

8
PRENTE E
VERSÃO



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
CONSELHO DIRETOR

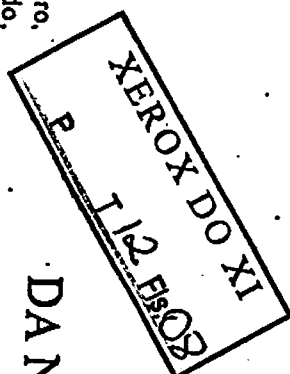
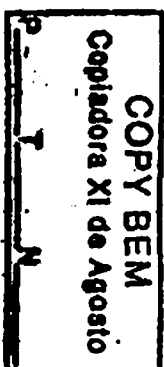
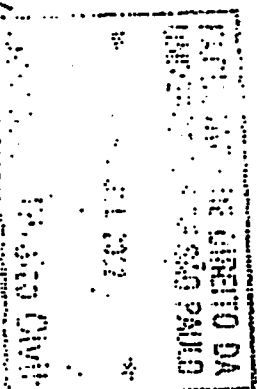
Abílio Machado Filho, Amadeu Cury, Antônio Moreira Couceiro,
Aristides Azevedo Pacheco Leão, José Carlos de Almeida Azevedo,
José Carlos Vieira de Figueiredo, José Vieira de Vasconcelos, Isaac
Kersteneitzky

Reitor: José Carlos de Almeida Azevedo

EDITORA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
CONSELHO EDITORIAL

David Gueiros Vieira, Yamirch Chacon de Albuquerque Nascimento,
Carlos Henrique Cardim, Charles Sebastião Mayer, João Ferreira, Wal-
ter Ramos da Costa Porto, Geraldo Severo de Souza Ávila, José Maria
Gonçalves de Almeida Jr.

Presidente do Conselho: Carlos Henrique Cardim



ZACHARIAS DE GÓES E VASCONCELLOS

Seuvelin 03

Text August 2

DA NATUREZA E LIMITES DO PODER MODERADOR

Introdução de Pedro Calmon

Co-edição com a
Editora Universidade de Brasília

Colecção Bernardo Pereira de Vasconcellos
(Série Estudos Jurídicos)

Volume nº 3

Direção de Octacíano Nogueira

SENADO FEDERAL

Brasília - 1978

Noutra passagem (pag. 69) o escritor, falando dos ministros, designa-os assim: "agente de outro poder (o executivo), os quais não são representantes, nem chefes, nem delegados da nação".

Não são os *ministros delegados* da nação! Logo eles não formam com o Imperador um todo a quem fosse delegado o poder executivo. Isto me parece decisivo.

Creio haver assim demonstrado até com a autoridade do *Ensaio* que em nossa Constituição o poder executivo é delegado só ao Imperador.

Mas se não há diferença no modo por que são delegados o poder moderador e o executivo, se ambos pertencem ao Imperador, refunde-se (pondera o autor à pag. 112) o poder moderador no executivo, põe-se o exercício de suas atribuições na absoluta dependência dos ministros, as coisas mudaram completamente, e ter-se-á dado um grande passo para a extinção da monarquia no Brasil!

Avaliarei a força desse argumento *ad terrorem* com a devida pausa.

IV

Se a doutrina da delegação exclusiva tanto do poder moderador como do executivo ao Imperador é nociva à monarquia

A Constituição do Império diz no art. 9:

"A divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que ela oferece."

É esse artigo didático a consagração do preceito que Montesquieu estabeleceu do seguinte modo:

"Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo se reúne ao executivo, deixa de haver liberdade, por que é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas para tiranicamente executá-las. Da mesma sorte sofre a liberdade se o poder judicial não é separado do legislativo e do executivo. Se estivesse reunido ao legislativo seria limitadamente arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos, e, reunindo-se ao executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (*)."

Montesquieu exprimindo-se assim, não se referia à divisão de atribuições monárquicas como formando dois poderes distintos, porque, segundo observa Madisson (**) ele tinha os olhos sobre a Constituição de Inglaterra como os poetas épicos sobre Homero, e na Constituição Inglesa o chamado poder real ou moderador não se destaca do acervo de atribuições, que constituem o poder executivo para fazer um poder à parte. Nem julgava essa divisão interessante à liberdade dos cidadãos, porque, não obstante a acumulação de funções de que a coroa está de posse, o cidadão inglês é livre, e tanto mais ativamente livre, quanto só

(*) *De l'Esprit des lois*, L. II, cap. 6.

(**) *The Federalist*, cap. 47.

a ele nos tempos modernos é dado repetir, em qualquer parte do mundo, o — *civis romanus sum*.

Convertido, pois, no art. 9 da Constituição do Império o preceito de Montesquieu, é óbvio que esse artigo se aplica especialmente à divisão daqueles poderes cuja promiscuidade envolveria perda da liberdade para os cidadãos brasileiros, isto é, dos poderes legislativo, executivo e judicial.

Separando o poder moderador do executivo, o legislador constituinte não podia tornar essa divisão perfeita como a dos outros poderes: a natureza das cousas lho vedava.

Cometer às câmaras com a sanção do Imperador a faculdade de legislar, a de executar ao elemento monárquico, e a juizes e jurados a de julgar, isto é, a pessoas não só diversas mas entre si independentes, é dividir o poder de um modo tão claro e real quanto é possível, mas, desanexar das faculdades que em todas as monarchias competem ordinariamente ao chefe do Estado um grupo com o nome de poder moderador para conferi-lo, como um poder à parte, à coroa, que aliás possui, no meu entender, a plenitude, e no do autor do Ensaio, a melhor parte (pois que é chefe) do poder executivo, é apenas fazer dois grupos de attribuições — porque no moderador o rei é dono, ou executivo único, ou, pelo menos, principal: em ambos, consequentemente, prepondera a mesma individualidade, o que propriamente não importa divisão de poder, se dividir o poder é collocá-lo em mãos diversas.

