ele gozando de licenças, concedidas a princípio pela Diretoria da Estrada, depois prorrogadas pelo Ministro e finalmente pelo Congresso Nacional por Decreto de 13 de dezembro de 1913.

Esse ato legislativo, porém, que autorizava a concessão de uma licença por um ano, não foi usado, por isso que ninguém promoveu perante o Poder Executivo a efetividade da autorização. Não se pode, pois, a meu ver, pretender que a licença haja caído em comissão por se haver esgotado o prazo máximo da lei nº 2.756 de 10 de janeiro de 1913, para o licenciado entrar no gozo da licença. Na hipótese a licença não foi concedida; houve apenas autorização para sua concessão, e aquele prazo não começou a correr, pois só começaria a correr se a autorização houvesse sido usada e a licença concedida.

Penso, em tais termos, que nada impede que a autorização constante de um decreto legislativo especial e não de lei anual, possa ainda ser usada, desde que a licença seja requerida por quem de direito.

No processo se encontra o requerimento de 4 de maio do corrente ano, em que a mulher de Jorge Vogeler pede a concessão da licença autorizada.

Não vejo inconveniente em que esse requerimento seja deferido; a mulher não é a curadora de Vogeler, mas também este ainda não foi declarado interdito, caso em que ao curador caberia representá-lo. Esse requerimento, pois, de fato, foi feito pela mulher na impossibilidade em que se acha o marido de fazê-lo.

Tratando-se de uma pessoa alienada e a que ainda não se deu, como cumpria, curador, e que assim privada da capacidade legal não tem quem regulamente, o represente e defenda seus interesses, parece-me que o caso deve ser estudado e resolvido com a benevolência que se deve ter em face da desgraça.

É possível que nesse ano de licença o funcionário se restabeleça e se veja nas condições de poder continuar a prestar seus serviços ao Estado; se, finda a licença, o estado de alienação perdurar, será então o caso de verificada legalmente a situação, ser o mesmo desligado do serviço da Estrada.

É este meu parecer.

Devolvo os papéis que me vieram com ofício nº 305 de 5 de junho próximo findo do Senhor Diretor da Diretoria de Correios e Telégrafos e tenho a honra de reiterar a V. Ex. os meus protestos de subida estima e distinta consideração.

Rodrigo Octávio

Comentário

O parecer de 11 de julho de 1916, de autoria de Rodrigo Octávio, tratou de uma situação-limite na administração de pessoal: a manutenção, por licença, de um ferroviário internado no Hospício Nacional de Alienados, à luz de uma autorização legislativa específica (Decreto de 13.12.1913) que nunca fora operacionalizada.

Rodrigo Octávio reconstruiu a cronologia, licenças sucessivas desde 1909; internação em 1913; autorização legislativa no fim daquele ano, e assentou a linha interpretativa do caso: autorização não é concessão. Como a autorização parlamentar não se converteu em ato executivo individual, não corria o prazo máximo da Lei nº 2.756/1913. Logo, não havia perda da licença por decurso de prazo; havia, isto sim, um título autorizativo ainda utilizável.

A partir dessa distinção, fixou a consequência prática: nada impedia que a Administração, em 1916, utilizasse a autorização de 1913, desde que provocada por requerimento idôneo. Ao examinar o pedido subscrito pela esposa do servidor, ponderou-se a lacuna de representação: o empregado não fora interditado (portanto, não havia curador), mas estava materialmente impossibilitado de requerer. Em nome de uma hermenêutica de proteção, compatível com a ideia de tutela administrativa do servidor incapaz de fato, reputou-se suficiente o requerimento da esposa para deflagrar o uso da autorização.

O parecer sustentou, assim, uma leitura cooperativa entre Legislativo e Executivo: o Parlamento concedera um poder-dever de conferir a licença; cabia ao Executivo, uma vez provocado, converter a autorização em ato concreto. O argumento afastou automatismos punitivos (o “caducou porque não usou”) e devolveu centralidade ao elemento fático-jurídico que motivara a intervenção legislativa: a alienação do servidor.

No plano de método, a solução apoiou-se em três distinções clássicas do direito administrativo: (i) autorização legislativa (norma de competência) versus ato concessivo (ato administrativo individual e constitutivo); (ii) incapacidade de fato versus incapacidade de direito (interdição), para aferir a legitimidade do requerimento; e (iii) prazos procedimentais de fruição (que dependem do ato concessivo) versus prazos de vigência da autorização (que não se consomem sem exercício). Essa arquitetura preservou a juridicidade do procedimento sem desamparar o titular do direito funcional.

Constata-se, ainda, cautela institucional quanto ao desfecho: deferida a licença por um ano, a Administração deveria reavaliar o estado de saúde ao final do período, com dois cenários possíveis, retorno ao serviço, se houvesse restabelecimento, ou desligamento regular, se persistisse a alienação, já então com a devida constituição de curatela e formalização do quadro jurídico-laboral. Evitou-se, com isso, tanto a perpetuação de uma licença ilimitada quanto a ruptura abrupta do vínculo sem a devida proteção social.

Em termos de lição duradoura, o parecer fixou que o formalismo administrativo não pode converter-se em obstáculo à finalidade protetiva do sistema de pessoal. A falta de curador não deveria paralisar a Administração quando o estado clínico do servidor e o próprio ato legislativo indicavam a necessidade de uma solução pragmática e humana. Ao mesmo tempo, preservou-se a reserva legal: a propositura não criou um direito novo, apenas ativou, nos termos da autorização parlamentar, um direito já esperado.

Por fim, a decisão reforçou uma ética de cuidado na gestão pública: diante de incapacidade psíquica comprovada, a Administração deveria agir com benevolência vigilante; isto é, uma benignidade para viabilizar a licença e garantir meios de subsistência durante o tratamento; vigilância para, ao cabo do prazo, regularizar definitivamente a situação funcional, evitando tanto abusos quanto omissões que prolongassem uma interinidade sem amparo legal.

PARECERES

Gabinete do Consultor Geral da República. – Rio de Janeiro, 14 de outubro de 1916. Nº 94.

Exmo. Senhor Ministro de Estado da Viação e Obras Públicas. Do processo que me foi submetido com o Aviso de V. Ex. nº 48 de 6 do corrente, se verifica que, para efetividade de um arbitramento a que se vai proceder entre o Governo Federal e The Rio de Janeiro City Improvements Company, nos termos da cláusula XIII do seu contrato, nomeou V. Ex. árbitro o engenheiro Antonio Gonçalves Neves.

Pelo fato de ser esse engenheiro funcionário da Repartição de Águas e Obras Públicas, de imediata dependência desse Ministério, a Companhia, em seu ofício de 30 de setembro findo, dirigido à Inspetoria de Esgotos, pediu venia para solicitar a nomeação de outro árbitro.

Parece-me, Senhor Ministro digna de consideração a matéria do referido ofício. Nos árbitros, se deve buscar, além da competência profissional, a perfeita isenção de ânimo; e abstraindo de toda consideração de ordem pessoal, no caso em estudo, é claro que numa pendência arbitral entre o Ministério e uma Companhia a ele subordinada, se devia evitar a intervenção de pessoas dependentes do Ministério.

O ofício da Companhia está escrito os termos mais convenientes, e sendo certo que o art. 15 do Decreto nº 3.900 de 26 de junho de 1867, reproduzido no art. 780 da 3ª parte do Decreto nº 3.084 de 1898, dispõe na parte final da letra K que não podem ser árbitros pessoas de pendentes de qualquer das partes, esse ofício pode ser encarado como o exercício de um legítimo direito.

É o que me ocorre ponderar ao esclarecido espírito de V. Ex. a quem, devolvendo os papéis, tenho a honra de reiterar meus protestos de subida estima e distinta consideração.

Rodrigo Octavio.

Comentário

O parecer de 14 de outubro de 1916, de autoria de Rodrigo Octávio, enfrentou um tema sensível e atualíssimo: a exigência de independência do árbitro em controvérsias envolvendo a Administração. O caso partiu da nomeação, pelo Ministério da Viação e Obras Públicas, de um engenheiro da própria Repartição de Águas e Obras Públicas para integrar o tribunal arbitral em arbitramento com a The

Rio de Janeiro City Improvements Company, nos termos da cláusula contratual XIII. A empresa pediu a substituição por entender comprometida a isenção de ânimo do indicado, dada sua subordinação hierárquica ao Ministério.

Rodrigo Octávio acolheu o ponto com naturalidade institucional e fundamento normativo. Recordou que o art. 15 do Decreto nº 3.900/1867 — reproduzido no art. 780 da terceira parte do Decreto nº 3.084/1898 — vedava a atuação, como árbitros, de pessoas “dependentes de qualquer das partes”. Não se exigia demonstrar parcialidade efetiva: a dependência funcional bastava para caracterizar impedimento. Assim, a objeção da concessionária configurou exercício legítimo de direito, não capricho processual.

A resposta assentou um critério de independência compatível com a lógica administrativa do período: em conflitos entre Ministério e concessionária, não se deveria nomear, para a função arbitral, agentes vinculados à estrutura do próprio Ministério. A prudência não era apenas de aparência; tratava-se de preservar a autoridade do laudo arbitral, evitando que um vício de composição contaminasse o mérito e abrisse espaço para futura anulação. Em termos práticos, o parecer recomendou a substituição do árbitro indicado.

Do ponto de vista conceitual, a solução reafirmou três ideias. Primeiro, a independência do árbitro como requisito objetivo: há situações de incompatibilidade que derivam da posição do indicado, aqui, a dependência hierárquica, e que, por si, inviabilizam à investidura.

Segundo, a distinção entre competência técnica e idoneidade institucional: mesmo um especialista reconhecido não pode atuar quando sua posição administrativa compromete a neutralidade exigida. Terceiro, a paridade das armas (“igualdade de condições”): diante de um litigante público dotado de aparato administrativo, a composição do tribunal deveria ser especialmente cuidadosa para não desequilibrar a relação processual.

O parecer também dialogou com a cultura contratual de serviços públicos da Primeira República. Em concessões de infraestrutura urbana, água, esgoto, vias, era frequente que contratos trouxessem cláusulas de arbitramento. Ao impor o filtro da independência, a Consultoria criou padrão que favoreceu a confiança na via arbitral

como mecanismo de solução técnica de litígios com o poder concedente. A mensagem implícita foi direta: a Administração defendia seu interesse público com mais qualidade quando, além de escolher bem, escolhia imparcialmente.

Há, ainda, uma nota quanto ao método: a decisão não precisou provar a parcialidade do nomeado. Bastou aplicar o texto regulamentar e a razão prática — “evitar pessoas dependentes do Ministério” — para remover a causa de nulidade potencial. Essa economia argumentativa, típica de Rodrigo Octávio, conferiu previsibilidade ao contencioso administrativo: onde a lei traçava linha objetiva, a interpretação seguiu-a sem casuísmo.

Em síntese, o parecer consolidou um padrão de integridade procedimental na arbitragem administrativa: a busca de competência técnica não dispensava o requisito de independência; a deferência à objeção da concessionária não diminuía a autoridade do Ministério, pelo contrário, a fortalecia; e o apego ao regulamento serviu, não como formalismo vazio, mas como garantia de legitimidade do resultado. O ensinamento permanece atual: a boa administração também se mede pela qualidade, e pela neutralidade, de quem decide seus litígios.

PARECERES

Gabinete do Consultor Geral da República. – Rio de Janeiro, 5 de dezembro de 1916. Nº 109.

Exmo. Senhor Ministro de Estado dos Negócios da Marinha. – O Decreto Legislativo nº 310 de 21 de outubro de 1895, concedendo anistia a todas as pessoas que direta ou indiretamente se tivessem envolvido em movimentos revolucionários, continha as seguintes restrições: § 1º Os oficiais do Exército e da Armada anistiados por essa lei não poderão voltar ao serviço ativo antes de dois anos contados da data em que se apresentar à autoridade competente, e ainda depois desse prazo, se o Poder Executivo assim julgar conveniente. § 2º Esses Oficiais, enquanto não reverterem atividade, apenas vencerá o soldo de suas patentes e só contarão tempo para reforma.

Posteriormente, o Decreto Legislativo nº 533 de 7 de dezembro de 1898, dispôs em seu art. 1º: São de todo suprimidas para todos os efeitos, exceto no que respeita a vencimentos e às promoções efetivas já decretadas, as restrições postas, por ato do Poder Legislativo Executivo, à anistia concedida pela Lei nº 310 de 21 de outubro de 1895.

E agora, o Decreto Legislativo nº 3.178 de 30 de outubro findo, extinguindo as últimas restrições postas à anistia pelos atos anteriores, determinou:

Art.1º - Ficam abolidas para os oficiais efetivos do Exército e da Armada todas as restrições postas às anistias de 1895 1898, salvo as que respeitam a vencimentos ou qualquer outra vantagem pecuniária anterior à data desta lei.

Art. 2º - Os oficiais que foram promovidos em virtude desta lei passarão a ocupar, na classificação dos almanaques dos Ministérios da Guerra e da Marinha, a colocação que lhes caberia se não houvessem sido atingidos por aquelas restrições, mas constituirão um quadro à parte, que será nos almanaques designado pelas letras QF, e dentro do qual serão promovidos, sem prejuízo do quadro ordinário.

Sobre o modo de ser executada essa última lei, consultou-me V. Ex. transmitindo-me com o Aviso n. 3.978, de 18 de novembro, o parecer que sobre o caso deu o douto Consultor Jurídico desse Ministério.

Do estudo dos textos acima transcritos, se evidencia que, excluídas as restrições quanto a vencimentos, que ficam mantidas, os oficiais, a que se refere à recente lei, devem ser restaurados na sua classificação, como se a primeira lei, de 1895, não os houvesse mantido fora da atividade por certo tempo.

A primeira coisa que há a fazer, pois, em execução da nova lei, é a revisão do tempo de serviço desses oficiais, para considerar-se como de serviço ativo aquele que tenham passado em inatividade por força da restrição posta à primeira anistia.

Dessa revisão nascerá que alguns, muito poucos, por terem excedido o número um de sua classe, deverão ser promovidos ao posto superior, contando antiguidade no novo posto desde a data em que, de acordo com a revisão, tiver feito jus a promoção; e que outros subirão apenas na classificação, dentro do seu próprio posto.

Quanto a vencimentos, os que forem promovidos terão direito ao novo soldo a contar da data da obrigatoriedade da lei que extinguiu a restrição e que assim, implicitamente, reconheceu o seu direito à promoção. O novo soldo não deve ser pago da data em que a promoção for declarada, pois que é claro que o tempo que leva o Governo para dar execução a lei não pode prejudicar o oficial no direito de perceber o soldo do novo posto. É também claro que não pode o oficial receber o novo soldo desde a data em que vai contar antiguidade no novo posto, porque, quanto a vencimentos, a restrição da anistia não foi surpresa, e, se lhe reconhecesse direito a vencimentos anteriores à lei, dar-se flagrante violação dela. Uma vez feita à revisão da antiguidade, os oficiais, a que se refere à recente lei, irão ocupar nos almanaques respectivos, os seus lugares na colocação geral entre todos os seus companheiros de posto, e deveria ficar de tal modo, restabelecida a normalidade de sua vida militar. Até aqui não surgem dificuldades no entendimento da lei. Manda, porém, o seu art. 2º “que os oficiais que forem *promovidos* em virtude dela irão constituir um quadro Q F, dentro do qual serão promovidos sem prejuízo do quadro geral”.

É esse o dispositivo cuja interpretação tem levantado dúvidas.

A questão é certamente de grande complexidade.

De fato; o dispositivo desse artigo, já de si, encerra um princípio que, como adiante se verá, está em contradição evidente com o intuito geral da lei, acrescentando que a interpretação a que conduz o sentido literal de alguns de seus termos, não se adapta à intenção que os ditou, qual ressalta da discussão travada no Senado, em outubro passado, por ocasião da votação da lei.

Em tais condições, esforçar-me-ei por encontrar uma fórmula de execução, que, atendendo ao espírito e ao texto da lei, se concilie com os interesses e direitos em jogo.

A nova lei teve por intuito fundamental e único extinguir as últimas restrições postas às anistias de 1895 e 1898. Assim se inscreve a sua ementa e assim o dispõe, expressamente, o art. I, excetuado quanto respeita a vencimentos, ou qualquer outra vantagem pecuniária anterior à data da lei.

Do exposto se conclui que: a) a lei apenas visou beneficiar os oficiais anistiados; b) salvo em matéria pecuniária desapareceram as restrições que a anteriores leis de anistia havia imposto.

De tal jeito, como disse já, a execução dessa lei se deve traduzir na revisão dos quadros, a fim de que, a restrição quanto ao tempo de inatividade, posta pela lei

de anistia de 1895, desapareça, indo os oficiais, a que se refere à lei, ocupar o seu lugar na escala, sem dedução desse tempo.

Mas, determina o art. 2º da lei: Os oficiais que forem promovidos, em virtude desta lei, constituirão um quadro à parte, que será designado pelas letras QF, dentro do qual as promoções se farão sem prejuízo do quadro ordinário.

Duas dificuldades decorrem desses dispositivos, a saber: a que oficiais se quer a lei referir com a expressão *promovida*, de que usa, para constituir o novo quadro; como se fará a promoção dentro desse quadro, sem prejuízo do quadro ordinário.

Parece claro que, se se tivesse quanto ao primeiro ponto, de interpretar literalmente a lei, esse quadro seria constituído pelos oficiais que, em virtude dela, tivessem avanço em posto. A expressão – promovido – tem, na terminologia militar, sentido próprio, definido, e não pode ser tecnicamente, empregada para significar o oficial cuja colocação na escala sofreu alteração, para cima, dentro do quadro de seu posto.

E a razão de ser da criação desse quadro, assim limitado aos promovidos, parecia facilmente explicável e compreensível.

É claro que a simples modificação dos oficiais na escala, dentro dos quadros de seus postos, não altera a normalidade deles.

Desde, porém, que tenha de haver promoção, isto é, que a modificação na escala, ordenada pela lei nova, leve o oficial para o quadro do posto superior, é evidente que esse oficial promovido *vai ser demais* no quadro do seu novo posto, pois que ele foi promovido sem vaga.

Ficaria, assim, constituído esse novo quadro, que deve ser criado em relação a cada uma das classes da armada, em cujo quadro ordinário tivesse de haver promoção por força da lei.

Do estudo da elaboração da lei em sua última frase, porém, se evidencia que ela não pode ser interpretada, apenas, à vista de seus termos literais.

