MILITAR — EXERCÍCIO DE CARGO PÚBLICO — MANDATO TEMPORÁRIO — REVERSÃO — PETROBRÁS

— Cabe ao Presidente da República, a todo o tempo, determinar a reversão de oficial das Fôrças Armadas em exercício de cargo público, com investidura temporária.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
PROCESSO P. R. N.º 13.004-61

Presidência da República. Consultoria-Geral da República. E. M. n.º 161, de 18 de maio de 1961. Submete o Parecer D-19, sôbre reversão de oficiais postos à disposição de outros órgãos da Administração, aos respectivos quadros. "Aprovo

o Parecer. Publique-se. 3-7-61" (Rest. ao M. da Marinha, 5-7-61).

*

PARECER

Por ordem do Excelentíssimo Sr. Presidente da República, foi-me encaminhado processo, em que o Senhor Ministro da Marinha, após ter ouvido o ilustre Consultor Jurídico do seu Ministério, sugere o pronunciamento da Consultoria-Geral a respeito da possibilidade de fazer que revertam aos quadros da Marinha todos os oficiais postos à disposição de outros órgãos da administração, desde que os respectivos serviços não sejam absolutamente indispensáveis, onde estejam ora servindo.

Esclarece que há casos especiais, como os de oficiais nomeados por prazo certo a exemplo do que dispõe a Lei n.º 2.004, de 3 de outubro de 1952, que outorga mandato por 3 anos a diretores da Petróleo Brasileiro S. A., Petrobrás.

II — O exame da questão sugere e impõe o seu desdobramento, em razão dos aspectos necessàriamente ponderáveis, que o compõem. Cumpre atentar na situação jurídica ou no *status* permanente do militar. Em seguida, é preciso examinar a natureza jurídica da função que exerce fora de suas atividades militares, focalizando o exercício de cargos de nomeação pelo Presidente da República, ou de escolha pelas assembléias gerais de sociedades de economia mista.

Sòmente à vista dêstes elementos é que se torna possível responder à indagação.

III — Ponderando na condição específica do militar, nunca é demais recordar que a sua integração nas Fôrças Armadas tem um sentido de inteira definitividade. Uma vez militar, sempre militar, é um aforisma de procedência plena. Não se dissocia a individualidade da condição jurídica.

Um oficial, integrante das Fôrças Armadas Brasileiras, adquire um *status* militar que adere, como todo e qualquer outro *status*, à sua própria personalidade.

Um militar é militar. Sua personalidade não se desdobra, permitindo-lhe ora passar por militar e ora não. Um militar não pode deixar de sê-lo, e arvorar-se a condição de civil. Êle tem muitas vantagens e prerrogativas. Em contraposição, tem os seus deveres fundamentais de *militar*, que sòmente perde se se desligar, se se *exonerar* das Fôrças Armadas.

É certo que a vida do oficial pode sofrer intermitências, ou remissões. É exato que pode ocorrer o seu afastamento da vida de caserna, e ocorrer o seu aproveitamento em atividades civis, mediante licença. É ainda normal que, ao fim de algum tempo, êle passe à inatividade.

Mas nada disto muda as condições de sua vinculação com as Fôrças Armadas. Pode-se, destarte, repetir com tôda procedência. Um militar é militar mesmo na *inatividade*. E com as prerrogativas de seu código de vencimentos e vantagens.

Leia-se o Estatuto dos Militares:

"No decorrer de sua carreira, o militar pode encontrar-se na *ativa*, na *reserva* ou na situação de *reformado*" (Decreto-lei n.º 9.698, de 2 de setembro de 1946, art. 5.º).

Argumentará, pois, contra a lei, se um oficial pretender que possa *desvincular-se das Fôrças Armadas*, em qualquer fase de sua carreira.

Tôda organização de caráter permanente subordina os que a integram a certos cânones estruturais, que não podem ser desprezados, no momento em que alguém se abalança a cogitar das relações que se estabelecem, entre o indivíduo e a entidade.

No caso, o oficial integrante do Exército, da Marinha e da Aeronáutica o tem de maneira marcante. Como Militar, seu principal dever é baseado na disciplina hierárquica.

"As Fôrça Armadas, constituídas essencialmente pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes, organizadas com base na *hierarquia* e na *disciplina*, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e dentro dos limites da lei" (*Constituição*, art. 176).