Que a divisão entre o poder moderador e executivo não é caracterizada como a que existe entre os outros poderes, o autor do *Ensaio*, apesar de se mostrar tão estérno adversário da necessidade da referência e responsabilidade ministerial nos atos do poder moderador, solenemente o reconhece escrevendo os períodos, que vou transcrever.

Diz o autor à pág. 104:

"Enquanto o poder moderador e o executivo estão conformes não há necessidade de distinguir e separar seus atos. Formam um todo politico. *Vis unita forior*."

E acrescenta à pág. 113:

"Quando se pretende que, conforme a constituição, os atos do poder moderador sejam executáveis sem referência, e sem a responsabilidade *quer legal, quer moral* dos ministros não se quer excluir sempre os ministros e a sua responsabilidade moral, não se pretende que cada poder marche para seu

lado em direcções diversas. Semelhante pretensão seria absurda e funesta."

"O que se pretende é que fique bem entendido e patente que, havendo desacordo entre os dois poderes, quando perigar a independência dos poderes, quando estiver perturbado o seu equilibrio e harmonia (hipóteses da Constituição) possa o poder moderador, coberto pelo conselho de estado, obrar eficazmente como e nos termos que a mesma Constituição determinou, e que ninguém possa obter a execução de seus atos com o fundamento de que não estão revestidos da referência dos ministros de outro poder."

"Quer-se que, sobretudo nas grandes crises, a coroa tenha a necessária largueza e força para evitar ou fazer abortar as revoluções."

Resulta da expendida doutrina do *Ensaio*:

1º Que o poder moderador e executivo, enquanto existe accordo entre elles, formam um todo politico — *vis unita forior*, — e não é necessário distinguir e separar os seus atos.

2º Que só em casos extraordinários e havendo desacordo entre o poder executivo e moderador, cumpre que este prescinda da referência dos ministros sobrelevado para evitar ou fazer abortar revoluções.

Deixando para outro lugar a apreciação da virtude que o autor do *Ensaio* descobre na falta de referência para evitar ou fazer abortar revoluções, creio concluir com toda lealdade, dos períodos supratranscritos, que na opinião do Sr. V. de Uruguay a separação do poder moderador e executivo não é igual à dos outros poderes.

A separação dos outros poderes — legislativo, executivo e judicial, — o autor não pode deixar de reconhecê-lo, e deve ser completa em todos os tempos e circunstâncias, porque no momento em que se confundem, desaparecendo o meio seguro de tornar effectivas as garantias constitucionais, de que fala o art. 9 da Constituição, feito é a verdade.

Não assim a respeito da separação do poder moderador e executivo, segundo a teoria do próprio *Ensaio*. Ele a quer a bem dizer latente, a maior parte do tempo, e que só se faça sentir em occasiões de crise. Quer que anos e anos se não trate de distinguir, de separar o poder executivo do moderador, contanto que em conjuncturas graves o poder moderador se divorcie do executivo e faça economia separada até que voltem os tempos normais.

Que analogia há, logo, entre a separação dos poderes legislativo, executivo e judicial, e a do moderador e executivo? Ou que motivo temos para recar a confusão de dois poderes que vós mesmos desejais ver sempre unidos de modo a não se distinguirem os seus atos? E, com franqueza, onde foi o autor buscar essa teoria de dois poderes ora unidos — *virtus unio fortior*, ora divididos conforme as circunstâncias?

Uma Constituição regular não podia acolher semelhante sutileza.

V

Se da referenda e responsabilidade ministerial nos atos do poder moderador vem o aniquilamento desse poder

Todo o horror, que o ilustrado publicista tem à referenda e responsabilidade dos ministros nos atos do poder moderador como condição indispensável da exequibilidade desses atos, nasce da persuasão, clara, e mente por ele enunciada, de que os ministros, desde que houvesse consciência de serem necessários à expedição de tais atos, dominariam a coroa!

Ele bem claro revela o seu pensamento, dizendo às págs. 111 e 112:

"Por que os ministros não têm procurado dominar a coroa? Por que a não podem dominar? Porque a Constituição considerou-o não satélite dos ministros, mas primeiro representante da nação, e fez dele um ente inteligente e livre... Ponde o exercício de suas atribuições na absoluta dependência dos ministros e as coisas mudarão completamente."

Assim na opinião do autor do *Ensaio* a necessidade da referenda nos atos do poder moderador faz a coroa perder a sua independência, tornando-o satélite dos ministros.

Pois bem! Vós reconheceis como expresso na Constituição que os atos do poder executivo não são exequíveis sem referenda e consequente responsabilidade dos ministros. Admitis, logo, por força de vossa doutrina, que, em relação ao executivo, a coroa é satélite dos ministros, é dominada pelos ministros, é aniquilada pelos ministros!

De sorte que o Imperador, que como chefe do poder executivo, possui, segundo eu penso, a plenitude desse poder, e que, conforme mesmo o autor do *Ensaio*, é a cabeça do corpo, a quem tal poder é delegado, só porque nada pode ordenar nem praticar, no que pertence a esse poder, sem assinatura e responsabilidade dos ministros, deixa de ser chefe, de ser cabeça, de ser até um ente inteligente e livre, e torna-se em tudo dependente dos ministros e seu satélite!