O projeto que se converteu na lei em estudo veio da Câmara apenas contendo o art. 1º.

No Senado, em outubro último, em sua 3ª discussão, levantou-se grandes dúvidas, quanto à possibilidade de decorrer da execução da lei violação de direitos adquiridos dos oficiais que não estiveram na revolta de 1893.

Tais oficiais, argumentaram, tinham certa colocação na escala. Essa colocação vem sendo feita por força das circunstâncias e, após a anistia de 1895, se tornou definitiva em virtude da decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou constitucionais as restrições contidas na respectiva lei. Assim, a colocação na escala, como está ela hoje organizada, assegurando aos oficiais uma preferência à promoção por antiguidade, sobre os que estão colocados abaixo, constitui um direito adquirido que será violado em relação àqueles que, agora, feita a revisão ordenada pela lei, vierem a ter colocação inferior à que tem presentemente.

Esse critério seja ele, em face dos princípios, incontestável ou duvidoso, por ser o direito à promoção por antiguidade um direito adquirido, ou uma mera perspectiva de direito, dependente, para se converter num direito adquirido, da realização da condição que conduz à efetividade da promoção, condição que até esse momento pode ser legalmente alterada, incontestável ou duvidoso, esse critério pouco importa, foi ele que prevaleceu na decretação do art. 2º da lei, e lhe inspirou a redação. Não pode o intérprete deixar de tomá-lo em consideração.

E assim, o que pretendeu, com a criação desse quadro, “dentro do qual as promoções se fariam sem prejuízo do quadro ordinário”, foi assegurar aos oficiais a que se não refere à lei da anistia, a promoção por antiguidade anterior à dos oficiais anistiados que, em virtude da nova lei, porventura viessem a lhes passar na colocação do quadro ordinário.

Ora, decorrendo aos anistiados, como efeito dessa nova lei, para alguns, muito poucos, o direito à promoção, para os demais, quase todos os subida na escala, dentro do seu posto atual, de que a principal vantagem consistia na aproximação da promoção por antiguidade, é claro que, em relação à grande maioria dos oficiais a que se refere à lei, a aplicação do disposto no artigo 2º neutraliza o principal efeito do disposto no art. 1º.

De fato, a lei visou extinguir as últimas restrições impostas às anistias anteriores; o art. 1º declarou positivamente que essas restrições estavam extintas; entretanto, em matéria de promoção, feitas as raras que a execução da lei vai ocasionar e tudo continua como dantes, sob o mesmo regime da restrição, desde que o art. 2º dispõe que a promoção dos anistiados não pode prejudicar a dos outros, isto é, que estes continuarão a ser promovidos primeiro que os anistiados, se bem que, pela revisão ordenada pela nova lei, venham estes a ter, nos respectivos almanaques, colocação superior a eles.

Outra consequência que decorre desse intuito que presidiu a elaboração do art. 2º da Lei, é que o quadro F, por ele criado, não pode ser constituído somente por aqueles oficiais que tenha de ser promovidos de posto, mas também por todos aqueles que, por força da lei, sejam tão somente promovidos de colocação na escala, dentro do mesmo posto.

E, como foi dito já, uma situação a que não conduz a interpretação literal do texto, mas que não pode deixar de ser aceita, em face do intuito expressamente manifestado que ditou a criação desse quadro especial.

Passam, pois, a constituir o novo quadro todos aqueles oficiais a que se refere à nova lei, e isso para que, modificada a colocação dos oficiais no quadro ordinário, não sejam, nas promoções, prejudicados aqueles com os quais não se entende a lei.

E, dentro desse quadro, as promoções serão feitas sem prejuízo do quadro ordinário.

Literalmente esse texto queria dizer que as promoções seriam independentes em cada quadro. As vagas que se forem dando em um e outro irão sendo preenchidas pelo respectivo pessoal, é o meio natural de se entender o dispositivo que manda fazer as promoções dentro o quadro F, sem prejuízo do quadro ordinário.

A aplicação rigorosa de tal solução se traduzirá, entretanto, sob diversos pontos de vista, em verdadeiros absurdos.

Em primeiro lugar, cumpre ponderar que, se em relação às promoções por antiguidade absoluta, a criação desse quadro vinha desfazer, como já foi visto, os efeitos do intuito fundamental da lei, mantendo, de fato, as restrições que se visou abolirem, sob outros respeitos, com essa criação, as restrições da anistia, ao invés de serem abolidas, ficariam ainda agravadas. Vejamos. Presentemente, na posição em que se acham os oficiais anistiados, salvo aqueles poucos a quem caiba subir de posto, serão eles, eventualmente, promovidos na proporção das vagas que se forem dando no quadro geral; executada a nova lei, passando eles para o quadro F, ficarão marcando passo, num quadro limitadíssimo, esperando que ali se deem vagas.

De tal jeito, como consequência da execução de uma lei que visou, diretamente, extinguir as últimas restrições da anistia, alguns anistiados verão agravada sua situação, justamente em relação ao mais importante aspecto, senão ao único, da restrição ora abolida, a promoção, o avanço na carreira.

Para os demais efeitos ligados a contagem de tempo, a restrição da anistia de 1895 havia sido abolida pela lei de 1898.

Essa lei manteve ainda as restrições sobre vencimentos e promoções já realizadas. Vem agora a nova lei e, mantendo ainda a restrição quanto a vencimentos, extinguiram todas as outras: praticamente apenas podia extinguir a restrição relativa a contagem do tempo para o efeito da promoção.

Em relação àqueles a quem caiba subir de posto, o efeito da lei, por expressa disposição dela, se efetiva desde logo; mas para estes mesmos, em seu novo posto, e para todos os outros, que não mudarem de posto, o mecanismo contraditório da lei reduz consideravelmente as proporções da eventualidade da promoção.

Entretanto, outra não pode ser a interpretação do texto literal da última parte do art. 2º, com a qual, aliás, combina o espírito que determinou a redação desse artigo. Tal interpretação, porém, não pode, razoavelmente, ser aceita na integridade de seus efeitos, e não pode: a) porque não se compreende que a lei possa ter efeitos que agravem a situação que, diretamente, ela visou melhorar; b) porque, em favor dos oficiais anistiados, milita a mesma razão, de ordem jurídica, que serviu de fundamento para a inserção do dispositivo garantidor do direito dos oficiais a que não se refere à lei. De fato; do mesmo modo que se entendeu que, modificada a colocação na escala, em execução da lei, os oficiais a que não se refere à lei, não podiam ser prejudicados pelos outros, que na escala lhes passassem acima, em virtude da lei, assim também aos oficiais que, por força da lei, tenham de passar para o quadro especial, não se pode desconhecer o direito de: a) concorrer a todas as promoções por merecimento, que ocorrerem no seu posto, direito que tinham antes da lei; b) serem promovidos por antiguidade quando lhes chegasse à vez, de acordo com classificação que tinha antes da lei.

É claro que os direitos dos oficiais anistiados, decorrentes de sua atual posição na escala, são tão dignos de respeito como o dos outros oficiais, que o art. 2º da lei visou diretamente fazer respeitar.

E assim, se na execução da lei não foram respeitados estes dois princípios, ter-se há: a) de um lado, ofendido, quanto aos anistiados, o mesmo direito que se procurou ressaltar quanto os demais; b) de outro lado, em que relação aos oficiais a que não se refere à lei, criado vantagens que a lei não visou, pois ela, querendo beneficiar os anistiados, quanto aos demais, apenas procurou acautelar os seus direitos.

É preciso apreciar ainda a questão sob outro aspecto. Pode se pretender, como se tem feito com outros quadros militares, extraordinários, na desarrazoada despreocupação de aumento das despesas públicas, que tem dominado em nossa administração superior, que a criação desse quadro importe no aumento de oficiais ou que, para atender aos direitos de um e outro quadro, a promoção, quando venha a tocar a um oficial de Q F, seja dupla, promovendo-se igualmente outro oficial do quadro ordinário.

Não vejo como se possa justificar uma ou outra dessas soluções.

Não só a lei não autoriza promoções duplas, como a criação do Q F não abre vagas no quadro ordinário. Esse Q F não é propriamente um quadro especial, mas simplesmente uma designação para os oficiais numa situação transitória.

Praticamente, esse quadro só se torna necessário em relação aos oficiais anistiados, que tenham de ser promovidos por força da lei. Como ficou indicado, esses oficiais promovidos sem vaga, irão encontrar, no quadro superior, ocupado o lugar que lhes caiba. Terão de figurar num quadro especial porque o quadro ordinário está completo.

Quanto aos demais, porém, (e são quase todos) apenas mudarão de lugar no quadro. Em relação a esses, os quadros legais, porém, não terão alteração, continuará completo com o seu número legal de oficiais, o que acontecerá tão somente é que alguns dos oficiais desse posto ficam numa posição especial quanto à promoção, como foi visto.

Não haverá, porém, vagas nos quadros ordinários com a execução da lei, a criação de Q F.

E não haverá vagas, e as consequentes promoções, porque a nova lei não argumentou o número dos atuais quadros de oficiais, a não ser, eventualmente e transitoriamente, em relação aos oficiais anistiados que tenham de ser promovidos por expressa disposição dela.

Se assim não fosse, se se tivesse de promover por acesso de posto em cada quadro, entre os oficiais a que se não refere à lei, um número correspondente aos oficiais que tivesse de ser designados Q F, estaríamos em face da mais extraordinária das leis, pois que, visando extinguir as últimas restrições da anistia, as mantém em relação às promoções futuras, e querendo apenas favorecer aos anistiados, resolve-se em enormes favores aos outros oficiais, a que ela não se refere.

Em face de tais considerações, e, salientando quanto de contraditório e obscuro se encerra na recente lei relativa à anistia, penso que, na execução dela se devem respeitar as seguintes regras:

Far-se-á a revisão geral dos quadros afim de que, desprezado o tempo em que os oficiais anistiados estiveram em inatividade, venham eles ocupar o seu lugar na escala.

2º

Aqueles que por essa revisão, passarem para o posto superior, serão promovidos com antiguidade da data em que, desprezado o tempo de inatividade, lhes teria cabido a promoção por antiguidade.

3º

A colocação na escala, obtida por essa revisão, valerá para todos os efeitos menos:

- a) para percepção do soldo do novo posto, para os promovidos,
- b) quanto ao direito à promoção, matérias que serão reguladas pelos artigos seguintes.

4º

Os oficiais que, por força da presente lei, tiverem acesso de posto, terão direito às vantagens pecuniárias do novo posto tão somente a contar de três de novembro findo, data da obrigatoriedade da lei nº 3.178, publicada a 31 de outubro passado.

5º

Todos os oficiais que, num sentido lato, tiverem, por força da lei, promoção de seu posto ou de colocação na escala de seu posto atual, constituirão um quadro F onde permanecerão.

6º

Nas promoções por merecimento, quanto às vagas que forem ocorrendo em cada posto, poderá ser promovido, indistintamente, oficiais do quadro ordinário ou do quadro F, sendo que em tais vagas podem ser confirmados por promoção expressos oficiais anistiados que hajam subido de posto.

Os oficiais do QF que forem promovidos por merecimento, reverterão para o quadro ordinário ocupando o último lugar do posto superior, pois, em relação a eles, desapareceu a razão de sua permanência no QF, menos aqueles que, tendo sido promovidos ao posto superior por força da lei, haja, na vaga aberta, sido confirmados na promoção por merecimento; esses, desde que não tenham, de fato, o último lugar no seu novo posto, continuarão no QF, para não prejudicar na promoção por antiguidade os oficiais que já ali se acham antes da lei.

7º

Nas vagas, a se preencher por antiguidade, as promoções serão feitas de acordo com a colocação no quadro antes da execução da lei; desse modo se respeita o direito a essa promoção de uns e outros oficiais, conforme ele está estabelecido, e a lei quis respeitar.

Os oficiais do QF, promovidos por antiguidade, permanecerão nesse quadro, de onde somente sairão quando promovidos por merecimento, única hipótese em que desaparece a razão determinante de sua criação.

8º

Não sendo o quadro F mais que um sistema para conciliar a colocação dos oficiais anistiados na escala, sem desprezo de seu tempo de inatividade, com os direitos de cada um dos oficiais do mesmo posto no quadro geral, ligados à antiguidade, de acordo com a colocação atualmente obtida, a criação desse quadro não determina vagas, não dando lugar a promoção alguma, além daquelas que a própria lei ordenou, em relação aos anistiados cuja colocação na escala o Leve para o posto superior.

A mim se me afigura que deste modo, respeitando-se completamente, em relação a todos os oficiais de cada posto, os direitos que se teve em vista resguardar, se alcança, tanto quanto possível, obviar os inconvenientes de uma lei que num artigo destrói e agrava mesmo a situação que em outro artigo ela quis fazer desaparecer, com o mínimo de agravação das despesas públicas, agravação que fica limitada ao aumento de soldo dos oficiais anistiados que tiverem de ser promovidos em virtude da lei.

Executada de acordo com estas conclusões, a que cheguei após meditada apreciação da matéria, a recente lei, não se extinguem as últimas restrições da anistia, qual a princípio teve o projeto em vista, contudo conciliam-se, quanto possível, de acordo com os seus vários dispositivos, o seu intuito principal e os direitos, decorrentes da situação atual, que se quis assegurar.

Submetendo á apreciação superior de V. Ex. este meu parecer, devolvo os papéis e tenho a honra de reiterar a V. Ex. os meus protestos de elevada estima e distinta consideração.

Rodrigo Octávio

Comentário

O parecer de 5 de dezembro de 1916, também de autoria de Rodrigo Octávio, enfrenta uma lei de execução intrincada (DL nº 3.178/1916), editada para “abolir as últimas restrições” impostas às anistias de 1895 e 1898 a oficiais do Exército e da Armada, salvo os efeitos pecuniários pretéritos.

Rodrigo Octávio parte do seguinte núcleo conceitual: restaurar o tempo de serviço ativo suprimido pela restrição original, reconstituindo a antiguidade como se os atingidos não tivessem passado pelo período de inatividade forçada. De onde, duas consequências imediatas: (i) revisão dos almanaques, com recálculo da antiguidade; (ii) promoções apenas para os poucos casos em que a recomposição

faça o oficial transpor o limite do seu posto e alcançar o posto superior, fixando-se a antiguidade material (data a que teria direito), mas com efeitos remuneratórios apenas a partir da vigência da lei nova (3 de novembro de 1916).

O ponto difícil é o art. 2º, que criava um quadro apartado (QF) “dentro do qual serão promovidos, sem prejuízo do quadro ordinário”. Lida literalmente, a regra protegeria os não anistiados de qualquer ultrapassagem na fila da antiguidade; no entanto, se aplicada mecanicamente, frustraria o propósito da própria anistia (que busca normalizar carreiras), podendo até agravar a situação dos anistiados ao confiná-los em um pequeno quadro com poucas vagas.

Rodrigo Octávio rejeitou esse efeito paradoxal e reconstruiu o dispositivo à luz dos debates parlamentares: o QF era um arranjo de transição, voltado a compatibilizar (a) a recomposição da antiguidade dos anistiados e (b) a tutela das expectativas de promoção por antiguidade dos demais, sem criar privilégios indevidos nem explosão de despesas.

Nesse ponto a engenharia interpretativa: todos os alcançados pela lei — tanto os que sobem de posto quanto os que apenas sobem na colocação interna do posto — integram o QF. Nas promoções por merecimento, o acesso pode recair em oficiais do quadro ordinário ou do QF; se o anistiado do QF ascender por merecimento, reverte ao quadro ordinário, ocupando o último lugar do novo posto (salvo quando a lei já o tenha alçado ao posto superior, caso em que permanece no QF para não prejudicar a antiguidade dos que já ali estão).

Nas promoções por antiguidade, prevalece a fila tal como era antes da revisão, preservando-se as posições jurídicas que o Senado quis resguardar; anistiados promovidos por antiguidade continuam no QF, justamente para não deslocar o quadro ordinário.

Importa notar o que o parecer recusava: não há “promoções duplas” compulsórias nem aumento artificial de efetivos. O QF não cria vagas no quadro ordinário; é um mecanismo classificatório para evitar que a recomposição de antiguidade produza efeito dominó sobre a cadeia de promoções.

Do mesmo modo, o soldo do posto superior só se paga desde a obrigatoriedade da lei de 1916, jamais retroativamente ao marco de antiguidade reconstituída, porque a própria norma salvaguardou as restrições pecuniárias pretéritas.

Do ponto de vista prático, sobressaem três linhas. Primeiro, a distinção rigorosa entre (i) antiguidade material (reconhecimento do tempo que deveria ter sido contado) e (ii) eficácia financeira, delimitada pela lei nova, técnica que permite restaurar carreiras sem colidir com a vedação de efeitos pecuniários retroativos.

Segundo, a proteção simétrica de expectativas: o mesmo argumento que preserva a fila dos não anistiados serve para impedir que a criação do QF se converta em nova penalidade aos anistiados. Terceiro, a leitura teleológica do art. 2º: em vez de literalismo que inviabilizaria a finalidade da anistia, adota-se interpretação de compromisso, informada pelos debates legislativos e pela racionalidade administrativa.

Historicamente, o parecer ilumina como o contencioso de pessoal militar na Primeira República lidou com colisões entre justiça de transição (reparar carreiras atingidas por eventos políticos) e segurança das hierarquias (não desorganizar a progressão regular). O QF é, nesse sentido, um instituto de amortecimento: permite cumprir o propósito político da anistia sem romper a mecânica de promoções, evitando tanto a anulação prática do benefício quanto o desequilíbrio organizacional.

Por fim, há um método que se repete no autor: controvérsia legislativa + lacuna operacional → construção de uma regra de execução detalhada, apta a ser aplicada administrativamente com mínima litigiosidade. A solução é parcimoniosa em gasto, clara em critérios e sensível às duas faces do problema (reparação e estabilidade).

O resultado é um modelo de implementação de leis de anistia que concilia princípio e prudência, e que, um século depois, ainda oferece lições úteis sobre como converter comandos abstratos em arranjos administrativos exequíveis.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 21 de julho de 1917. – N. 59.

Exmo. Sr. Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda, o meu parecer acerca do pedido de informações feito ao Ministério das Relações Exteriores pela Legação Inglesa sobre o modo porque os súbditos britânicos, possuidores de mercadorias existentes a bordo dos paquetes alemães, ultimamente requisitados pelo Governo brasileiro, poderão entrar na posse das referidas mercadorias.