O militar, além de não poder desvincular-se da instituição a que pertence, está, ainda, sujeito, pela regra disciplinar, ao dever de servir onde as autoridades superiores lhe determinarem. Não tem direito de escolha, nem faculdade de recusa, sob pena de incidir na mais grave das faltas, que é atentatória da própria organização institucional. Um exército sem disciplina é a própria negação da ordem jurídica a que se sujeita. Um corpo de tropa sem observância das imposições hierárquicas é o retrato da indisciplina mesma. Hierarquia e disciplina são conceitos geminados. Andam sempre juntas. E são fundamentais.

Mesmo quando o militar se acha afastado de sua corporação prestando serviço de outra natureza, e em outro local. Mesmo quando isto se dê por nomeação do Presidente da República.

Se um oficial pudesse, com êste fundamento, recusar a ordem de servir em outro local ou em outra comissão, estaria por terra a disciplina que é fundamental nas Fôrças Armadas. Se o Presidente da República não pudesse mais exercer a sua superioridade hierárquica sôbre êle haveria esta situação absurda: o militar estaria acima da hierarquia e fora da disciplina, e mais, estaria desobedecendo ao seu superior hierárquico maior. E não pode haver nenhuma situação em que se rompa a disciplina hierárquica.

Não pode haver, também, nenhuma lei ordinária que quebre o espírito de disciplina das Fôrças Armadas, porque êle decorre da Constituição, que nenhuma lei pode ofender. Mesmo que exista lei, direta ou indiretamente assegurando ao oficial uma fórmula ou uma oportunidade de recusar atendimento às ordens emanadas de seus superiores hierárquicos, não pode encontrar aplicação nem ter vigência por ofensa à Carta Maior. Não pode haver direitos contra a Constituição. Não pode ter eficácia nenhuma disposição da lei ordinária, que crie embaraços ao desenvolvimento dos princípios instituídos na Constituição.

IV — Poderá acontecer, sem nenhuma dúvida, que a legislatura comum estabeleça o provimento de um cargo por tempo certo, e permita a investidura nêle de um oficial das Fôrças Armadas. Não há mister rebuscar em difícil pesquisa, pois que a lei das sociedades por ações refere-se ao tempo determinado do mandato dos diretores, e, em várias oportunidades, brilhantes oficiais têm sido convocados para a prestação de suas atividades nesses setores. Em especial, a Lei n.º 2.004, de 3 de outubro de 1953, não sòmente fixa o tempo de duração dos mandatos de diretores da Petróleo Brasileiro S. A. — Petrobrás, como ainda expressamente autoriza a ali servirem oficiais das Fôrças Armadas. Como, então, conciliar a fixação do mandato e a subordinação do oficial a seus deveres hierárquicos? Será que, investido um oficial em cargo de direção de emprêsa desta ordem, fica imune à ação do Presidente da República? Será que o provimento no cargo temporário suspende o efeito da sujeição hierárquica e do dever de disciplina?

A resposta a estas indagações é dada em têrmos precisos, quando se verifica que o Presidente da República tem podêres para destituir, implícitos nos de nomear.

Acresce que, em qualquer sociedade anônima, todo diretor pode ser destituído a qualquer tempo, inclusive na Petrobrás.

Examinemos um e outro ponto.

V — Ao Presidente da República investe a Constituição da responsabilidade total pela condução dos assuntos executi-

vos e administrativos da Nação brasileira, sendo o sistema do nosso govêrno, no dizer de Rui Barbosa, o da "unidade do Poder Executivo" (*Comentários à Constituição Federal Brasileira,* vol. 3, pág. 7). Irrecusàvelmente, fôrça é declarar-se que não se podem fixar as responsabilidades sem se facultarem os instrumentos, os meios de ação.

Efetivamente, dispõe o art. 73 da Constituição federal que "o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República", assim investido dos podêres e responsabilidades da condução dos assuntos executivos da União. E como o Presidente não pode exercitar pessoalmente os múltiplos atos da vida estatal, concede-lhe a Constituição, entre outras prerrogativas, a competência para, *privativamente,* "prover, na forma da Lei e com as ressalvas *estatuídas por esta Constituição,* os cargos públicos federais" (art. 87, item V).

Nem é nôvo, nem é apenas nosso o princípio. A nossa vida republicana oferece a continuidade desta regra, e o bom exemplo da doutrina constitucional dos outros povos, onde vigora regime análogo ao nosso, aponta-nos as linhas mestras de uma orientação que se enquadra no desate dêste caso. Aliás, em o nosso Parecer D-14, já fixamos a teoria dos *podêres implícitos,* cuja invocaçção agora fazemos, reportando-nos àquele trabalho.

A faculdade de provimento dos cargos federais, contida no inciso acima transcrito, inscreve-se em todos os nossos diplomas constitucionais, desde o de 1891 (art. 48, n.º V), com passagem pela de 1934 (art. 56, n.º 14) até a carta de 1937 (art. 74, nº I).

Os nossos escritores a êle sempre aludem, demonstrando a implicação da faculdade de destituir ou de demitir sempre que não ocorra a incidência da uma restrição de natureza constitucional. Se é a Constituição que o concede, só a Constituição pode retirar. É geral a noção.

Com a sua enorme autoridade de mestre da primeira República, João Barbalho, comentando a de 1891, assinalou a universalidade da norma constitucional pertinente ao regime presidencial, sublinhando que no poder de nomear se contém *implícito* o de demitir, êste correlato daquele, pois de outro modo ficaria à administração pública, em muitos casos confiada a agentes desmerecedores da confiança por incapazes, infiéis ou nocivos sem que o chefe da Nação pudesse livrá-la dêsse mal (*Comentário à Constituição Federal,* 1902, pág. 188).

Também Rui Barbosa, expondo a doutrina incontroversa, adianta que, via de regra, o poder que livremente nomeia, demite livremente (*Demissão de Curador de Órfãos,* pág. 21).

E, mais recentemente, Temístocles Cavalcânti ensina que a referência aos cargos públicos federais não tem sentido restritivo, porém amplo, abrangente de todos aquêles que cabem na atribuição do Presidente da República por afetos a uma parcela das atividades estatais (*Tratado de Direito Administrativo,* III, pág. 76, ed. 1948).

Igualmente, na doutrina americana, já o clássico Black prelecionava:

"We are next brought to the consideration of the subject of removals from office. The power of appointment necessarilly includes the power to remove the appointee for cause" (*Constitutional Law,* pág. 113).

A doutrina fixou-se em têrmos de completa nitidez no famoso voto de Marshall, proferido numa questão apontada como *leading case,* levada em 1819 à Suprema Côrte: Mc Cullok x Maryland, o qual fêz carreira nos Estados Unidos e de lá desbordou. Quando o govêrno recebe podêres para cumprir certas finalidades estatais disporá, obrigatòriamente, dos podêres *implícitos* de sua execução. Se o Presidente da República tem a atribuição constitucional para praticar certos atos, caberá realizar todos aquêles que possibilitem seu exercício. Se é da competência

nomear um Ministro de Estado, não há mister referir o poder de destituir o Ministro, pois que, sem êste aquêle outro seria frustro. Se cabe ao Presidente nomear funcionários de certa categoria, ainda com aprovação do Senado, é livre exonerá-los sem aquela aprovação, sob pena de ter cerceada a sua liberdade de exercer as suas atribuições constitucionais, uma vez que o govêrno não é estático na sua autoridade:

"Hence the national government is not static in its authority, for as new problems have presented themselves it has frequently been possible to imply the authority to handle them from one or more of the powers enumerated in the original Constitution" (Harold Zink, *Government and Politics in the United States*, p. 17).

Em decorrência de um caso famoso (Myers *v.* United States), decidiu a Côrte Suprema, pelo voto de Taft, naquela linha sustentada por Black, que o *implied power* de destituir articula-se com o de nomear — *appointment power*.

Daí ter sido assentada a doutrina, segundo a qual é inconstitucional a lei que estabelece restrição ou limitação à faculdade presidencial de demitir, uma vez que *"the President is endowed by article II of the Constitution with a power of removal which, so far as "executive oficers of the United States appointed by him" are concerned, is not susceptible of any restraint for limitation by Congress, and that au such officers are intended by the Constitution to be left removable at the President's will"* (Corwin, *The President — Office and Power*, pág. 103).