Em a nota em que a Legação Inglesa pede as mencionadas informações se diz que, ao irromper da guerra, as mercadorias pertencentes a ingleses, aliados e neutros, existentes nos navios alemães detidos nos portos ingleses, foram prontamente entregues aos proprietários contra a prova da propriedade, sem que qualquer exigência houvesse sido feita a título de avaria comum, cientificando ainda a nota que igual procedimento teve o Governo francês.

Informando sobre estes papeis, o digno Sr. Inspetor da Alfândega, em officio n. 1.185, de 16 do corrente, disse que as mercadorias em questão seriam entregues àqueles que provassem ser os proprietários da carga, devendo os interessados se mostrar quites da percentagem arbitrada por avaria comum. Para esse efeito foi a Alfândega em tempo notificada dos protestos judiciais feitos pelos agentes dos vapores alemães, juntando cópia das respectivas contraféis.

Penso, Sr. Ministro, que outra não pode ser a resposta a se dar ao Ministério das Relações Exteriores.

Para entrega das mercadorias encontradas a bordo dos navios alemães requisitados é mister que o interessado prove o direito de receber essa mercadoria com a exibição dos respectivos conhecimentos. Como esse conhecimento, ou algumas das vias dele, pode-se ter extraviado em vista das condições excepcionais que a guerra desde logo criou para as relações postais por via marítima, a entrega pode ser feita mediante outra prova autêntica que supra o conhecimento, devendo se exigir, conforme as circunstâncias, fiança ou garantia fidejussória para a eventualidade de aparecer mais tarde algum conhecimento validamente transferido a terceiro.

Além dessa exigência, que entende com a legitimidade de quem se apresenta para receber a carga, é preciso ter ainda em consideração o direito dos interessados no navio e na carga pelos prejuízos decorrentes da demora e que se traduz na contribuição para avaria comum.

São avarias todas as despesas extraordinárias feitas a bem do navio e da carga, todos os danos acontecidos àquele ou a esta, desde o embarque e partida até a volta e descarga. (Código Comercial, art. 761.)

E muitas despesas consequentes de arribada forçada são pelo nosso Código consideradas como avaria comum (artigo 764, n. 9, 10, 11 e 17), isto é, despesas para cujo ressarcimento devem contribuir proporcionalmente o navio e a carga.

Ora, é notório que os navios requisitados entraram e permaneceram em nossos portos pelo temor fundado de inimigo, o que, nos termos do art. 741, n. 3 do Código é causa justificada de arribada.

Parece-me, pois, que para ressarcimento das despesas dessa longa permanência inativa é obrigada a contribuir a carga nesses navios existentes, carga que assim não deve ser entregue aos seus proprietários sem que estes hajam assegurado o eventual pagamento da quota que for arbitrada para sua contribuição, quando tenha lugar o processo regular da repartição da avaria.

Em todo o caso, não aproveita neste momento apurar se se trata realmente ou não de avaria comum; isso deverá ser decidido, a seu tempo, no respectivo processo. O que é essencial é que o Governo não assuma a responsabilidade de ter de fazer todo esse pagamento (se for julgado que ele é devido) pelo fato de ter entregue a carga sem as devidas cautelas quanto a esse aspecto da questão.

O procedimento dos Governos da Inglaterra e da França, mencionado em nota do Sr. Ministro inglês não pode servir de exemplo para o nosso Governo. Naqueles países tinha havido declaração de guerra; os navios inimigos foram confiscados, a mercadoria neles existente foi entregue; os Governos assumiram a responsabilidade de tudo para ser liquidado no fim da guerra. A responsabilidade relativa à entrega dessa mercadoria, sem consideração a quota de avaria comum, era uma parcela insignificante em relação a massa das demais responsabilidades em jogo. Acresce ponderar que esses fatos lá ocorreram logo no início das hostilidades e assim, quando as despesas ocasionadas pela demora dos navios eram ainda diminutas.

Entre nós o caso é absolutamente diverso. O Brasil decretou sua neutralidade em face da conflagração. Os navios alemães permaneceram por mais de dois anos em nossos portos, antes que tal situação jurídica fosse modificada. Durante todo esse tempo houve despesas que os tribunais competentes poderão considerar como avaria comum e assim para cujo ressarcimento deva também concorrer a mercadoria que ficou nesses navios; as respectivas companhias fizeram os protestos necessários para salvaguardar seus direitos em relação à contribuição da carga ao pagamento da avaria comum. Nós, ainda neste momento, não estamos em estado de guerra com a Alemanha, e quando estivéssemos, isso não poderia alterar a linha de conduta da Administração, porque se trata de interesses privados de particulares que não são afetados pela guerra.

Em face de tais circunstâncias, sou de parecer que a carga encontrada a bordo dos navios requisitados não deve ser entregue sem que os respectivos proprietários mostrem ter satisfeito as exigências legais quanto a eventual contribuição para avaria comum.

Essas exigências legais se devem traduzir no depósito da importância correspondente à quota que houver sido previamente arbitrada, ou na fiança idônea do pagamento futuro da respectiva contribuição (Código art. 784).

Geralmente, nos transportes marítimos o frete é a pagar e, nos conhecimentos se estipula quase sempre que, começada à viagem, o frete é devido por inteiro em qualquer eventualidade.

O conhecimento é o instrumento do contrato de transporte, lei entre as partes. Tendo desembarcado as mercadorias existentes nos navios alemães e promovendo sua entrega o Governo pratica atos que aos representantes dos navios pertencia fazer, devendo, pois, velar para que sejam resguardados os respectivos direitos e interesses sob pena de responder por eles.

Quanto a este ponto cada caso especial deve ser estudado e resolvido em face das circunstâncias, de acordo com o conhecimento e as disposições do nosso Código que, segundo o dispositivo do art. 268, regem o contrato de fretamento mesmo ajustado no estrangeiro.

São estas, Sr. Ministro, as considerações que submeto ao esclarecido espírito de V.Exa. acerca dessa grave matéria.

Devolvo os papeis e tenho a honra de reiterar a V.Exa. os meus protestos de subida estima e elevada consideração.

Rodrigo Octávio.

Comentário

O parecer de 21 de julho de 1917, de autoria de Rodrigo Octávio, enfrenta problema jurídico-administrativo gerado pela guerra: como devolver, no Brasil, mercadorias de súditos britânicos que estavam a bordo de paquetes alemães requisitados pelo Governo. A Legação Inglesa invocou o precedente de Reino Unido e França, pelo qual cargas de terceiros foram liberadas mediante simples prova de propriedade, sem exigir prova de avaria comum.

Rodrigo Octavio reconhece o interesse legítimo dos proprietários, mas reordena o tema à luz do nosso direito marítimo e da posição internacional do Brasil à época, concluindo que a entrega só pode ocorrer com prova idônea de titularidade e garantia da eventual quota de avaria comum. Rodrigo Octávio era também internacionalista, autor de livro fundamental em tema de Direito Internacional Privado.

O ponto de partida do parecer se escora no tema probatório: a carga deve ser entregue a quem demonstre ser o proprietário, preferencialmente pelo conhecimento de embarque. Como a guerra desorganizou correios e fluxos, admite-se prova substitutiva autêntica”, embora acompanhada de fiança ou garantia fidejussória, para prevenir conflito futuro com um conhecimento que apareça validamente endossado a terceiro. Trata-se de proteger a lei entre as partes (o conhecimento) e a cadeia circulatória do título, sem paralisar a restituição.

Em seguida, o parecer enquadra a permanência longa dos navios em portos nacionais como hipótese típica de arribada justificada por “temor fundado de inimigo” (art. 741, III, do Código Comercial). Desse fato irradiam despesas extraordinárias de estadia, guarda, conservação e correlatas; e, pelo regime legal, muitas dessas despesas são qualificáveis como avaria comum (arts. 761 e 764), isto é, rateadas entre navio e carga. Daí a consequência operacional: antes da entrega, o proprietário deve depositar o montante arbitrado ou prestar fiança idônea (art. 784), assegurando o pagamento de sua quota quando o processo regular de repartição da avaria se concluir. Não se decide, desde logo, se há ou não avaria comum; decide-se que o Estado não pode desonerar a carga de garantir a eventual contribuição.

A comparação internacional é rejeitada com base em distinção material e institucional. No Reino Unido e na França havia um estado de guerra efetivamente declarado, confisco de navios inimigos e assunção estatal de um passivo imenso, do qual a dispensa de avaria era ínfima parcela, além de ter ocorrido no início do conflito, quando os custos de imobilização ainda eram pequenos.

No Brasil, ao contrário, vigorava a neutralidade; os navios permaneceram mais de dois anos parados; as companhias alemãs lavraram protestos para resguardar o direito ao rateio; e, mesmo que sobrevenha estado de guerra, isso não transmuta a natureza privada das relações de transporte nem autoriza a Administração a assumir encargos alheios sem base legal.

Há, ainda, um aviso sobre frete e riscos contratuais: em transporte marítimo, o frete costuma ser “a pagar” e, começada a viagem, é integralmente devido em qualquer eventualidade; e o conhecimento rege o contrato, inclusive quando ajustado no exterior, por força do art. 268 (aplicação do Código Comercial).

Se o Governo, ao desembarcar e entregar, pratica atos próprios do armador, tem o dever correlato de resguardar créditos e ônus do transporte, sob pena de responsabilidade. Por isso, cada caso deve ser resolvido à luz do conhecimento específico e das cláusulas de frete e avaria, não por solução uniforme que ignore o título e o regime legal.

A linha de raciocínio de Rodrigo Octavio combina prudência administrativa e ortodoxia comercial. Garante caminho efetivo para a restituição, prova de propriedade flexibilizada pelas contingências bélicas, mas impede que a pressa diplomática se converta em renúncia tácita a créditos de avaria ou em transferência, para o Erário, de custos que a lei reparte entre os interessados. O Governo organiza a entrega, mas não socializa o risco contratual.

No fundo, o parecer é uma lição de direito internacional privado aplicado em tempo de guerra: neutralidade não é indiferença; é observância estrita das formas do comércio marítimo, com tutela simétrica de posições jurídicas de proprietários de carga e de armadores.

Ao exigir garantia antes da entrega e remeter a qualificação definitiva da avaria ao processo próprio, a Fazenda evita litigiosidade futura e blinda a Administração contra alegações de pagamento indevido. A solução final é equilibrada: liberação condicionada, garantia cautelar e respeito ao título, tríade que permite ao Estado cumprir o gesto de restituição sem abdicar do dever de vigilância sobre a repartição legal de despesas.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 28 de novembro de 1917. – N. 107.

Exmo. Sr. Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda. Com o Aviso n. 141, de 8 do corrente, submeteu V.Exa. a meu estudo o processo relativo ao recurso interposto pelo Juiz Federal, aposentado, da Seção do Estado do Amazonas, Dr. João Lopes Pereira, do ato da Delegacia Fiscal do Tesouro no mesmo Estado, sustentando o pagamento de seus vencimentos de inativo e intimando-o a recolher aos cofres públicos as importâncias que lhe foram pagas nos exercícios de 1913 e 1914, visto servir os cargos de Chefe de Polícia e Inspetor do Tesouro daquele Estado.

De acordo com o meu modo de ver já diversas vezes manifestando, para mim, em face dos princípios constitucionais, trata-se de um caso de acumulação remunerada; e não são dispositivos de lei ordinária que podem fazer distinções que possam prevalecer em oposição à clareza do texto constitucional.

Em todo o caso, esta questão, que até 1915 teve diversas e contraditórias maneiras de ser resolvida pela Administração, foi, por diversas disposições do decreto legislativo n. 2.924, de 5 de janeiro daquele ano, regulada de um modo mais ou menos sistemático, e que tem sido observado.

Não me parece, entretanto, que se possa encontrar nesses dispositivos algum que ampare a pretensão do recorrente.

O § 5º do art. 104 do citado decreto legislativo, excetua do rigor do princípio os funcionários atuais, isto é, que ao momento da entrada em vigência da lei, a despeito de exercer função estadual, continuam a exercer efetivamente o cargo ou função federal.

O recorrente, sendo aposentado, poderia pretender certa analogia de seu caso com esse dispositivo, porque, evidentemente, o que a lei visou foi impedir que o exercício do cargo estadual prejudicasse o do federal, e, na hipótese, esse prejuízo não podia existir porque se tratava de um aposentado que, assim, não tinha exercício de funções federais.

Mas, o caso dos aposentados foi tratado especialmente no art. 105 da lei; e, de acordo com suas prescrições, desde que não era vitalício o cargo estadual de que o recorrente estava investido, no momento de entrar em vigor a referida lei, não lhe é permitida, nos termos desse dispositivo, a acumulação dos vencimentos.

Sou, pois, de parecer, quanto a cessação do pagamento dos vencimentos federais, que, enquanto durar o exercício do cargo estadual, deve ser mantida; não assim quanto a outra parte da resolução por isso que, determinando o citado art. 105,

que a privação das vantagens do cargo federal comece da data da lei, não autoriza a cobrança do que foi ao funcionário pago anteriormente.

É este o parecer que tenho a honra, Sr. Ministro, de submeter ao superior critério de V.Exa., a quem, devolvo os papeis, reitero meus protestos de subida estima e mui distinta consideração.

Rodrigo Octavio.

Comentário

O parecer de 28 de novembro de 1917, também de autoria de Rodrigo Octávio, enfrenta um caso típico de acumulação remunerada em chave federativa: o juiz federal aposentado João Lopes Pereira, da Seção do Amazonas, passou a exercer cargos estaduais (chefe de polícia e inspetor do Tesouro), e a Delegacia Fiscal lhe cortou os proventos federais e ainda o intimou a restituir o que recebera em 1913 e 1914.

Rodrigo Octavio parte de sua linha já conhecida: em face do texto constitucional, a acumulação de remunerações é matéria de princípio, leis ordinárias não podem esvaziar a clareza da vedação. Reconhece, contudo, que a prática administrativa vacilou até 1915, quando o Decreto Legislativo nº 2.924 organizou um regime mais sistemático.

Examinando esse diploma, afasta a possibilidade de amparo ao recorrente. O § 5º do art. 104 excepciona “funcionários atuais”, os quais, ao entrar em vigor a lei, continuassem exercendo efetivamente função federal mesmo ocupando função estadual, exceção construída para evitar que o serviço federal fosse prejudicado. Essa porta não se abre ao caso, porque o recorrente é aposentado: já não presta serviço ativo à União, logo não é “funcionário atual” para os fins da ressalva.

A situação dos aposentados foi tratada expressamente no art. 105, e aí reside a solução normativa específica: enquanto durar o exercício de cargo estadual não vitalício, não se permite acumular os proventos federais com a remuneração estadual. Como os postos estaduais ocupados por João Lopes Pereira não tinham caráter vitalício, incide a proibição do art. 105, devendo manter-se a suspensão do pagamento dos proventos federais durante o tempo do exercício estadual.

Onde a Administração foi além, Rodrigo Octavio recua: a mesma regra do art. 105, ao fixar o termo inicial da privação “na data da lei”, impede pretensão de retroagir efeitos para exigir devolução de valores legitimamente pagos antes da vigência do novo regime. Em outras palavras, há fundamento para sustar pagamentos futuros, mas não para reclamar a restituição do que foi percebido em 1913 e 1914.

O desfecho é, portanto, duplamente equilibrado: preserva-se o princípio constitucional (sem acumulação de remuneração federal com remuneração estadual não vitalícia), aplica-se corretamente o estatuto de 1915 aos aposentados, e se veda a cobrança retroativa em respeito à temporalidade da lei. A Administração acerta ao suspender os proventos enquanto perdurar o exercício estadual; erra ao exigir a devolução do passado.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 14 de dezembro de 1917. – N. 114.

Exmo. Sr. Ministro de Estado da Viação e Obras Públicas. – Com o Aviso n. 73, de 30 de novembro findo, remeteu-me V.Exa. o processo relativo ao requerimento de D. Gertrudes Maria da Conceição, proprietária de um terreno no Realengo em cujo subsolo existem canos de chumbo de um antigo serviço de abastecimento público de água.

A requerente se diz ameaçada de violência por parte da Repartição de Águas e Obras Públicas; entretanto, segundo informa o respectivo Diretor, essa Repartição apenas convidou a requerente a consentir que a canalização fosse levantada.

A questão, Sr. Ministro, sem ser idêntica, prende-se aos fundamentos do parecer, que, em ofício n. 91, de 18 de outubro passado, tive a honra de enviar a V.Exa., em relação à questão com o Dr. Ubaldino do Amaral Filho, e se resolve por aplicação dos seguintes princípios:

Se a requerente adquiriu regularmente a plena propriedade do terreno em questão, investiu-se no domínio do solo e subsolo com tudo o que nele se contém, nos termos expressos do art. 526 do *Código Civil*. De fato, a exclusividade e plenitude do domínio se presumem, salvo prova em contrário (*Código Civil*, art. 527, e no direito anterior, CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consolidação*, art. 377 pr.).

Tal direito não abrange, porém, os depósitos ou objetos, que tenham qualquer valor, ali propositalmente postos ou ocultos.

Quanto a estes, regulam os arts. 607 e seguintes do Código Civil e por força dos quais, deixam tais objetos de constituir tesouro e seguem seu destino legal se *alguém mostrar que lhe pertencem* (art. 610).

Ora, na hipótese sabe-se que há enterrado na propriedade da reclamante uma certa porção de canos de chumbo, do valor aproximado de 1:000\$, e que foram ali colocados em tempo, por quem de direito, para um serviço público, o abastecimento d'água, pelo que o dono de tais canos é o Estado.

Quanto à propriedade do Estado parece-me ponto que não pode sofrer contestação; pois que basta a circunstância, que pode ser provada, de que tais canos serviram para o abastecimento público, para demonstrar essa propriedade.

Tendo, assim, tais objetos dono certo não podem, de acordo com as prescrições do Código Civil, que já eram do antigo direito, aliás não expresso em lei

(Clovis, *Comentários* vol. 3, pag. 149), ser havidas como incorporadas ao domínio da requerente.

Acresce que, evidentemente, a colocação destes canos pelo terreno hoje da requerente, tratando-se de um serviço que importava em escavações e outras obras visíveis, não teria podido ser feita sem a competente autorização do proprietário de então, antecessor da requerente. E essa obra, uma vez realizada, constituiu, de fato, uma servidão aparente e continua de aqueduto subterrâneo.

Por todos estes motivos não me parece que a requerente e outros nas mesmas condições se possam pretender senhores desses canos e por isso, no caso do Dr. Ubaldino do Amaral Filho, referindo-me a porção de canos, por ele levantados de seu terreno eu disse:

“provado que esses canos pertencem ao Estado pois serviram para o abastecimento público da água e ali não teriam podido ser colocados senão com permissão dos então proprietários dos terrenos, parece-me que tais canos devem ser entregues à Repartição de Águas, como o seu Diretor solicitou.”

Na hipótese em estudo surge, porém, uma dificuldade; pois, os canos ainda se conservam enterrados e para sua retirada não quer dar a requerente consentimento.

E não tendo a Repartição de Águas, como o declara o seu digno Diretor, prova do consentimento do proprietário do terreno para colocação desses canos e não tendo a servidão, em que de fato tal obra se traduziu, sido devidamente transcrita, parece-me evidente que se acha a referida Repartição desarmada dos meios para promover o desenterramento e retirada desses canos do mencionado terreno de propriedade alheia.

Em tais condições, o que me parece que se pode fazer é dar á requerente ciência de que existindo em seu terreno soterrados, canos de chumbo que serviram, em tempo, para o serviço público de abastecimento de água, pertencem tais canos ao Estado, que fez tal obra pela sua repartição competente, e que assim, desde que tais canos sejam desenterrados, terão de ser entregues ao seu legítimo dono.

E para que a reclamante não se possa chamar a ignorância dessa comunicação em qualquer tempo, pode ela ser feita mediante notificação de oficial de registro de documentos, após registro dela, como faculta o art. 60 do Decreto n. 4.775, de 16 de fevereiro de 1905.

É este, Sr. Ministro, o parecer que submeto á esclarecida consideração de V.Exa., a quem, devolvendo os papeis, tenho a honra de reiterar as seguranças de minha elevada estima e mui distinta consideração.

Rodrigo Octavio.

Comentário

O parecer de 14 de dezembro de 1917, de autoria de Rodrigo Octávio, resolve, com técnica e prudência administrativa, um conflito clássico entre domínio

privado e vestígios materiais de um antigo serviço público. A proprietária de imóvel no Realengo tem, soterrados no subsolo, canos de chumbo que outrora integraram a rede de abastecimento de água.

A Repartição de Águas e Obras Públicas não a ameaça com violência, porém pretende levantar a canalização; a interessada resiste. Rodrigo Octavio parte do ponto de partida civilista: quem adquire regularmente o imóvel torna-se titular do solo e do subsolo, “com tudo o que nele se contém” (CC, art. 526), sendo a plenitude do domínio presumida (art. 527).

Essa regra, porém, sofre limite explícito: não se incorporam ao patrimônio do proprietário depósitos ou objetos propositalmente ali postos que tenham dono certo (arts. 607 e segs.). Como os canos foram instalados para serviço público, o titular deles é o Estado; não se trata de “tesouro”, nem de acessão natural, mas de coisa alheia com titularidade identificada.

Daí decorre um segundo pilar: a implantação da rede, obra visível, com escavações, não teria ocorrido sem autorização do antigo proprietário, gerando, de fato, uma servidão aparente e contínua de aqueduto subterrâneo. Materialmente, pois, os canos pertencem ao Estado; juridicamente, houve uma limitação real sobre o prédio. O raciocínio afasta qualquer pretensão da proprietária de “fazer seus” os canos pelo simples fato de estarem sob o seu terreno.

O impasse emerge na via de execução: embora o Estado seja dono dos canos, a Repartição não possui prova do consentimento original nem a servidão está transcrita. Falta, portanto, o título registral que legitime a entrada forçada e o desenterramento unilateral. Sem esse instrumento, a Administração “está desarmada” para praticar atos materiais no bem alheio, sob pena de violar a posse/propriedade do particular. Rodrigo Octavio, coerente com a divisão entre direito material e tutela possessória, separa o reconhecimento da titularidade (a favor do Estado) da possibilidade de autotutela (que rechaça).

A solução equilibra legalidade e cautela: notificar formalmente a proprietária de que os canos pertencem ao Estado, e que, uma vez desenterrados, deverão ser entregues ao seu legítimo dono. Para dar eficácia e oponibilidade a essa ciência, recomenda-se a notificação por oficial de registro de documentos, com prévio

registro (Decreto nº 4.775/1905, art. 60). O parecer, assim, preserva a titularidade pública e previne mutação de boa-fé em favor do particular, sem autorizar intervenção física sem título.

Há, por fim, um subtexto institucional relevante: o consultor reafirma que a Administração não pode suprimir, por ato próprio, a falta de publicidade registral das servidões, vício que, sendo de origem, exige regularização jurídica (prova do título, eventual acordo, ou tutela judicial). O Estado não perde a coisa; apenas não pode tomá-la manu militari.

Nesse ponto, o parecer dialoga com a contenção da autotutela administrativa, respeito às formas e à esfera do Judiciário quando a intervenção em propriedade privada reclama título hábil.

Em síntese, três mensagens se fixam: (i) os canos são bens do Estado, por terem sido propositadamente instalados para serviço público; (ii) a presença deles configura servidão aparente, mas a falta de transcrição impede medidas unilaterais de extração; (iii) a via adequada, enquanto não sanado o déficit de título, é a notificação formal e, se necessário, a busca de regularização ou de tutela judicial. É a articulação madura entre domínio público, publicidade registral e garantias do proprietário.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 27 de fevereiro de 1918. – N. 29.

Exmo. Sr. Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda. – Com o Aviso n. 36, de 16 do corrente, me transmitiu V.Exa. para dar parecer o processo em que se levanta a dúvida sobre a extensão do favor de isenção de impostos aduaneiros de que goza The Rio de Janeiro City Improvements Company.

Motivou o processo a representação feita ao Sr. Inspetor da Alfândega pelo Sr. Alvaro Augusto de Souza Menezes, digno 4º escriturário daquela repartição, e na qual, com proficiente estudo, em face da estatística da construção de prédios nesta Cidade nos últimos anos e do número de aparelhos sanitários importados pela referida Companhia com isenção de direitos, se procura demonstrar a quanto monta o excesso de aparelhos em relação ao número daqueles que a Companhia tem obrigação contratual de colocar, e que são, apenas um, nas casas térreas, e dois, nas casas de sobrado.

Apesar de minucioso e bem deduzido o trabalho em questão, não pode apresentar, como observa o Sr. Dr. Procurador-Geral da Fazenda, senão uma estimativa, tanto mais quanto é certo que, de acordo com a interpretação autorizada pela anterior direção da fiscalização da City, foi admitida a colocação obrigatória de número muito maior de aparelhos nos prédios em que, por suas condições materiais, apresentando diversas economias separadas, se prestam para habitação de várias famílias, ou para estabelecimento de diversas casas de comercio. Dessa interpretação, já posta em prática desde muitos anos, e que, aumentando consideravelmente o número de aparelhos que a Companhia tem obrigação de colocar, prejudica os cálculos do trabalho do Sr. Escriturário Menezes, pois consiste num elemento com o qual ele não contou, dessa interpretação nasceu ultimamente uma controvérsia administrativa, sobre a qual já tive a honra de ser consultado várias vezes, e que se acha em termos de ser solvida por juízo arbitral.

Parece-me, entretanto, que, nos termos expressos dos contratos da City com o Governo Federal, a presente questão encontra sua solução natural. Já o Sr. Dr. Diretor da Inspetoria de Esgotos, no officio em que deu ao Sr. Inspetor da Alfandega informações sobre a representação que originou este processo, colocou a questão nos seus verdadeiros termos. Pode haver uma contradição entre o espirito e a letra dos contratos, mas é indubitável que, em face de seus termos expressos, não há o que se arguir contra o modo por que tem a City procedido neste particular.

Pelo despacho ministerial de 21 de janeiro de 1900, em representação de diversos negociantes, foi declarado que “os contratos não davam a Companhia privilegio de vender ‘louça sanitária’ (Consolidação das Leis Relativas aos Esgotos

na Capital Federal, pag. 43) e isso mesmo foi posteriormente consignado no termo de acordo celebrado com a Companhia, de 21 de fevereiro de 1900, autorizado pelo Decreto n. 3.603, de 20 do mesmo mês e ano.

Esses atos esclareceram que em relação a venda de louça sanitária havia liberdade comercial, como é expresso na parte final daquele despacho.

Isso não quer dizer, porém, que se tenha imposto à City qualquer modificação nos dispositivos de seus contratos relativos a isenção de direitos.

Em isenção, que havia sido concedida ampla e geral nos contratos primitivos (§§ 9º e 10 da cláusula 3ª do contrato aprovado pelo Decreto n. 6.089, de 18 de dezembro de 1875), foi modificada pela cláusula 17ª do termo de revisão, autorizada pelo Decreto n. 3.540, de 29 de dezembro de 1899, para excluir do favor “as latrinas de luxo, caixa de lavagens e seus acessórios, ventiladores e mais material que não seja propriamente do esgoto, uma vez que tiver de ser pago por particulares”.

Como se vê, na nomenclatura dessa exclusão, em matéria de aparelhos sanitários, apenas se trata de latrinas de luxo, e não se pode entender que as latrinas comuns estejam compreendidas nas expressões gerais, “material que não seja propriamente de esgoto”, porque, se tais expressões também se referissem a latrinas, a cláusula não teria feito expressa menção das latrinas de luxo.

Em vista destas considerações não me parece, Sr. Ministro, que haja providência a tomar em consequência da representação do Sr. Escriturário Menezes.

Devolvo os papeis e tenho a honra de reiterar a V.Exa. as seguranças de minha elevada estima e mui distinta consideração.

Rodrigo Octavio

Comentário

O parecer enfrenta uma dúvida prática e recorrente na execução dos contratos de esgotos da Capital Federal: até onde vai a isenção de impostos de importação concedida à The Rio de Janeiro City Improvements Company para aparelhos sanitários.

A questão nasce de representação do 4º escriturário Álvaro Augusto de Souza Menezes, que, cotejando estatísticas de construção e volumes importados com isenção, sugere excesso de aparelhos diante da obrigação contratual (um em casas térreas, dois em sobrados).

Rodrigo Octavio reconhece a minúcia do estudo, mas sublinha seu caráter estimativo e, sobretudo, lembra que a própria fiscalização há anos admite, por interpretação já aplicada, maior número de aparelhos quando o imóvel, por suas

condições, abriga economias autônomas (múltiplas famílias ou comércios). Essa controvérsia, do quantum de aparelhos por prédio, já segue para solução arbitral, e não contamina, por si, a moldura fiscal.

O eixo jurídico do parecer é contratual: prevalece a letra dos instrumentos firmados com o Governo Federal. Rodrigo Octávio admite que possa haver atrito entre “espírito” e “letra”, mas insiste que, diante de cláusulas claras, não há como infirmar o procedimento da City. Recorda o despacho ministerial de 21.1.1900 e o termo de 21.2.1900 (Dec. 3.603/1900), que apenas assentaram liberdade de comércio para venda de louça sanitária, isto é, não outorgaram privilégio de comercialização, sem alterar o regime da isenção aduaneira prevista nos contratos.

A verdadeira alteração da isenção veio antes, com a revisão autorizada pelo Dec. 3.540/1899: a cláusula 17 excluiu do favor “latrinas de luxo, caixas de lavagem e seus acessórios, ventiladores e mais material que não seja propriamente do esgoto, uma vez que tiver de ser pago por particulares”. Daí o Consultor extrai, por interpretação estrita, que a exceção nomeada a latrinas de luxo não atinge as latrinas comuns; se o texto quisesse afastar todas as latrinas, não destacaria as de luxo.

Com isso, recompõe-se o critério: a isenção permanece para o que seja propriamente do esgoto, o núcleo funcional do sistema, incluindo as latrinas comuns necessárias à ligação sanitária, ao passo que se excluem itens de luxo e acessórios não essenciais, quando custeados por particulares. A liberdade de comércio reconhecida em 1900 não revoga nem encolhe a isenção; apenas impede que a City reivindique monopólio na venda de louça.

No pano de fundo metodológico, o parecer separa planos que vinham sendo confundidos: (i) a quantidade de aparelhos obrigatórios por unidade imobiliária, tema de execução contratual e de arbitragem, e (ii) a abrangência objetiva da isenção aduaneira, tema regido por cláusulas e decretos específicos. Enquanto o primeiro pode variar por tipologia predial e prática administrativa consolidada, o segundo exige aderência estrita ao texto, notadamente por se tratar de favor fiscal.

A solução é, por isso, conservadora e segura: não há providência a tomar contra a Companhia a partir da representação. Mantém-se a isenção nos termos

revistos de 1899, preservando-se a exclusão para luxo e acessórios não essenciais, e remetendo-se a disputa sobre contagem de aparelhos à via arbitral já instaurada.

É a reafirmação de um binômio que atravessa a consultoria de Rodrigo Octavio: literalidade qualificada das cláusulas em matéria fiscal e deferência aos mecanismos contratuais (arbitragem) para resolver a engenharia fina da execução.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 1919. – Nº 16.

Exmo. Senhor Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores. – Satisfazendo a requisição de V. Ex., constante do Aviso nº 141, de 7 do corrente, para interpor meu parecer sobre o pedido de intervenção federal feito pelo Tribunal Superior do Estado do Amazonas, devo dizer a V. Ex. que faltam todos os elementos para que eu possa manifestar-me a respeito de caso tão grave como esse. O único documento recebido é um telegrama que, por economia de palavras é manifestamente deficiente e inteligível, desacompanhado de provas que permitissem então estudar o caso de Direito e de fato. V. Ex. compreende que nessa ou em qualquer outra hipótese, o Exmo. Governo, por simples solicitação, sem provas de qualquer espécie, sem ao menos conhecer o caso tão completamente como seria mister e em todos os seus detalhes, não poderia ocupar e muito menos decidir assunto tão delicado.

Como está submetido ao meu exame, entendo que o Exmo. Governo não pode conhecer do pedido.

Aproveitando o ensejo, renovo a V. Ex. as seguranças de minha elevada estima e mui distinta consideração.

Dr. M. A. de Sá Vianna.

Comentário

O parecer, assinado por M. A. de Sá Vianna, é exemplar de autocontenção administrativa diante de pedido extremo: intervenção federal no Estado do Amazonas. O Consultor-Geral começa pelo método: não há lastro fático nem jurídico que autorize sequer conhecer do requerimento. O único “documento” é um telegrama lacônico — “por economia de palavras” —, incapaz de expor com precisão fatos, fundamentos e provas. Medida de tamanha gravidade, que atinge o pacto federativo e a autonomia estadual, não se desencadeia por notícia esparsa.

Daí a conclusão processual: sem instrução mínima, o Governo não pode conhecer do pedido. Não se trata de negar a possibilidade jurídica da intervenção, mas de afirmar uma condição antecedente indispensável: a completa elucidação do

caso “de direito e de fato”, com peças, decisões, ocorrências e demonstrações concretas do alegado. O parecer fixa, assim, um filtro cognitivo: a Administração só delibera quando o conjunto probatório permitir juízo responsável.

Há também uma lição institucional. A consulta vem de um Tribunal Superior estadual; ainda assim, o Consultor-Geral não presume veracidade suficiente do relato telegráfico. Exige formalização, documentação e contraditório administrativo mínimo, recusando transformar a consultoria em chancela automática. O rigor probatório funciona como salvaguarda do federalismo e antídoto contra intervenções precipitadas.

Por fim, a técnica é clara e sóbria: delimita a competência (não se pode decidir), indica a razão (inexistência de elementos), e preserva o caminho adequado (submissão futura com instrução completa). Ao fazê-lo, Sá Vianna reafirma um cânone que perpassa a consultoria da época: em temas excepcionais, forma é garantia; sem processo, não há decisão.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 1919.

Exmo. Senhor Ministro da Justiça e Negócios Anteriores. – Satisfazendo a consulta de V. Ex. constante do Aviso nº 181, de 31 de janeiro, emito o seguinte parecer:

Em dois momentos e, principalmente, de dois modos, pode o Estado, dentro da lei internacional, fazer restaurar eficazmente direitos seus violados por outro Estado:- Um, na paz, pela prática das represálias, - outro, pela declaração de guerra e pela própria guerra.

Na situação bélica em que se tem estado o mundo desde 1914, no que afeta diretamente o Brasil, o primeiro desses momentos se acentuou, como o Exmo. Senhor Presidente da República reconheceu expressamente na Mensagem de 3 de maio de 1916, dirigida ao Congresso Nacional, “logo no começo das hostilidades”, com o caso chamado – dos cafés de S. Paulo, - caso no qual nosso país foi ludibriado e se agravou cada vez mais, em 31 de janeiro de 1917, com a notificação do bloqueio sem restrições que interrompia de vez o comércio internacional e ainda, em abril do mesmo ano, com outro, o do afundamento do vapor nacional Paraná.

Em nenhum desses casos, todos afrontosos á soberania brasileira, além de profundamente prejudiciais pelos danos materiais causados aos particulares e ao próprio Estado, pareceu conveniente ao Governo exigir como cabia a justa, pronta e completa reparação que, negada ou não dada a tempo e satisfatoriamente determinaria contra o insólito ofensor o emprego do meio coercitivo e sempre proveitoso, chamado das represálias, ficando na posição que V. Ex. conhece de quem preferia por altas razões de Estado, superiores a tudo, o silêncio no sofrimento de tais injúrias a quebrar o estado de uma neutralidade aberrante de todos os princípios jurídicos ainda os mais preliminares e comuns.

No primeiro dos casos ofensivos que acabamos de apontar, o Governo de então se satisfez com a enganosa promessa, nunca cumprida, a que alude aquela Mensagem; - no segundo julgou desagravada a soberania da Nação e reparados todos os males com a Nota incolor de 9 e com o tímido telegrama de 13 de fevereiro de 1917 do Senhor Ministro das Relações Exteriores ao Senhor Ministro do Brasil em Berlim para que transmitisse o conteúdo de ambos ao Governo Alemão; - no terceiro, enfim, com a ruptura de relações diplomáticas e comerciais em 11 de abril do mesmo ano, fato muito significativo e de graves consequências outrora, mas de resultados poucos práticos modernamente, um modo de manifestar desagrado ou indignação, digamos mesmo – de protestar, que afinal não importa em uma

satisfação pela soberania atingida, nem reparação material da ofensa causada, como não pode deixar de ser reclamado.

Quando, por Decreto nº 3.361, de 26 de outubro de 1917, foi reconhecido e proclamado o estado de guerra, iniciado pelo Império Alemão contra o Brasil, nenhuma providência havia sido tomada, ou, ao menos, tentada, pelo Exmo. Governo para desfronter de tanta injúria e reparação de tantos prejuízos. Assim findava o estado de paz sem que se operasse a reação que em casos semelhantes se opera pela prática de represálias, das quais o embargo em navios alemães refugiados em portos brasileiros estava naturalmente e se impunha pelos próprios acontecimentos.