Mais tarde, depois que outros casos foram levados à Suprema Côrte, especialmente dois (*Humphrey's case* e *Sutherlands's case*) que aconselharam uma certa limitação nos têrmos da doutrina sustentada no *Myer's case*, a mesma Suprema Côrte firmou a doutrina da demissibilidade amenizada, segundo a qual ela não cabe nos organismos quase-judiciais ou quase-Legislativos.

Ainda mesmo, com as restrições levantadas, o Presidente tem o *removal power* em todos os casos de funcionários de provimento pelo Executivo. Veja-se a lição de Corwin:

"One further point — What has been saia above boils down to this (I) as to agents of his own powers, the President's removal power is illimitable (II) as to agents of Congress's constitutional powers, Congress may confine it to removal for cause, which implies the further right to require a hearing as a part of the procedure of removal. Dos the maintenance of the distinction between the two kinds of removal power have to be left exclusively with the President's unaided sense of duty to the law? Personally I can see no constitutional reason why it should not be stimulated, if Congress whishes to make provision to that end, by authorizing quo warrant proceedings to test the title to office of successors to officers who claim to have been wrongfully removed. And, of course, in the case of officers appointed whit its consent, the Senate is always in position to uphold the distinction when it is minded to do so" (Corwin, *op. cit.*, p. 114).

Veja-se ainda, a lição de Zink, com referência expressa aos *leading cases* aludidos:

"The fact that most of the federal employees are at present under the merit system and receyved their appointments from others then the President makes them not subject to the general removal power of the chief executive although definite machinery is provided for their separation from public jobs "for the good of the service". Numerous other offcials hold their positions for definite terme, usually for four years and this also relieves the President of considerable burden. If they continued indefinitely in federal employment, political pressure or lack of attainments would necessitate removal. As it is, even politicians can await the expiration of a comparatively short term, while the public can endure me-

diocre services. Hence it is only where no definite term is set up or in extreme cases of incompetence or corruption that the President makes use of his removal power. Ordinarilly a mere request for a resignation will suffice in these instances, but if the incumbent displays stuborness, the President has only to order removal, even to forcible disposssession by a federal marshall" (Harold Zink, *ob. cit.* p. 300).

A doutrina americana não perde consistência ao passar para o direito brasileiro. Não sòmente a teoria dos *implied powers* encontra ressonância entre nós (Osvaldo Trigueiro, "Os podêres do Presidente da República" *in Revista de Direito Administrativo,* vol. 29, pág. 22) como ainda é de assentar-se que, se existe uma faculdade instituída na Constituição, ela sòmente pode sofrer restrições na própria Constituição, e não na lei ordinária.

Vinculando-se à observância de diretivas quase pessoais na condução da vida administrativa da União Federal a escolha, a nomeação, a investidura nos cargos públicos e nas comissões essenciais ao funcionamento do Govêrno constituem tarefa essencial ao pleno exercício da chefia do Executivo. E é uma competência *privativa* do Presidente da República, qualificada como inerente ao funcionamento do regime e sob a proteção do princípio da separação de podêres (Carlos Maximiliano *"Comentários à Constituição Federal de* 1946, vol. II, pág. 231: Temistocles Cavalcânti, *A Constituição Federal Comentada,* vol. II pág. 253).

À luz dêsses princípios pacíficos, incontroversos e que representam, em tôda a sua limpidez, a estrutura básica do sistema presidencial brasileiro, revela-se absolutamente certa a doutrina, segundo a qual ao Presidente da República não pode ser recusada a faculdade de demitir os funcionários que êle pode nomear, ressalvadas as restrições decorrentes da própria Constituição que lhe confere tais atribuições.

E, no caso do militar, sobreleva a inconsistência de qualquer restrição, porque iria de encontro à concepção constitucional da hierarquia. Se, pois, um oficial foi nomeado pelo Presidente da República para um cargo de provimento temporário, tem o Presidente da Repblica o poder de exonerá-lo e de mandar que vá servir onde seja necessária a sua atividade como militar.

VI — A investidura na direção da Petrobrás, em razão da Lei n.º 2.004-53, traz um refôrço a esta argumentação.