Com isso, Senhor Ministro, ter-se-ia chegado a um resultado satisfatório, evitando até alguns atos que não podem ser juridicamente justificados, entre eles o da ocupação desses navios por força militar, ato inclassificável em direito, ainda mesmo rotulado como foi.

Iniciado o segundo momento – o da guerra, o Congresso Nacional armou o Executivo de todos os recursos legais necessários a agir com presteza, energia, segurança e sucesso, como era mister. Assim a Lei nº 3.393, de 16 de novembro de 1917, no art. 3, autoriza o Governo “a título de represália”, entre outros atos, a decretar:

- a) que os súditos inimigos, os gerentes, administradores, ou *detentores por qualquer título de bens, efeitos, valores ou créditos, a eles pertencentes*, bem como os devedores de quantias, valores ou bens de qualquer natureza, a credores inimigos, declararam, minuciosamente, perante a autoridade que for nomeada, em prazo que lhe for fixado, a natureza e a importância dos ditos bens, quantias, valores, efeitos ou créditos, sob pena, em caso de recusa ou omissão, de multa ao infrator, a qual não poderá exceder de quantia correspondente a 50% do valor não declarado;
- b) *o sequestro* não só de *todos os bens*, quantias, valores, efeitos, ou créditos referidos na letra a, como também os de que súditos inimigos sejam credores nos bancos, casas bancárias, caixas econômicas, montes de socorro ou estabelecimentos particulares, que *recebam em depósito*, garantia ou qualquer outro fim, bens, valores mercadorias.

Assim Senhor Ministro as represálias que, em tempo de paz, o Poder Executivo podia praticar por si mesmo, no tempo de guerra poderiam ser também exercidas por ele, autorizado, como estava pelo Congresso Nacional. Ocorre, porém, que pelo Decreto nº 12.740, de 7 de dezembro de 1917, o Senhor Presidente da República, usando da autorização contida na Lei nº 3.393, *mandou que, durante o estado de guerra fosse executada, a proporção que se tornassem necessárias, as providências constantes dos arts. 2 e seguintes da aludida Lei, de acordo com as instruções expedidas em cada caso pelos Ministros competentes, ficando desde já em inteira vigor as disposições do art. 3, letras e, h, j, k e art. 4.*

Como V. Ex. vê as providências constantes das letras, *a e b*, que para o caso da consulta eram as que cabiam, não foram postas em vigor para que pudessem ser devidamente executadas, e desta sorte a medida a que alude à consulta falta o fundamento legal que a justifique.

É natural, entretanto, que ocorra ao espírito de V. Ex. a seguinte consideração: - E o poder Executivo não terá a faculdade de mandar ainda agora vigorar as providências indicadas nas letras *a* e *b* do art. 3º? Eu penso que não. Pode parecer que eu me manifeste assim pela superveniência do *armistício geral* sob cuja ação se encontra os beligerantes desde novembro do ano findo, mas em rigor assim não é, e eu direi por que, apontando logo um motivo da maior relevância que me leva a considerar o caso como estou fazendo, assim não é, eu disse, Senhor Ministro, porque o Armistício, mesmo geral, não tem sido praticado sob um aspecto tão compreensivo.

Desde, para não ir mais longe, o projeto de declaração internacional concernente às leis e aos costumes de guerra, aprovado pela Conferência de Bruxelas, de 1874, até o Regulamento anexo à Convenção IV, de 18 de outubro de 1907, concernente às leis e costumes da guerra em terra, aprovado na 2ª Conferência da Paz, em Haya, é atribuído aos armistícios propriamente ditos, quanto aos seus efeitos, um caráter preferentemente militar.

Vejo no art. 47 daquele projeto “que o armistício suspende as *operações de guerra*”, e no art. 48 que “o armistício geral suspende em toda parte as *operações de guerra* dos Estados beligerantes”.

Vejo ainda nos arts. 36 e 37 do citado regulamento a mesma regra expressa pelas mesmas palavras. Quando se procura esclarecer a regra que examinamos, quanto à sua extensão, de modo, a saber, o que é permitido e o que é proibido fazer durante o armistício, os escritores variam: recusam todos os que respeitam às medidas de caráter ofensivo, enquanto relativamente às de caráter defensivo, uns concedem e outros negam, mas todos, exemplificando o que é possível fazer, se serve sempre de *atos de natureza militar*, como seja a transferência de parte de exercício de um beligerante para obter melhor posição, reparação de danos causados às fortificações, reforço de homens e munições nas praças de guerra, etc.

Isso mostra que o armistício, ainda quando vem sob a forma geral, atingem propriamente as *operações militares*, parecendo de certo modo estranho as outras medidas de guerra, as muitas *hostilidades* habitualmente usadas, como as que estão arroladas nas letras *a* e *b* da citada Lei nº 3.393, que, entretanto, escapam as duas expressões de que se servem os regulamentos e os escritores – operações militares, operações de guerra.

Esse modo de entender e julgar o armistício tem sua razão de ser na história, pois a guerra era a luta armada, a força bruta em ação para vencer ou exterminar e assim todos os meios para chegar a esse fim: a morte, a ocupação, o roubo, o saque e tudo mais eram meras consequências, o que interessava era a *operação militar*. Isso, porém, não tinha assento jurídico, nem era liberal, e o que era feito praticamente, passou a ser atendido tanto quanto ia sendo possível como instituto submetido ao regime de Direito. Assim o nosso LAFAYETTE, nos *Princípios do Direito Internacional*, II, § 392, ao mesmo tempo em que o MARQUES DE OLIVART, em Espanha, no *Tratado do Derecho internacional Público*, III, pág. 283, conseguiu reconhecer e afirmar um estado que se origina no armistício geral, estado tão delicado quão importante e do qual se ocupa quando diz que o “armistício geral tem por objeto a cessação de *todas as hostilidades de parte a parte, sem limites de lugar e sem exceção de forças de mar e de terra: produz de fato a suspensão da guerra*,

como luta material, mas deixa subsistindo como estado jurídico cria uma paz temporária ou provisória, mas não põe termo à guerra, porque continuam por decidir as questões ou litígios que determinam o recurso às armas”.

Assinado o armistício, não subsistiria apenas a guerra como *estado jurídico*, nem haveria *paz temporária* ou *provisória* se atos de *hostilidades*, como inegavelmente são os de represálias que a Lei nº 3.393 arrola, pudessem ser exercitados.

Ora, Senhor Ministro o armistício geral, assim considerado, tem justo e procedente motivo, que o jurisconsulto pátrio mostra dizendo que: “trégua ou armistício geral tem por causa razões e motivos de caráter político e produzem efeitos que não se limitam simplesmente às operações militares”.

Esse estado é aquele em que os beligerantes, decididos a celebrar a paz, necessitam para isso de imediata cessação das hostilidades, de modo a serem acordados os preliminares da paz. Essa cessação deve ser feita pelo armistício que precede o tratado preliminar, mas muitas vezes este tratado se resolve no próprio armistício, segundo forem os seus termos e as suas condições, de modo que, findo o armistício, a paz é prontamente assinada, como ocorreu, entre outros, com o Tratado de Andrinópolis, de 31 de janeiro de 1878 e o de Pirot, de 21 de dezembro de 1885, entre a Sérvia e a Bulgária.

Assim, Senhor Ministro isso que eu não encontro, em geral, nos armistícios, com força bastante para ir além das operações militares, vejo claramente, como *estado jurídico criador de paz temporária ou provisória*, que faz cessar todas as hostilidades, no armistício de novembro, duas vezes confirmado, quando prorrogado, como tem sido.

Basta a leitura desse documento da mais alta importância para reconhecer imediatamente que em todo ele há disposições que não são referente às operações *militares* ou *operações de guerra*, tecnicamente falando, como o das cláusulas financeiras, que não podiam caber senão em tratado de paz preliminar ou definitivo. Como V. Ex. vê o Brasil, como beligerante, está sob o regime desse armistício, está representado na Conferência da Paz, que, sendo modo legal para ser dada solução completa a todos os litígios existentes entre todos os que lutaram, repele naturalmente que um deles venha a última hora, fazendo o que não fez em tempo hábil, ter a conduta que não seria justificável política e moralmente, a final pouco confiante nas reclamações que terá feito a Conferência e na Justiça da própria Conferência da qual faz parte.

Meu parecer é que, atentas as condições do armistício que eu considero como preliminares de paz e o integral funcionamento da Conferência da Paz, o Exmo. Governo não pode e não deve agir na forma da consulta.

Assim, respondo a consulta de V. Ex. fica prejudicada a seguinte questão proposta; todavia eu creio que, se fosse possível agir, não competiria isso ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, mas ao da Fazenda e ao das Relações Exteriores, no que a cada um coubesse.

Apresento a V. Ex. os meus protestos de elevada estima e mui distinta consideração. – Dr. M. A. de S. Sá Vianna.

Comentário

O parecer de Sá Vianna parte de uma distinção clássica do direito internacional: a reação estatal a ofensas externas pode ocorrer, em tempo de paz, por meio de represálias; e, em tempo de guerra, mediante as medidas próprias do estado bélico.

Com esse enquadramento, o Consultor revisita a sequência de afrontas sofridas pelo Brasil desde 1914, o “caso dos cafés de São Paulo”, o anúncio do bloqueio irrestrito de 31 de janeiro de 1917 e o torpedeamento do vapor Paraná, em abril do mesmo ano, para sustentar que o governo, à época, abdicou de acionar represálias úteis e juridicamente disponíveis.

A crítica é nítida: preferiu-se uma neutralidade absoluta, respondendo com notas tímidas e, por fim, mera ruptura de relações, providência de baixo rendimento prático diante da gravidade das lesões.

Com a decretação do estado de guerra (Decreto n. 3.361/1917), abriu-se o segundo momento de reação. O Congresso então municiou o Executivo com a Lei n. 3.393/1917, cujo art. 3º autoriza, a título de represália, duas providências centrais para o tema consultado: (a) declaração compulsória de bens e créditos de súditos inimigos e (b) seu sequestro.

Só que, observa o Consultor, o Presidente, ao regulamentar a lei (Decreto n. 12.740/1917), pôs de pronto em vigor apenas alguns incisos, não os das letras a e b, que permaneceram dependentes de ativação casuística por instruções ministeriais. Resultado: falta de base legal imediata para praticar a medida pretendida; sem a vigência efetiva daquelas alíneas, qualquer ato seria desamparado.

Antecipando a objeção — “e não poderia o Executivo ativá-las agora?” — Sá Vianna rejeita o modelo. Não por causa do armistício geral, apenas, mas pelo que ele juridicamente representa. Recupera a tradição normativa (Bruxelas/1874 e Haia/1907) para assentar que o armistício suspende as operações de guerra; e, no caso de novembro de 1918, pelas suas cláusulas amplas (inclusive financeiras), configurou-se uma “paz provisória” que cessa todas as hostilidades, não só as militares estritas.

Assim, represálias de natureza econômica e patrimonial, como as do art. 3º, a e b, também ficam alcançadas pela suspensão: não é juridicamente, politicamente nem moralmente justificável deflagrá-las enquanto o Brasil participa da Conferência de Paz encarregada de compor os litígios.

Há, ainda, um reparo institucional relevante. Mesmo que fosse possível agir, a matéria não se resolveria pela via do Ministério da Justiça, mas, funcionalmente, por Fazenda (gestão patrimonial, sequestros, arrecadações) e Relações Exteriores (dimensão internacional e coordenação diplomática). O parecer, portanto, preserva a repartição de competências e evita que uma consulta imprópria produza atos com vício de origem.

Do ponto de vista metodológico, a peça é rigorosa: (i) fixa o regime jurídico aplicável (paz/represálias x guerra/hostilidades), (ii) reconstrói a conduta estatal pretérita e suas omissões, (iii) identifica a fonte habilitante (Lei n. 3.393) e sua regulação (Decreto n. 12.740), distinguindo normas em vigor das normas pendentes de ativação, e (iv) superpõe o novo estado de coisas — armistício de novembro — como causa impositiva de quaisquer atos hostis.

Não há atalhos: sem base normativa vigente e sob paz provisória, não se praticam medidas coercitivas.

O subtexto é pedagógico. Se em 1917 cabiam represálias em tempo de paz (inclusive o embargo de navios) e não se fizeram, não as cabe improvisar posteriormente, no interregno rumo à paz definitiva, sob a tutela da Conferência. O direito internacional, para Sá Vianna, não é estoque de expedientes oportunistas: é processo, tempo e forma. Hostilidade tardia, além de ilegal, sinalizaria desconfiança nas vias multilaterais em curso.

O parecerista concluiu que a consulta restava prejudicada: inexistência de base legal vigente para as providências pretendidas, e o armistício, com feição de preliminar de paz, veda a retomada de atos de represália. Mantém-se, por coerência normativa e prudência diplomática, a aposta no foro coletivo da paz; e, por correção administrativa, a matéria, se algum dia retomada, deve seguir o itinerário ministerial próprio. É um exercício exemplar de contenção jurídica em cenário de transição do conflito à composição entre beligerantes.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 5 de fevereiro de 1919. – Nº 11.

Exmo. Senhor Ministro de Estado da Viação e Obras Públicas. – Cumprindo a requisição de V. Ex., constante do Aviso nº 41 T, de 17 de janeiro último, tenho a honra de emitir o seguinte parecer sobre o caso de licença de operários:

A lei nº 2.221, de 30 de dezembro de 1909, que orçou a despesa geral da República para o exercício de 1910, dispôs no art. 48 que:

“nos casos de enfermidade comprovada com atestado médico, serão abonadas até 3 meses, 2/3, e nos 3 meses subsequentes 1/2 da diária dos operários, trabalhadores e diaristas da União; quando se verificar qualquer acidente em serviço o abono será integral, pelo prazo de um ano; findo este período, se o diarista estiver inutilizado par o serviço, será aposentado com 2/3 do respectivo salário, se não tiver sido até então criada a Caixa de Seguros contra acidentes de trabalho”.

A natureza da matéria estava mostrando que esse dispositivo excedia manifestamente às forças e ao caráter da lei orçamentária e assim devia constituir um diploma legislativo separado, mais completo e melhor regulado, permanentemente, enfim.

Assim não foi, entretanto, pelo motivo que V. Ex., jurisconsulto notável, bem conhece, de estar à lei de orçamento elevada a *Corpus Júris Brasiliensis*, como todas as perniciosas consequências diariamente apontadas, das quais o caso da consulta, com certeza, é dos menores. Pelo menos a esse dispositivo deveria ter sido aposta, como até certo tempo foi feito, a declaração de ser ele permanentemente, como tudo mostra que devia ser e está no seu próprio espírito.

No ano seguinte a Lei nº 2.356, de 31 de dezembro de 1910, que orçou a *despesa geral* da República para 1911, não reproduziu aquele dispositivo, mas a Lei nº 2.321, de 30 de dezembro de 1910, que orçou a *receita geral* para o mesmo exercício, estabeleceu no art. 30 que “continuarão em vigor todas as disposições das leis de orçamentos antecedentes que não versarem particularmente sobre a fixação da receita e despesa, sobre a autorização para marcar ou argumentar vencimentos, reformar repartições ou a legislação fiscal e que não tenham sido expressamente revogadas”.

Ocorreu então, como era natural, a dúvida a que aludem as informações da Secretaria de Estado, solvida no sentido de ser julgado em vigor o art. 48 da Lei de orçamento de despesa, de 1909, para o exercício de 1910, *ex-vi* do art. 30 da Lei de receita de 1910 para 1911.

O dispositivo do citado art. 30 foi reproduzido, por sua vez, na Lei nº 2.524, de 31 de dezembro de 1911, que orçou a receita geral para 1912, art. 43.

Sendo fácil, embora impróprio e destoante dos bons princípios, esse modo de legislar por prorrogações por atacado e sucessivas, arraigou-se entre nós, infelizmente, e assim a Lei nº 2.719, de 31 de dezembro de 1912, que orça a receita geral para 1913, reproduz a prorrogação mais uma vez e faz acréscimos, e assim repetida sempre e agora consideravelmente aumentada por outras matérias, o art. 129, da Lei nº 3.644, de 31 de dezembro de 1918, que orça a receita geral para o exercício corrente, revigora na parte que interessa à consulta os orçamentos anteriores. Em tais condições, o benefício instituído no art. 30 da Lei de 1909 deve ser aplicado não por semelhança do que se fez e não pode constituir motivo legal, mas pelo fato da lei mantê-lo pelo modo que acabamos de expor. *Mala Lex sed Lex*.

Restituindo o processo que instruiu a consulta, renovo a V. Ex. os meus protestos de levada estima e distinta consideração.

Dr. M. A. de S. Sá Vianna.

Comentário

Sá Vianna toma um caso aparentemente administrativo — licenças e abonos de diárias para operários da União em caso de doença ou acidente — para expor, com fina ironia, um vício estrutural do nosso processo legislativo: a transformação da lei orçamentária em depósito de normas permanentes.

O ponto de partida é o art. 48 da Lei nº 2.221/1909 (despesa de 1910), que previu abono de 2/3 por até três meses e de 1/2 por mais três, além de abono integral por um ano quando o infortúnio decorresse de acidente em serviço, com aposentadoria de 2/3 se o trabalhador ficasse inválido antes da criação da Caixa de Seguros contra Acidentes. Tudo correto quanto ao mérito social; errado quanto à sede normativa: a orçamentária não deveria conter regra material dessa natureza.

Daí a crítica: por “estar a lei de orçamento elevada a Corpus Juris Brasiliensis”, a prática degenerou — normas que deveriam nascer em diplomas autônomos, estáveis e sistemáticos, passam a viver de renovações tácitas. Em vez de o Congresso editar uma lei permanente sobre licenças e acidentes de trabalho no serviço público, optou-se por fazer o benefício sobreviver via dispositivos de prorrogação das leis de receita.

É o que sucede com o art. 30 da Lei nº 2.321/1910 (receita de 1911), que manteve em vigor disposições de orçamentos anteriores “que não versarem particularmente” sobre fixação de receita e despesa e não revogadas — fórmula repetida no art. 43 da Lei nº 2.524/1911 (receita de 1912), ampliada em 1912 e, ao fim, consolidada no art. 129 da Lei nº 3.644/1918 (receita do exercício corrente).

No mérito da consulta, o raciocínio é simples e implacável: o benefício do art. 48/1909 segue aplicável não por analogia graciosa, mas porque foi, de fato, mantido por uma cadeia de cláusulas de vigência das leis de receita subsequentes. É tecnicamente impróprio? Sim. Mas, enquanto vigente, cumpre aplicá-lo: “*mala lex sed lex*”; isto é, a lei é ruim, mas é lei, tem que ser cumprida.

O parecer dissocia o juízo de valor (má técnica legislativa) do juízo de validade (eficácia normativa preservada), garantindo aos operários a fruição dos abonos e da proteção em caso de acidente.

Há, ainda, alguma pedagogia institucional. Sá Vianna assinala qual seria o caminho correto: um diploma permanente, completo e claro, com enunciação expressa de vigência continuada, e não a dependência de prorrogações por atacado em leis orçamentárias anuais. A crítica não é apenas formalista: leis de orçamento são, por natureza, temporárias e instrumentais; infiltrar nelas direitos materiais gera instabilidade, incerteza interpretativa e contencioso desnecessário entre Administração e servidores.

Ao mesmo tempo, o parecer presta deferência ao destinatário político (“V. Ex., jurisconsulto notável”) sem perder a firmeza técnica: reconhece a realidade do sistema (a praxe de prorrogar por remissão genérica), demonstra o encadeamento normativo ano a ano e entrega solução operativa para a Administração: aplicar o benefício tal como redigido em 1909, porque sua vigência foi sucessivamente revigorada até 1918.

O subtexto é claro: se o País deseja política séria de proteção ao trabalhador público — doença, acidente, invalidez —, que a estabeleça por lei própria, estável, com regras de financiamento (inclusive a prometida Caixa de Seguros) e técnica adequada. Até lá, porém, não se pode negar o direito positivado por essa cadeia de prorrogações. O parecer, assim, conjuga senso de realidade com higienização

metodológica: aponta o erro de técnica, aplica o direito vigente e sinaliza o caminho legislativo devido.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 1 de abril de 1919. – N.º 37.

Exmo. Senhor Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores. – Acusando o recebimento da representação que a Sua Ex. o Senhor Vice-Presidente da República dirigiu, por seu Presidente, o Supremo Tribunal Federal de Justiça do Estado do Amazonas e sobre o qual V. Ex. se dignou requisitar meu parecer, cumpre dizer o seguinte:

A falta de regulamentação o art. 6º da Constituição da República, os termos vagos em que são feitos os raros e sucintos comentários que ela tem tido, criam, sempre que surge algum caso de intervenção federal nos Estados, situações graves em si mesmas, para perfeito conhecimento e definitiva solução dos quais tudo se mostra incerto, vacilante, duvidoso, enfim, sem fundamento, quanto baste para aprender e determinar, com a maior certeza e com toda a segurança, a natureza de cada um dos quatro números do aludido art. 6º e as hipóteses que podem eles abranger e realmente abranger.

O que cabe saber no caso em exame é se o fato, que motiva a representação do mais alto tribunal de justiça de um Estado da União, pode determinar a intervenção do Governo Federal e com fundamento no nº 2 do citado art. 6º, vejamos:

Efetivamente, Senhor Ministro a expressão – “para manter a forma republicana federal” – à primeira vista, literalmente considerada, parece repelir, desde logo, a intervenção nos temos em que vemos. Mas ocorre, naturalmente, ao espírito conhecer se mantiver a forma republicana federal será apenas evitar, obstar, não permitir que um Estado mude ou modifique o regime político que escolheu e adotou uma vez, com promessa de observar harmonicamente em sua organização e respeitar em suas leis os princípios de ordem e de natureza constitucionais, fixados na Constituição da União, como prescreve o art. 63 do pacto de 24 de fevereiro, de modo a não substituir nem mesmo alterar em parte a forma republicana federal, ou se manter a forma republicana federal não é só isso, porém, muito mais, ou seja, conservar sem que altere, sem que sofra em sua essência o que a essa forma de governo é básico, o que constitui sua própria defesa, condição de vida, de modo a não perecer a forma pelo seu enfraquecimento, pela falta de garantias a sua desejada imutabilidade.

Das duas maiores fontes da nossa Constituição constam dispositivos que visam assegurar sempre a forma republicana de governo. Ambas foram inspiradoras do preceito constitucional, ambas oferecem elementos de interpretação. Embora em

ambos esses dispositivos correspondentes ao do art. 6º da Constituição da República tenham se originado de causas diferentes.

Assim vemos que das duas, a mais antiga, a Constituição da União Americana e que “os Estados Unidos garantirão a cada Estado a forma republicana de governo e defenderão cada um deles contra invasões externas, e, mediante requisição da Legislatura, ou do Poder Executivo (quando a Legislatura não puder reunir-se) contra as perturbações domésticas.” O que dominou no espírito do legislador norte-americano foi simplesmente a manutenção da forma republicana, sem maior insistência quanto a espécie dessa forma republicana. TH. Cooley, Princip. de Direito Const. Cap. XI, em poucas palavras explica com a maior clareza, qual a verdadeira Inteligência e extensão do art. IV seção 4ª, que acabamos de citar, da Constituição dos Estados Unidos:

“Ao Governo Federal impõe-se a obrigação de garantir a todos os Estados da União uma *forma republicana de governo*. Surgiu tal disposição da convicção de que governos de princípios e de formas heterogêneas eram menos adaptáveis a uma união federativa do que aqueles que substancialmente lhe fossem parecidos a ela; e que o governo supremo deveria possuir autoridade para defender o sistema estabelecido contra as inovações que trouxessem consigo princípios discordantes e antagônicos. Os termos desta disposição (e repetem palavras do Federalist, n. 43) – pressupõem um governo preexistente com a forma que há de ser garantida. Por conseguinte, as formas *republicanas* serão garantidas pela Constituição Federal, pelo tempo que as *formas republicanas existentes forem conservadas pelos Estados*. Quando os Estados *quiserem* substituí-las por outras formas também republicanas, tem direito a fazê-lo, e de reclamar a garantia federal a seu favor. A única restrição que se lhes impõe *é de não mudarem a forma republicana de suas constituições por outras antirrepublicana*. ”

Como qualquer mudança adviria de uma das causas que ele aponta – ação hostil de alguma potência estrangeira que militarmente ocupasse o território de um Estado, implantando um governo que não tenha sido estabelecido pelo respectivo povo, - ação revolucionária do próprio povo, levantando-se em armas contra as autoridades constituídas, depondo o governo constituído ou tentando fazê-lo, para substituí-lo por outro, - a Constituição dos Estados Unidos assegurou aos Estados a *forma republicana de governo*, intervindo nos dois casos que determina em um deles diretamente e em outro mediante provocação do Poder Legislativo ou, em sua falta, do Poder Executivo. Essa exclusiva preocupação do legislador constituinte norte-americano, de *manter* sempre uma *forma republicana*, embora de tipo diverso, tinha sua razão de ser, razão histórica – o fato “da União não ter, como bem lembrar BARRAQUEROS, *Espíritu y práctica de La Constitución Argentina*, págs. 187 e 180, de reagir senão contra a Monarquia, pois, salvo raríssimas exceções, em nenhum Estado se fortificará o caudilhismo, nas lutas domésticas”, ao ponto de HAMILTON, justificando sua opinião sobre o assunto, citar apenas as convulsões do Massachusetts, pelo que a faculdade de intervir foi dada ao Governo Federal para evitar que o partido monarquista, imperando em algum Estado, convertesse a República em Monarquia. E em que consiste, segundo a Constituição dos Estados

Unidos, a *forma republicana* que devia ser mantida a todo transe? MADISON, sempre invocado neste caso, diz que – em todos os poderes emanarem direta ou indiretamente do povo, cujos administradores não gozam senão do poder temporário, a arbítrio do povo ou enquanto bem procederem, sendo bastante, para que tal governo exista que os administradores do poder sejam dignados diretos ou indiretamente pelo povo, condição *sine qua non*, qualquer governo popular que se organize nos Estados Unidos, embora bem formado e bem administrado, perderá infalivelmente o caráter republicano. Então, cabe, perguntar se a garantia que a Constituição promete é apenas para a *manutenção da forma republicana*, materialmente. Não seria compreensível que assim fosse, porque importaria no legislador sofismar a si mesmo e a Constituição ser apenas um simulacro. Como diz Von Holst, Lei Constitucional, pág. 236, “a interpretação aceita da palavra republicana – confere ao Congresso determinar não só se a forma do governo dos Estados é republicana, mas ainda se, *in substance*, os Estados são *repúblicas*”.

Na verdade, não haveria maior absurdo do que admitir completo alheamento da União quando nos Estados fossem opostos obstáculos à exceção das leis, tão fortes que, como no caso em estudo, um dos poderes de determinado Estado negasse o outro o que a Lei garante aos que a exercitam e torna-se de indeclinável necessidade para sua própria existência:

A Constituição Argentina, feita em condições diversas da dos Estados Unidos e ainda reformada em condições diversas e especiais, sem dúvida teve maior ação sobre a Brasileira, por isso mesmo que trazia a lição da experiência mais fácil de ser aproveitada por um povo da mesma raça, quase com o mesmo modo, bom ou mau, de encarar os problemas da vida. O legislador argentino de 1860 estabeleceu no art. 5º da Constituição que:

“cada província ditará para si *uma constituição sob o sistema representativo republicano*, de acordo com os princípios, as declarações e garantias da Constituição Nacional, e que garanta sua administração da justiça, seu regime municipal e a instrução primária. Sob estas condições o governo Federal garante, a cada província, o gozo e exercício de suas instituições”.

Logicamente, como complemento natural desse artigo, o art. 6º prescreve que:

“o Governo Federal intervém no território das províncias para garantir *a forma republicana de governo* ou para repelir invasões exteriores, e a requisição de suas autoridades constituídas, para sustentá-las, ou para restabelecê-las, se houverem sido depostas por sedição ou invasão de outra província”.

Já não se cogita aqui saber *em que consiste a forma republicana* porque, como bem diz BARRAQUEROS, ob. cit. pág. 186, enquanto a constituição a Constituição Americana se limita a dizer que os Estados Unidos garantirão a cada um dos Estados da União *uma forma republicana de governo*, nos casos que declina. A Constituição Argentina fixa os caracteres da forma *republicana* que promete garantir. Mas convém agora repetir em relação a esta Constituição a mesma pergunta

feita quanto a da União Americana: Se a garantia que a Constituição Argentina afirma é apenas para a *manutenção da forma republicana de governo*, materialmente.

Não é, neste caso ainda, por motivos especiais que decorrem da própria Constituição, do simples confronto dos arts. 5º e 6º que citei. Realmente, se cada província tem sua constituição, harmonia com a nacional em seus princípios, declarações e garantias, capaz de assegurar sua administração de justiça, seu regime municipal e a instrução pública, e o Governo Federal, por sua vez, assegura às províncias o gozo e exercício de suas instituições, - se essa assistência e essa defesa da União em relação a cada uma das suas unidades políticas é uma consequência do regime federal, não pode haver dúvida de que cabe a intervenção, quando as províncias sofrem no gozo e exercício dessas instituições, porque dali resulta manifesto ataque contra a manutenção da forma republicana e governo. Os perigos a que está exposto o regime republicano federal não são apenas os três que, entre outros escritores, cita ARISTIDES MILTON, A Constituição do Brasil, pág. 25: a separação, que pode provir de afrouxamento dos laços federais; o predomínio de um ou de alguns dos Estados sobre os outros e absorção das autonomias locais pelo poder central, quando este, por acaso, exorbita de suas atribuições. Há outro ainda, quando, na própria província, um dos poderes locais enfraquece, corrompe, submete ou absorve lenta e indiretamente, como em geral ocorre, algum dos outros que a Constituição criou e que não pode deixar de ser mantido sem sacrifício, mais do que da forma republicana federal, da própria forma republicana em qualquer dos seus modos de ser. BARRAQUEROS enfeixa assim, em poucas palavras, a diferença entre as duas Constituições, que citei, em relação ao ponto em estudo: O Poder Federal dos Estados Unidos só pode intervir quando se altera a forma republicana, - da Nação Argentina tem, não só o direito, mas o dever de intervir sempre que qualquer província não goze ou não possa exercitar suas instituições. Melhor ainda se exprime outro constitucionalista argentino, José M. Estrada, quando atinge o caso em questão, afirmando em seu *Curso de Derecho Constitucional, III, nº 131*, que “se a forma de governo não mudou e nem passou de republicana a qualquer outra, *procede à intervenção nacional na província, motu próprio, quando tenha sido corrompida ou as instituições estejam abastardadas*”, “porque”, acrescenta, “a Nação Argentina ou o Governo garante a cada província o gozo e o exercício de suas instituições locais”. Esta conclusão, a que se chegar em face da Constituição Argentina, é a mesma a que temos de chegar em face da Constituição Brasileira, porque, embora o legislador pátrio, por motivo de método na distribuição das matérias, se apartasse do modo pelo qual aquela Constituição tratou do assunto, agrupando-o em dois artigos seguidos – 5ª e 6ª o certo é que os arts. 6º e 63 do pacto de 24 de fevereiro são a reprodução do mesmo pensamento e dos mesmos princípios contidos naqueles. Pouco importa que o art. 5º da lei básica argentina, falando da Constituição que cada província ditará de acordo com os princípios, as declarações e garantias da Constituição, aparentemente se apartando da nossa, acrescente “que garanta sua administração de justiça, seu regime municipal e a instrução primária”. Pouco importa, digo, porquê: a) o projeto da Constituição nacional que serviu de base a discussão na Constituinte, tinha esta redação:

“Art. 63. Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adotar, *contanto que se organize sob a forma republicana*,

não contrarie os princípios constitucionais da União, respeite os direitos que esta Constituição assegura e observe as seguintes regras: 1º, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário serão discriminados e independentes; 2º, os governadores e os membros da legislatura local serão eletivos; três não serão eletivos a magistratura, 4º, os magistrados não serão demissíveis senão por sentença; 5º, o ensino será leigo e livre em todos os graus, e gratuito no primário”.

Que foi substituída, mediante emenda do Sr. Lauro Sodré, pelo art. 63 da Constituição, com a procedente razão de, nesta frase – “respeitados os princípios constitucionais da União” – estar dito do modo o mais compreensível, sem que nada tenha escapado, o fim, a natureza e a extensão das constituições dos Estados; b) não havia necessidade da Constituição nacional declarar que “o Governo Federal garante a cada Estado o gozo e exercício e de suas instituições”, como fez a Constituição Argentina, na 2ª alínea do art. 5º, porque a sanção do art. 63 da Constituição pátria, a garantia natural que esse dispositivo reclama, está no art. 6º, onde a intervenção foi estabelecida exatamente para casos em que o gozo e o exercício de instituições provinciais ou estaduais possam ser ameaçados, reduzidos ou negados.

Expostos tais princípios, cabe ainda uma vez repetir esta pergunta – se a garantia que a Constituição assegura é apenas para a manutenção da forma republicana, materialmente. Penso que sim, e penso que bem interpreto o texto constitucional, vendo que do mesmo modo procede, com a autoridade que lhe é reconhecida, JOÃO BARBALHO, nos comentários a Constituição Federal Brasileira, pág. 23, quando afirma que a “expressão – forma republicana – não designa simplesmente o aparelho formal da República, não compreende unicamente a existência do mecanismo que constitui o sistema republicano, mas envolvem, implícita e virtualmente, também o *seu funcionamento regular, a sua prática efetiva e a realidade das garantias que este sistema estabelece*.”

Ora, Senhor Ministro criar a Constituição de um Estado, respeitando princípios constitucionais da União, o Poder Judiciário, e este não poder manter-se pela falta de pagamento do que a lei garante como condição de sua independência e como condição de vida para aqueles que o exercem, sem que o respectivo Governador proveja com a urgência e com a energia que a situação reclama e que a sua responsabilidade impõe, é certamente opor obstáculos, ou deixar propositalmente que eles ocorram, ao regular e indispensável funcionamento de um alto Poder ao qual a Constituição de 24 de fevereiro consagrou os maiores cuidados para chegar ao fim da sua nobilíssima missão, bastando lembrar – a) que a Constituição Federal no art. 57, § 1º, assegura aos magistrados federais que os seus vencimentos serão determinados por lei e não poderão ser diminuídos e b) o Supremo Tribunal Federal, em diversos acórdãos, declaradamente no nº 431, de 29 de janeiro de 1909, fixou que a irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados é princípio Constitucional da União, que os Estados serão obrigados a respeitar. Não sei como não reconhecer quanto sofre com isso a forma republicana federal que se deseja manter e perpetuar. Tudo caracteriza que o caso, que devemos reconhecer e lastimar, são apenas mais uma manifestação da luta em que não poucas vezes vivem, nos Estados, o Poder Executivo em outros poderes que oferecem resistência á absorção, - é de intervenção, mas, Senhor Ministro, considero de tal modo grave essa

medida que, se eu tivesse autoridade para aconselhar o Governo, solicitaria permissão para lembrar a conveniência de, preliminarmente, sindicarem da verdade dos fatos de maneira e bem conhecê-los, pedindo sobre eles esclarecimentos ao Governador, a quem o Superior Tribunal de Justiça do Amazonas atribui à situação aflitiva, fora da lei, ofensiva da Constituição que determinou o pedido de intervenção. Ele é a parte sobre a qual está pesando tanta responsabilidade e parece que sem tomar como advertência, mas como simples manifestação de interesse do Governo Federal em caso que está afetando princípios constitucionais, esse pedido, que não pode ser desatendido, terá assim oportunidade para melhor considerar a situação e dar por si mesmo e de pronto a solução única que é dada esperar, por ser conforme os ditames da justiça e os princípios de Direito.

V. Ex., em sua sabedoria, suprimindo todas as minhas deficiências, como peço, resolverá com a habitual elevação.

Apresento a V. Ex. os protestos da maior consideração.

Dr. M. A. de S. Sá Vianna.

Comentário

Sá Vianna enfrenta neste parecer um dos pontos mais delicados do federalismo republicano: quando — e com que fundamento — a União pode intervir em um Estado para manter a forma republicana federal (art. 6º, n. 2, da Constituição de 1891).

O ponto de partida da discussão é grave: o Tribunal Superior do Amazonas noticia que a integridade e o funcionamento do Poder Judiciário local estariam comprometidos por inadimplemento de vencimentos, situação que, a seu ver, atinge garantias constitucionais e exige a mão federal.

O parecer começa reconhecendo a penúria normativa do tema: falta regulamentação do art. 6º, a literatura é rarefeita e vaga, e toda intervenção, por sua natureza, exige certezas — de fato e de direito — que não se improvisam nem se presumem.