Muito embora seja ela uma emprêsa estatal, foi organizada sob a forma de sociedade *anônima.* Não só a forma, porém. Mais que isto, a Lei n.º 2.004-53 expressamente estendeu-lhe os dispositivos da lei reguladora das sociedades anônimas, como expresso no art. 8.º:

"Nos Estatutos da sociedade serão observadas, em tudo que lhes fôr aplicável, as normas da lei de *sociedade anônimas".*

Cumprindo esta determinação, ficou expresso no artigo 2.º dos Estatutos:

"A Petrobrás reger-se-á pela Lei n.º 2.004, de 3 de outubro de 1953, *pela legislação aplicável às sociedades anônimas* e pelos presentes estatutos".

Como tôda *sociedade anônima,* a Petrobrás é administrada por uma *Diretoria.*

E, se a Lei n.º 2.004-53 dispôs que cabe ao Presidente da Repblica nomear seus membros, e não à Assembléia-Geral, cuidou apenas da *forma de provimento,* que entendeu melhor assim, em razão da importância que a política petrolífera representa para a Nação.

Os Diretores, entretanto, por serem nomeados e não eleitos, não escapam à mesma condição dos diretores de qualquer sociedade anônima. São *representantes,* ou *mandatários.* A única diferença é que ao invés de serem mandatários *dos acionistas,* são representantes *do Presidente da República.* Mas, como todo representante escolhido, não tem o *poder de representação* contra a vontade do repre-

sentado. Todo o representante o é enquanto estiver no *gôzo da confiança* do representado. Isto é da essência da representação *voluntária*. A menção do prazo, por conseguinte, não encadeia o mandante. Ao revés êste tem e conserva o poder de substituir o seu representante.

Com efeito, a Lei das Sociedades por Ações (Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de outubro de 1940) igualmente estabelece que os Diretores são eleitos por prazo certo, ao dizer que os estatutos disporão sôbre o "prazo da gestão".

Mas em nenhuma hipótese é possível sustentar a *irrevogabilidade do mandato*. É da essência dêste a sua revogação, porque mandato traduz a confiança do mandante, que é livre de dá-la, ou retirá-la a todo tempo. Ninguém pode ser obrigado a ter confiança em um representante.

É por isto que Miranda Valverde explica que a regra formal de que o Diretor pode ser ser destituído a todo tempo é de *ordem pública* (Comentário n.º 619, ao art. 116 do Decreto-lei n.º 2.627). Esta norma aplica-se tanto às sociedades anônimas ordinárias quanto às de economia mista. A única diferença está na atribuição de destituir, que se desloca para quem tem o poder de nomear:

"A revogação compete à assembléia geral dos acionistas, qualquer que seja — ordinária ou extraordinária. Nas sociedades de economia mista, porém, a *revogação pode ser obra de quem tem qualidade para a nomeação* do diretor (Miranda Valverde, *Sociedades por Ações*, vol. II, n.º 619, ed. 1941).

Dentro dos princípios da Lei n.º 2.004, que teve a cautela de invocar a lei especial das sociedades anônimas, a tese da destituição encontra plena guarida. Não há mandato irrevogável.

Esta lei mesma define a situação do diretor como mandatário. Ela própria qualifica de *mandato* as suas relações com a Petrobrás. E não pode ser de outra maneira. O seu art. 19, § 6.º, fala em *mandato*. O Diretor é, pois, um mandatário.

Ora, se é mandatário, por fôrça da Lei, e se não se pode esquivar das regras gerais aplicáveis às *sociedades por ações*, porque expressamente foi ordenado que se lhe estendam, a essência da representação não pode ser contrariada no que atine a faculdade de *destituição*, uma vez que esta, se nas sociedades particulares é integrada na concepção da *ordem pública*, com mais razão há de ser numa *emprêsa estatal*, em que a ordem pública supera todos os interêsses. Se na emprêsa privada a revogabilidade de mandato é de *ordem pública*, na emprêsa básica da economia brasileira é ainda maior a sua predominância.

VII — Qualquer, portanto, que seja o aspecto sob o qual se encare a questão, resulta incontroversa e irrecusável a faculdade reconhecida ao Presidente da República de exonerar da função o oficial para êle nomeado; e qualquer que seja o ângulo sob o qual se examina o problema, resulta inquestionável a reversibilidade, a todo tempo, do oficial das Fôrças Armadas, nomeado para cargo temporário.

Êste o meu parecer, salvo melhor juízo.

Brasília, 19 de maio de 1961. — *Caio Mário da Silva Pereira*, Consultor-Geral da República.