O parecer então delimita o problema de interpretação: “manter a forma republicana federal” é só impedir uma metamorfose ostensiva (república ↔ monarquia; federação ↔ outra forma), ou também resguardar o que dá vida e efetividade à forma — suas garantias institucionais, seu funcionamento regular? Para responder, Sá Vianna recorre às duas matrizes que influenciaram o constituinte

brasileiro. Dos EUA, cita a “*Guarantee Clause*” (Art. IV, § 4): a União garante a cada Estado uma forma republicana e o defende de invasão e de “*domestic violence*”. A tradição norte-americana foca mais o gênero (ser republicano) do que o *modus operandi*, mas admite — via Cooley, Madison e Von Holst — que a avaliação não é puramente formal: importa também a substância republicana, isto é, governo que emana do povo e mantém suas instituições operantes.

Da Argentina (arts. 5º e 6º), extrai lição mais próxima à realidade latino-americana: a garantia federal alcança o “gozo e exercício” das instituições locais (justiça, municípios, instrução). Afirma, com Estrada e Barraqueros, que a intervenção não é só para impedir a troca de regime, mas também para restaurar instituições corrompidas — quando, por exemplo, um poder local esvazia outro e impede sua vida normal. Sá Vianna lê a Constituição brasileira nessa chave: o art. 63 (exigência de respeito aos princípios da União) é a premissa; o art. 6º é a sanção que assegura o funcionamento real, e não apenas o desenho nominal, do arranjo republicano-federativo.

Feita a ponte teórica, o parecer aplica o critério ao caso: se o Judiciário estadual não recebe o que a lei lhe assegura, compromete-se sua independência e sua existência prática — o que fere princípios constitucionais (irredutibilidade e legalidade dos vencimentos, com eco na jurisprudência do STF) e, portanto, atinge a própria forma republicana federal, entendida como forma viva e garantida, não mero esqueleto institucional. Em tese, portanto, haveria hipótese para intervenção.

Mas a peça é, ao mesmo tempo, rigorosa e prudente. Primeiro, ressalta a carga probatória: o que chegou ao Ministério foi apenas um telegrama lacônico — insuficiente para decisão tão extrema. Segundo, recomenda método: antes de acionar o mecanismo interventivo, cabe sindicar os fatos, requisitar esclarecimentos ao governador apontado como responsável e oferecer, por assim dizer, uma oportunidade de ajuste institucional — advertência não punitiva, mas sinal clara de que a União vigia a preservação das garantias. Terceiro, preserva a gravidade do remédio: intervenção não é expediente argumentativo, é ato de *ultima ratio*, que exige nexos robustos entre lesão e perigo à forma republicana em sua substância.

O resultado é um parecer exemplar de constitucionalismo prático: (i) eleva o debate acima do formalismo estreito, afirmando que forma republicana inclui funcionamento efetivo e garantias materiais; (ii) ancora essa leitura em fontes comparadas (EUA/Argentina) e em doutrina nacional (Barbalho); (iii) reconhece a plausibilidade jurídica da intervenção quando o Executivo local asfixia o Judiciário; e (iv) condiciona qualquer passo a uma instrução probatória séria e a uma etapa preliminar de diálogo federativo. Em síntese, afirma o dever de tutela da União sobre o núcleo vital do regime, sem abdicar da cautela procedimental que legitima, ou não, a medida mais incisiva do federalismo brasileiro.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 30 de julho de 1919. – N° 62.

Exmo. Senhor Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores – Satisfaço a requisição de V. Ex., Constante do Aviso nº 55, de 8 do corrente, oferecendo o seguinte parecer sobre a possível inscrição de uma senhora no concurso para provimento da cadeira de professor de Espanhol no Colégio Pedro II:

O Conselho Superior do Ensino colocou o caso sob estes dois pontos de vista: a) Pode a candidata ser considerada cidadão, como exige a Lei? b) Sendo ela de naturalidade uruguaia, pode ser considerada brasileira pelo fato de ser esposa de um brasileiro, oficial do nosso Exército?

Quanto ao primeiro ponto. – A Constituição a República dispõe no art. 73 que: “os cargos públicos, civis ou militares, são acessíveis a todos os brasileiros, observados as condições de capacidade especial que a lei estatuir.”

Desse artigo resulta a regra: “Os cargos públicos civis, ou militares são acessíveis a todos os brasileiros...”, a que foi imposta apenas um limite: “observadas às condições de capacidade especial que a lei estatuir.”

O dispositivo constitucional não fala em cidadão, mas simplesmente em brasileiro, e ninguém negará a nossa nacionalidade a quem tiver nascido no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, que ali não resida em serviço de sua nação; a quem seja filho de pai brasileiro ou ilegítimo de mãe brasileira, nascido em país estrangeiro e esteja domiciliado no Brasil; a quem seja filho de pai brasileiro, que estiver noutro país, a serviço da República, embora venha domiciliar-se nela, só pelo fato de ser mulher.

Desde a lei que rege o caso especial objeto da consulta, até o pensamento, que eu considero claro, do legislador constituinte e o texto constitucional, que considero inequívoco, não encontro motivo para distinção entre nacionais de um e de outro sexo, entre brasileiros e brasileiras, nem para as restrições que, quando cabem, a Constituição, como compêndio de princípios que é, faz, de modo a não deixar dúvidas.

Eu disse – no caso especial que faz objeto da consulta – por que o Decreto n. 11.520, de 18 de março de 1915, que reorganizou o ensino secundário e o ensino superior, tratando do provimento das cadeiras nos respectivos institutos, depois de estabelecer no art. 42 que “o lugar de professor catedrático será preenchido mediante Decreto, pelo substituto da seção em que se verifica a vaga” – determina o art. 44: “Poderão concorrer a vaga de professor substituto todos os brasileiros que exibirem folha corrida e forem maiores de 21 anos”.

Regulando deste modo o concurso que vem satisfazer a condição de capacidade especial, limite único a que aludimos traçado a regra do citado art. 73 que João Barbalho nos Comentários a Constituição, pág. 339, diz muito bem que “não fere o princípio de igualdade, desde que cada um que a queira pode adquirir essa condição, habilitando-se devidamente” - esse dispositivo é perfeitamente constitucional e não autoriza a dúvida suscitada.

Eu disse também, Senhor Ministro que o pensamento do legislador e o texto da maior das nossas leis não permitiam vacilação, nem se mostravam ambíguos sobre o ponto em exame.

Na verdade, na enumeração dos casos de nacionalidade constante do art. 69 da Constituição, nada existe que faça supor a exclusão das mulheres; consequentemente que não lhes caiba, como cabe aos homens, a qualidade que a todos os nacionais, sem distinção, é reconhecida de – cidadão brasileiro. Não é possível pensar de outro modo, porque, se estas duas palavras compreendessem apenas as pessoas do sexo masculino, qual seria a nacionalidade das mulheres, excluídas como ficavam do título IV da nossa lei fundamental que define quem é brasileiro e chama cidadão brasileiro, sinonimicamente?

ESTRADA, constitucionalista argentino, em seu interessante livro Curso de Derecho Constitucional, I, p. 117, diz que, segundo a legislação de seu país: “san considerados nacionales todos los nascidos bajo La bandera de La República, sin distinción de edade ni de sexo, entretanto, no son considerados ciudadanos sino los varones adultos de 18 años em adelante; que las mujeres y los menores de 18 años son nacionales, pero no son ciudadanos”.

Se for fácil compreender a exclusão daqueles porque, como menores não estão na plenitude do exercício de seus direitos civis, por melhoria de razão não poderão exercer os maiores direitos, os de máxima responsabilidade, como são os direitos políticos, mas em relação à mulher é excessivo e injustificado rigor. Isso, porém, Senhor Ministro, pouco importa ao caso que estudo, porque essa distinção que a Constituição Federal Brasileira não permite, tem assento na Ley de ciudadanía (Lei nº 346, de 8 de outubro de 1869), distinção, convém lembrar, que o Senhor Dr. AMÉRICO BRASILIENDE admite nos arts. 67 e 68 do Projeto de Constituição da República apresentado ao Governo Provisório, mas que o legislador constituinte não aceitou, embora ficasse mal transparecendo no pacto de 24 de fevereiro. Este, porém, não segue a Lei da República vizinha, uma das suas fontes, e assim não separa a qualidade de cidadão da de nacional brasileiro.

Daí, entretanto, eu não concluo – 1º, que as brasileiras sejam consideradas como cidadãs, mas sem direitos políticos, o que seria absurdo. Elas têm o direito de exercer cargos públicos e esse é um direito político pelas razões que dá JOÃO BARBALHO, obra citada, págs. 130 e 287: “a de serem eles criados para servir à Nação, muitas vezes envolvendo o exercício de autoridade sobre os cidadãos”. 2º. Que as brasileiras tenham todos os direitos políticos de que gozam os brasileiros, porque, na opinião deste mesmo publicista (...).

PIMENTA BUENO, pois que a Constituição do Império também não separava do cidadão brasileiro o nacional brasileiro (art. 6º) e consagrava o princípio de que “todo o cidadão brasileiro pode ser admitido aos cargos públicos civis,

políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a dos seus talentos e virtudes” (art. 179, § 14), está nessa mesma ordem de ideias e no seu Direito Público Brasileiro, 2ª parte, nº 612, diz que: “os direitos políticos, fundados antes na razão política do Estado e de suas grandes conveniências, são os que formam as liberdades políticas, pressupõem a nacionalidade e distingue o simples CIDADÃO do CIDADÃO ativo, isto é, membro somente da sociedade civil ou nacional, e o que, além de ser nacional, é demais membro da ordem ou sociedade política, cujos direitos e modo de gozá-los constitui e coordena”.

Como o comentador da Constituição de 1891, o da Constituição de 1824 encontra sempre o cidadão brasileiro - simples CIDADÃO e CIDADÃO ativo, mas sempre usando da palavra cidadão, como sinônima de nacional, de um modo: cidadão com direito ativo e passivo de voto nas eleições políticas, com os direitos políticos propriamente ditos, de outro modo – com todos os direitos que não são conferidos aos estrangeiros, mas reservados apenas aos nacionais. E convém notar que a Constituição em nenhum dos seus dispositivos desequipara a brasileira do brasileiro, declaradamente não nega aquela o direito político de que goza este – de votar e ser votado. A situação criada a mulher e em que se encontra sob este ponto de vista, tem por único fundamento a interpretação dada ao caso e por terem sido rejeitadas na constituinte as emendas que atribuam expressamente esse direito às mulheres.

Não sei como recusar a brasileira a qualidade de cidadão e mais ainda a faculdade de concorrer aos cargos públicos e destes até aos do magistério, certo como é que desde longo tempo exerceram o professorado e desde muitos anos desempenham cargos públicos nas repartições dos Correios e Telégrafos e , mais do que tudo, no Ministério das Relações Exteriores, onde são tratados os negócios de maiores responsabilidades e os assuntos mais graves e intrincados do país.

Sob este aspecto a mulher brasileira pode concorrer aos cargos públicos, pois está incluída entre os cidadãos brasileiros de que fala o art. 69, sem outro limite além desse que o art. 73 da Constituição impõe “condições de capacidade especial que a lei estatuir”.

Quanto ao 2º ponto. - Em alguns países, aliás, em pequeno número, o casamento estende a mulher estrangeira a nacionalidade do marido – Costa Rica, Constituição, art. 6, nº 2; Haiti, Constit., art. 5; Venezuela, Constit., art. 13, b, n. 4, enquanto durar o vínculo matrimonial; podendo conservar mesmo após a viuvez, se a mulher, no prazo de um ano, o declara expressamente; Itália, Código Civil, art. 10, enquanto durar esse vínculo e, ainda depois de viúva, salvo se muda a residência para fora do reino e readquire a nacionalidade primitiva. No Brasil, como na maior parte dos Estados americanos e europeus, assim não ocorre, porque entre os meios de adquirir ou de perder a nacionalidade não está o casamento da estrangeira como o nacional brasileiro. Seria ilógico que o legislador constituinte que criou o dispositivo do art. 69, nº 5, atribuindo ao estrangeiro residente no Brasil a nacionalidade brasileira quando possuísse bens imóveis no Brasil e fosse casado com brasileira ou tivesse filhos brasileiros, desde que não manifestasse intenção de conservar a nacionalidade, criasse no casamento da estrangeira como nacional um novo caso de naturalização. Enquanto essa é a lei constitucional no Brasil, convém lembrar que o casamento da mulher uruguaia com o estrangeiro não constitui para ela um caso de

perda de nacionalidade, nacionalidade que mantém e que o casamento não atinge. Isso explica o fato, do qual deu conta a V. Ex. o Senhor Presidente do Conselho Superior de Ensino, da requerente aparecer, como uruguaia, em um documento oficial comprobatório da identidade pessoal de quem o exhibe, ou seja, em um passaporte, que ofereceu para provar que era casado, documento, aliás, manifestamente imprestável para tal fim.

Clovís Bevilacqua quatro vezes se externou sobre este ponto, sempre e do mesmo que agora fazemos: - Nos Princípios Elementares de Direito Internacional Privado, § 28, no Direito Público Internacional, I, § 50; no Direito de Família, § 30, finalmente no Código Civil Comentado, I, p. 115, e II, p. 128, onde diz – “a brasileira casada com estrangeiro conserva a sua nacionalidade, reciprocamente, a estrangeira casada com brasileiro mantém a sua condição de estrangeira”. Não deixarei de citar, por seu valor jurídico, a opinião que, em caso semelhante, emitii em 16 de maio de 1908, o Sr. Araripe Júnior, de saudosa memória, então Consultor-Geral da República, opinião constante os Pareceres do Consultor Geral, II, p. 305, e que vem em apoio da que estou apresentando à V. Ex.

Em tais condições, Senhor Ministro, meu parecer é que a mulher brasileira está compreendida na expressão – cidadão brasileiro – e pode como tal concorrer aos cargos públicos, como vai concorrendo e cada vez mais; que a estrangeira não adquire a nacionalidade brasileira, nem perde a que tem quando casa com brasileiro.

Aplicando estes princípios ao caso submetido a exame, devo dizer que a requerente não pode ser atendida.

Apresento á V. Ex. meus protestos de elevada estima e distinta consideração.

Dr. M. A. de S. Sá Vianna.

Comentário

O parecer de Sá Vianna parte de uma consulta singela — a inscrição de uma senhora para concurso da cadeira de Espanhol do Colégio Pedro II — e desdobra dela dois problemas nítidos: (i) se a exigência constitucional e regulamentar de “ser brasileiro” alcança igualmente as mulheres; (ii) se a requerente, uruguaia casada com oficial do Exército brasileiro, poderia ser tida como brasileira por efeito do matrimônio.

O Conselho Superior do Ensino havia formulado a dúvida nos termos de cidadania, mas o parecer reposiciona o eixo: o art. 73 da Constituição de 1891 fala em “brasileiros”, não em “cidadãos”, para franquear o acesso a cargos públicos, ressalvadas as condições de capacidade. A lei específica do concurso (Decreto n.

11.520/1915) repete a mesma chave — “todos os brasileiros” — de modo que o primeiro filtro é estritamente nacionalidade.

A partir daí, o texto avança com um movimento afirmativo e, para a época, adiantado: nega qualquer distinção constitucional entre “brasileiros” e “brasileiras” para fins de acesso a cargos públicos. Invoca o art. 69 (nacionalidade) e a ausência de qualquer dispositivo que exclua mulheres, e reforça com doutrina nacional (João Barbalho; Pimenta Bueno) a leitura de que cidadão brasileiro é sinônimo de nacional, embora se reconheça a clássica distinção entre cidadão simples e cidadão ativo quanto a direitos políticos.

Em termos práticos, ainda que a Constituição não tenha concedido voto às mulheres, nada impediria o exercício de cargos públicos por brasileiras — o que, aliás, já ocorria no magistério, Correios e Telégrafos e até no Itamaraty. Esse trecho transforma o parecer num marco de igualdade formal no serviço público antes mesmo do sufrágio feminino de 1932.

No segundo ponto, porém, Sá Vianna é estrito: casamento com brasileiro não naturaliza a estrangeira. Compara experiências estrangeiras (Costa Rica, Haiti, Venezuela, Itália) que adotam o princípio da extensão automática, e contrasta com o modelo brasileiro, que não inclui o matrimônio como via de aquisição de nacionalidade. Recorda, ainda, que a Constituição de 1891 somente atribui nacionalidade derivada nos casos taxativamente previstos (v.g., estrangeiro residente com bens e vínculo familiar, mediante não manifestação de vontade de conservar a nacionalidade de origem), o que não se confunde com a hipótese da consulta. A doutrina de Clóvis Beviláqua é citada quatro vezes no mesmo sentido: a estrangeira casada com brasileiro “mantém a sua condição de estrangeira”.

Aplicando as premissas, o desfecho é binário: em tese, mulheres brasileiras podem concorrer; especificamente, a requerente — identificada por passaporte uruguaio — não pode, por não satisfazer a condição de nacionalidade exigida pela Constituição e pelo regulamento do concurso. O documento de identidade apresentado, além de inadequado para provar estado civil, confirma a persistência da nacionalidade uruguaia. Assim, a inscrição deve ser indeferida.

O interesse do parecer está, portanto, menos no resultado imediato e mais no arranjo argumentativo: de um lado, afirma a plena titularidade das mulheres brasileiras ao direito de acesso a cargos públicos, harmonizando texto constitucional, legislação setorial e prática administrativa; de outro, preserva a rigidez do direito de nacionalidade, recusando soluções “familiares” para um instituto de status público reservado à Constituição.

O caso, em suma, revela constitucionalismo que combina abertura igualitária no serviço público com rigor formal nas portas da nacionalidade — e, nessa composição, antecipa debates que só seriam resolvidos politicamente na década seguinte.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 12 de julho de 1919. – N. 56.

Exmo. Sr. Ministro de Estado dos Negócios da Guerra. – Tomando a maior consideração o objeto do Aviso de V.Exa., sob n. 9, não encontro qualquer elemento para emitir o parecer requisitado sobre o caso grave em que estão comprometidos interesses da Fazenda Nacional. Tendo de dizer de Direito, o Consultor-Geral carece conhecer minuciosamente os fatos, e como de abrilhá da consulta, eu não encontro nem mesmo uma simples exposição do caso, mas apenas doze linhas, que aludem vagamente a um ato judiciário ao qual a consulta não se refere: “Em primeiro lugar, diz o Sr. Coronel Jonathas da Costa Rego Monteiro, na participação de 14 de abril de 1919, feita a V.Exa., nas questões de divisas de propriedade, pela lei, as partes nomeiam cada uma o seu arbitro e o juízo o desempatador, que só tem ação, no caso de divergência dos primeiros. No entanto, parece-nos pelo documento de fls... que o arbitro que traçou o limite foi nomeado pelo juiz, isto deduzido do próprio laudo e que reza – o abaixo assinado nomeado agrimensor, para proceder a demarcação dos rumos que fazem as Fazendas do Cabral e Gericinó ..., etc. “Ora, este fato implica por si só nulidade da questão, visto não parecer ter sido executado o disposto em lei, sobre a nomeação de árbitros, pois não nos consta absolutamente ter havido intimação para a nomeação de peritos, por parte do Ministério da Guerra”.

Tudo mais que consta dessa participação e do processo não trata do assunto, mas exclusivamente da demarcação propriamente dita, matéria técnica a qual sou estranho e sobre a qual nem podia dizer.

V.Exa., examinando o caso e os documentos que agora devolvo, verá que não posso emitir qualquer parecer com conhecimento de causa e segurança, sem previamente informado, entre outros pontos, dos seguintes: Proceda-se a demarcação dos limites dos dois indicados imóveis? Em que juízo? Houve as irregularidades que o Sr. Coronel Monteiro deduz de um documento que junta? O representante da União consentiu nelas? As simples respostas a dar e que me habilitam a consultar o caso como o merece, estão mostrando que em relação ao mesmo não cabe ao Consultor-Geral – dizer, mas o Sr. Procurador da República – agir. Ele é o advogado que a lei instituiu para assegurar e de fender em juízo os interesses da Fazenda Nacional e o caso, como é fácil notar desde logo, reclama imediata intervenção desse funcionário, que verificará o que realmente ocorre em juízo, requererá o que for a bem da União, enfim, agirá como couber. Só a esse funcionário compete proceder, na forma do Decreto n. 10.902, de 20 de maio de 1914, art. 49, §§ 1º, 2º, letra c, e 3º, e, procedendo o Ministério da Guerra, verá prontamente ressalvados os interesses da Fazenda, para cujo fim o meu parecer insuficiente, se não fosse este que V.Exa. tomará na consideração que merece.

Apresento a V.Exa. os protestos de minha elevada estima e mui distinta consideração.

Dr. M.A. de Sá Vianna.

Comentário

O parecer de 12 de julho de 1919, de autoria de Sá Vianna, é exemplar de autocontenção institucional e de correta repartição de funções entre o parecerista e a advocacia contenciosa da União. A consulta, proveniente do Ministério da Guerra, alude a litígio sobre divisas das Fazendas do Cabral e de Gericinó e sugere nulidade da demarcação porque o “agrimensor” teria sido nomeado diretamente pelo juízo, sem a prévia indicação de árbitros/peritos pelas partes.

Sá Vianna constata, porém, que o expediente remetido contém apenas uma referência sumária ao fato (doze linhas) e, no mais, papéis de cunho técnico (levantamento/demarcação) sobre os quais a Consultoria não tem como se pronunciar. Sem quadro fático minimamente instruído, não há como emitir juízo jurídico responsável.

Daí a primeira tomada de posição: dizer o Direito requer conhecer os fatos. O Consultor-Geral recusa o papel de adivinhar o processo por bilhetes e insinuações. Pede o elementar: em que juízo tramita a demarcação? Houve, de fato, preterição das partes na escolha de árbitros/peritos? O representante da União anuiu? Essas respostas condicionam qualquer opinião de mérito. A lição metódica é clara: o parecer consultivo não substitui prova, nem supre lacunas de instrução; opera sobre autos e dados, não sobre hipóteses.

A segunda tomada de posição é orgânica: o caso reclama imediata intervenção do Procurador da República, advogado natural da Fazenda Nacional nos feitos judiciais, com base no Decreto n. 10.902/1914, art. 49. Cabe-lhe verificar nos autos o que ocorreu, arguir nulidades, requerer diligências, opor incidentes e proteger, em juízo, o patrimônio público. Ao Consultor-Geral compete orientar em tese, quando os fatos estejam delineados; ao Procurador, agir concretamente no processo. Sá Vianna, assim, reafirma a divisão de trabalho que dá racionalidade ao contencioso estatal.

No pano de fundo, entrevê-se a questão processual: demarcação de limites feita por agrimensor nomeado pelo juiz, sem participação das partes, pode desbordar do modelo arbitral/pericial que assegura contraditório e paridade (nomeações pelas partes e, só na divergência, o desempatador judicial). Se comprovados o postulado e o fato, há potencial vício que contamina o laudo. Mas é precisamente esse “se” que impede o parecer de avançar: não há prova suficiente no que foi remetido à Consultoria.

O documento, portanto, vale menos pelo que decide — nada decide — e mais pelo que ordena institucionalmente: (i) sem fatos, não há parecer; (ii) vícios processuais em demarcação de terras públicas exigem ação imediata do órgão de representação judicial; (iii) preservar a Fazenda Nacional demanda método: instrução, contraditório e atuação tempestiva em juízo. É um pequeno manual de governança do contencioso público, que prioriza prudência técnica e respeito à competência do Ministério Público da União à época, evitando transformar a Consultoria-Geral em instância substitutiva de prova ou de iniciativa processual.

PARECERES

Gabinete do Consultor-Geral da República. – Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 1919. – N. 123.

Exmo. Sr. Ministro de Estado dos Negócios da Guerra. – Restituo a V.Exa. os papéis que acompanharam o Aviso n. 29, de 2 do corrente, em com eles o parecer solicitado a respeito da prescrição em que possa ter incorrido o direito do capitão do Exército Pedro de Alcântara Cavalcante de Albuquerque, a contagem, para os efeitos da reforma, do tempo em que frequentou com aproveitamento o curso secundário do Colégio Militar do Rio de Janeiro.

No parecer que tive ocasião de emitir em 2 de outubro, e que está junto ao processo, conclui pelo reconhecimento do direito do requerente, atendendo a que:

- a) o decreto n. 2881, de 18 de abril de 1898, que aprovou o regulamento para os estabelecimentos militares de ensino, no art. 242, prescreve: “O ano de frequência do aluno, com aprovação em todas as cadeiras e aulas e nos exercícios práticos, *será contado*, como tempo de serviço, para todos os efeitos, menos para baixa ou demissão...”;
- b) esta disposição vem incluída no título 3º do regulamento, sob a epigrafe: “Disposições gerais comuns aos institutos militares de *ensino secundário e superior*”;
- c) o Colégio Militar, além do curso primário, tem um curso de ensino secundário (cit. Reg., art. 17);
- d) do processo está provado que o requerente frequentou, com aproveitamento, de 1898 a 1901, precisamente o curso secundário do referido Colégio;
- e) o regulamento de 1898 foi expedido pelo Poder Executivo, em virtude da autorização conferida pela lei n. 463, de 23 de novembro de 1897, art. 1º, e a disposição do art. 242, guarda a estrita observância dos termos da mesma autorização, tomando por base o regulamento aprovado pelo decreto n. 5.529, de 17 de janeiro de 1874, art. 218.

Este ponto ficou liquido.

Suscita, porém, agora, o auditor de guerra com exercício no gabinete de V.Exa. a questão da prescrição, entendendo que o “o direito do peticionário está prescrito desde 1906, pois é ele praça de 1901”.

Não há prescrição alguma. Nem esse aspecto do caso me escapou, quando da primeira vez o examinei.

O decreto n. 2.881, de 1898, assegurou a todos os alunos que houvessem frequentado, com aproveitamento, o curso secundário do Colégio Militar, a contagem desse tempo, como de serviço, para todos os efeitos, menos para baixa ou demissão.

Para o efeito, entre outros, assegurado, da sua reforma, agora que se quer reformar, vem o requerente mui oportunamente pedir a contagem daquele tempo.

Pouco importa que seja praça de 1901, alferes de 1903, 2º tenente de 1907, 1º tenente de 1911, etc.

O direito a contagem daquele tempo não foi particularmente concedido nem às praças, nem aos alferes, nem aos segundos ou primeiros tenentes. Foi genericamente assegurado a todos quantos – qualquer que seja o seu posto, na época em que o queiram fazer valer – provem haver preenchido a única condição de terem sido alunos que frequentaram com aproveitamento o curso secundário dos estabelecimentos militares de ensino.

É evidente que se o computo é para o efeito da reforma, nenhum interesse têm eles em que tal contagem se faça senão quando de reforma cogitam. E esse direito o decreto lhes garante sem limitação alguma de tempo. Não tendo duração limitada, podem fazê-lo valer até o momento em que o fato da reforma lhes dê o interesse jurídico de promover o seu reconhecimento.

Na informação junta confundem-se institutos distintos, quais são a prescrição e os prazos extintivos.

Tratando destes últimos, que os escritores franceses denominam *déchéance*, os italianos *decadenza* e os alemães temporalidade do direito, *adverte*, muito a proposito, o nosso Clovis Bevilacqua: “Cumpra distinguir a decadência dos direitos, determinada pela extinção dos prazos assinados á sua duração, da prescrição. A decadência resulta, simplesmente, do decurso do tempo, *porque o direito já nasce com esse destino de extinguir-se num lapso limitado* de tempo, se dentro dele não for posto em atividade” (*Theoria Geral do Direito Civil*, § 76), ou se extingue num prazo prefixo, não obstante o seu uso ou exercício.

A prescrição não decorre do não uso dos direitos, pois que, a não ser na hipótese dos prazos extintivos, acima referidos, a regra é que os direitos não se perdem pelo não uso ou exercício.

“Prescrição é a *perda da ação* atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo. *Não é o fato de não se exercer o direito que lhe tira o vigor*; nós podemos conservar inativos em nosso patrimônio muitos direitos por tempo indeterminado. O que o torna invalido é o não uso da sua propriedade defensiva, da ação que o reveste e protege. A *ação*, considerada do ponto de vista social, é o princípio tutelar que a sociedade insere em cada direito, e por meio do qual ela se interpõe *entre o portador do direito e o seu ofensor*. Mas, esse tegumento protetor do direito se adelgaça e desfaz, quando, por longo tempo, deixa de reagir contra os ataques vibrados sobre o direito; é um órgão que se atrofia pelo desuso.” (Clovis, op. cit., § 77)

A prescrição extingue ações: não é só a doutrina, é o nosso direito escrito.

Pode ser aquisitiva ou extintiva.

Pela primeira, também chamada usucapião, a qual, aliás, nada tem que ver com o caso em estudo, sim, adquirem-se direitos.

Mas, pela extintiva ou liberatória, não se extinguem os direitos, extinguem-se as ações.

Basta abrir o Código Civil, na disposição que interessa aplicar:

“Art. 178. Prescrevem: § 10, em cinco anos: VI. As dividas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim toda e qualquer AÇÃO contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal; devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma AÇÃO.”

Nos termos iniludíveis do Código, não é o direito, é a ação contra a Fazenda que prescreve em cinco anos. Donde: não é esta que se extingue por que o direito prescreve; é, pelo contrário, o direito que se extingue porque a ação prescreve.

É certo que, extinta a ação, extinto ficará o direito.

Mas a prescrição nunca extingue diretamente o direito. Este vem a ser atingido por via de consequência, isto é, por se extinguir a ação que o protegia (*in Manual do Código Civil Brasileiro*, Carpenter, *Da prescrição*, número 16).

Ora, se em última análise, a ação é a faculdade de exigir de uma pessoa um ato ou uma abstenção: *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*, e, se a prescrição é a perda da ação atribuída a um direito – claro é que o fundamento daquela vem a ser a recusa ou a iminência de recusa, por parte do sujeito passivo da relação jurídica, de praticar esse ato ou essa abstenção, e, enquanto ao menos tal intenção ou propósito não foi revelado, o sujeito ativo pode, como aqui, não ter interesse em promover a ação. Não terá esta, assim, sequer nascido, porque o direito até então não desconhecido, ou mesmo contestado, não será ainda exigível em juízo.

A ação, que, afinal, é o próprio direito em movimento, surge quando este é negado ou embaraçado: pressupõe a sua violação atual ou iminente.

“Todo direito violado, ou meramente ameaçado, logo manifesta uma força reativa própria, que o põe virtualmente em estado de defesa, escreve belamente João Monteiro (*Theoria do processo*, I, § 12). Daqui vem a primeira ideia de ação, cujo germe é este: uma relação de direito preexistente e sua negação. A ação (*actio juris*) é a reação que a força do direito opõe á ação contraria (*violatio juris*) de terceiro; é um movimento de reequilíbrio, é um remédio.”

Enquanto não é contestado, o direito permanece, por assim dizer, passivo. Esta observação de Garsonnet (*Tr. De Proc. Civil*, n. 132), é desenvolvida pelo mestre de São Paulo, quando disserta: “ação é o poder ou faculdade de agir em juízo, poder ou faculdade latente em toda relação de direito e que se traduz em ato (ação, no sentido objetivo) logo que se consuma ou está iminente qualquer violação das relações de direito (op.cit., § 18).

Em verdade, ao titular de um direito, enquanto não se lhe contesta, falta o interesse para estar em juízo.

Existe o princípio de direito que confere a ação (no caso, o preceito legal invocado pelo requerente e a ação que a todo direito corresponde); falta, porém, na linguagem de Paula Baptista (Proc. § 7º), o fato que dá lugar a aplicação deste princípio.

Os conceitos expostos levam a esta conclusão, magistralmente formulada por João Monteiro, no *Direito das Ações*, última das suas obras, infelizmente não concluída: “A ideia de ação pressupõe estes dois fatores: a preexistência de uma relação de direito (*facultas agendi*) e sua negação (*ratio agendi*), negação que não precisa ser efetiva, bastando ser iminente. No dizer de Scialoia, o direito violado é o princípio e fundamento da ação.

Desde modo, a noção subjetiva da palavra ação, isto é, a faculdade ou poder inerente ao próprio direito de se fazer firmar em juízo (*facultas agendi*) vem se juntar a noção objetiva, isto é, o exercício daquele poder ou faculdade (*ratio agendi*), posto em prática logo que o titular de uma relação de direito violada (*creditor ou ator*) judicialmente pede ao violador (*debitor ou réus*) que satisfaça a obrigação de lhe reparar o direito que violou” (pag. 22).

Tal a doutrina. Tal o direito positivo: “... devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação” (Código Civil, citado art. 178, § 10, n. VI).

O ato ou fato do qual se originaria, na espécie, a ação do requerente, seria o que lhe negasse a contagem do tempo, ora requerida, para o efeito da reforma.

Esse ato nem sequer existe ainda: o Governo não indeferiu o seu pedido; neste momento o estuda.

A prescrição da ação, portanto, nem mesmo começou a correr. O seu prazo se iniciará futuramente, na data do ato que o indeferir.

Nem a conclusão contrária poderiam levar os dois acórdãos invocados, do Supremo Tribunal Federal, números 1.804, de 1 de novembro de 1911, e 2.202, de 28 de julho de 1914, aliás anteriores ao Código, e fundados (como se pode ver no *Manual de Jurisprudência Federal*, n. 1.622 e respectivo Suplemento, n. 1.234, de Octavio Kelly) no art. 9º da lei n. 1.939, de 28 de agosto de 1908, onde ainda se encontrava a locução viciosa, hoje abolida pelo Código, “direito e ação”.

Também não seria preciso insistir em que ao requerente não cumpria interromper, em tempo algum, uma prescrição que, até esta data, não começou a correr.

Reitero a V.Exa. os meus protestos de elevada estima e mui distinta consideração.

James Darcy

Comentário

O parecer de 12 de dezembro de 1919, de autoria de James Darcy, resolve dois pontos com precisão: (i) confirma, no mérito, o direito do capitão Pedro de Alcântara à contagem, para fins de reforma, do período em que cursou com aprovação o ensino secundário do Colégio Militar do Rio de Janeiro; e (ii) afasta, em seguida, a objeção de prescrição levantada pelo auditor de guerra. No primeiro ponto, a fundamentação é direta: o Decreto n. 2.881/1898 (art. 242), editado com base na Lei n. 463/1897, determina que “o ano de frequência do aluno, com aprovação será contado, como tempo de serviço, para todos os efeitos, menos para baixa ou demissão”, disposição inserida no Título III, aplicável aos institutos militares de ensino secundário e superior. Constatado nos autos que o interessado frequentou, com aproveitamento, o curso secundário entre 1898 e 1901, o direito está líquido.

A controvérsia desloca-se, então, para a alegada prescrição. O parecer rebate de forma conceitualmente rigorosa: não há prescrição porque, no caso, ainda não há ação cujo prazo pudesse ter começado a fluir. Sá Vianna distingue, com apoio em Clóvis Beviláqua, decadência (prazos extintivos que atingem o próprio direito, quando a lei já o nasce perecível) e prescrição (perda da ação, isto é, do “tegumento protetor” do direito, pelo não uso em lapso legal).

O art. 178, § 10, VI, do Código Civil é textual: prescrevem em cinco anos “as ações contra a Fazenda”, correndo o prazo “da data do ato ou fato” que as origina. Como não houve ainda ato administrativo negando a contagem — o pedido está em exame — não nasceu a pretensão resistida, nem começou a correr prescrição.

O parecer também enfrenta a objeção histórica: antigos acórdãos do STF (1911 e 1914), calcados na redação da Lei n. 1.939/1908 (direito e ação), não sustentam solução diversa após a entrada em vigor do Código Civil, que depurou a terminologia e fixou que o que prescreve é a ação, não o direito em si. A circunstância de o oficial ter ingressado como praça em 1901 e ascendido nos anos seguintes é irrelevante: a regra de 1898 assegura a contagem a todos quantos

comprovem frequência com aproveitamento, e o interesse jurídico em fazer valer esse tempo emerge, por natureza, quando se cogita da reforma.

O desfecho é duplo e coerente: mantém-se o reconhecimento do direito material à contagem do período escolar como tempo de serviço (para efeitos de reforma) e declara-se inexistente prescrição, por ausência de ato denegatório a partir do qual pudesse correr o quinquênio. A lição que fica é metodológica e prática: (a) em matéria de tempo de serviço estudantil previsto em regulamento, vale a prova da frequência com aproveitamento nas hipóteses abrangidas; (b) a prescrição, nas relações com a Fazenda, nasce do conflito concreto (ato lesivo), não do mero decurso do tempo em abstrato; e (c) a boa técnica exige separar, com nitidez, decadência e prescrição antes de negar pretensões assentadas em direito vigente e não resistido.