

ENSAIO

SOBRE O

DIREITO ADMINISTRATIVO

PELO

Visconde do Uruguay.

~~~~~  
TOMO II.  
~~~~~



RIO DE JANEIRO,
TYPOGRAPHIA NACIONAL.

1862.

falta de um Conselho imparcial, que, em o anno passado se fizeram censuras á amnistia dada aos rebeldes do Rio Grande do Sul; o acto tomou um character do partido da época, e por isso devia achar censores nos seus adversarios, como achou; isso era natural; se o Poder Moderador obrasse com independencia, se tivesse um Conselho que não obrasse pelas paixões da época, ninguem o atacaria, porque não era possivel que se achasse máo, que o Monarcha marcasse a época da sua ascensão ao Throno com um acto de clemencia, em favor de seus subditos desgraçados, desviados da senda das leis, chamando-os outra vez a seus braços; tal foi a razão da censura, taes forão os objectos della, e não o acto em si, contra o qual não vi que se lançasse odiosidade alguma; nem disso podia vir ao Imperador odiosidade alguma. »

§ 3.º

O Poder Moderador he essencialmente conservador.

Cumprê ter muito em vista uma circumstancia importantissima, e vem a ser que o Poder Moderador, pela natureza e alcance de suas attribuições, separadas do Executivo, não pôde ser invasor, não pôde usurpar. Pôde embaraçar o movimento, não o pôde, por si só, emprehender e levar a effeito: o mais que pôde effectuar he a conservação do que está, por algum tempo. He poder não de movimento, mas essencialmente conservador.

He sem duvida n'este sentido que diz Benjamin Constant, que o direito de manter o que existe pertence necessariamente ao Poder Real, e o constituc autoridade neutra o preservadora; e que o direito de propôr o estabelecimento do que ainda não existe,

pertence ao Poder ministerial, ao Executivo. He o poder do movimento.

E senão medite o leitor, por um pouco, sobre cada uma das attribuições marcadas no art. 101 da Constituição.

O Poder Moderador

Nomea Senador um dos tres Candidatos eleitos pelo povo.

Convoca extraordinariamente a Assembléa Geral.

São attribuições innocentes, que não podem trazer invasão. O nomeado Senador he um dos eleitos do povo. O Senado he quem verifica os seus poderes revê e pronuncia definitivamente sobre a eleição.

Quanto á convocação da Assembléa Geral note-se bem que a Constituição diz — extraordinariamente. — A convocação ordinaria compete ao Poder Executivo, porque um acto cuja omissão póde dar cabo das liberdades publicas, deve estar a cargo de um Poder responsavel.

Sancciona os Decretos e Resoluções da Assembléa Geral.

Se dá a Sancção concorda com as maiorias das duas Camaras. Os Representantes da Nação são o Imperador e a Assembléa Geral. Pois bem, he um Representante da Nação que concorda com outro. Não ha nada mais normal. Que tem que ver ahi a responsabilidade? Quem ha de accusar, quem ha de responsabilisar. A Camara dos Deputados e o Senado que seriam co-réos?

Nega a Sancção, e note-se que, durante os 21 annos do actual Reinado, ainda não foi negada a sancção a lei alguma. Embarça sómente, e temporariamente, porquanto, pelo art. 65 da Constituição, tem essa de-

negação effeito suspensivo sómente, visto que todas as vezes que as duas legislaturas que se seguirem áquella que tiver approvedo o projecto, tornarem successivamente a apresenta-lo nos mesmos termos, entender-se-ha que o Imperador tem dado a sancção.

Qualquer conflicto que portanto se levantasse entre o Poder Moderador e as Camaras teria assim uma solução prudente e constitucional. Fica suspensa a questão, e os dous Representantes da Nação appellão constitucionalmente para o tempo e para a vontade nacional, manifestada mais categoricamente, e perante a qual o Poder Moderador teria de curvar-se, pois dispensa-se o seu assentimento.

Assim se a Nação quer certo movimento, e o Imperador, que a Constituição declara seu 1.º Representante, não o quer, o movimento pôde, não obstante, realizar-se, um pouco mais lentamente, e tirada toda a duvida de que a Nação o quer, por meio da renovação de seus Representantes electivos.

Que tem que ver aqui a responsabilidade de um Ministro que referendasse a negativa da Sancção? A questão he entre os dous Representantes da Nação o Imperador e a Assembléa Geral. He o Ministro que ha de decidir uma questão sujeita á Nação reunida em comicios eleitoraes?

E se pudesse haver responsabilidade sómente poderia dar-se 8, 9, 10 e 11 annos depois que duas legislaturas tivessem tornado a apresentar successivamente a mesma lei nos mesmos termos. Porquanto são as duas legislaturas seguintes o unico Juiz da questão.

Prorroga a Assembléa Geral.—Atribuição innocente, e que não póde importar responsabilidade.

Adia a Assembléa Geral. Em tal caso tem de reunir-se para diante. Póde o adiamento demorar a adopção de alguma medida, e conservar o que está, mas não póde concorrer para dar poder ou força que a Constituição, e as leis não tenham dado.

Dissolve a Camara dos Deputados. Mas essa dissolução tem o character de uma appellação, e o Poder Moderador tem de convocar immèdiatamente outra Camara que substitua a dissolvida, e que tem de ser o Juiz da questão que provocou a dissolução. Não he o Poder Moderador que a resolve. He a Nação que escolhe homens, que pensem como ella para julgar a questão. Ha conflicto entre o Representante e Delegado da Nação Imperador e Poder Moderador, e o Representante da Nação Camara dos Deputados. Poderá em circumstancias tão graves, tão solemnes, um Ministro, que não he Representante nem Delegado da Nação, interpôr-se embaraçando aquelle recurso, com a negativa da sua referenda?

O Poder Moderador apenas provoca o juizo da Nação, recorre á origem e fonte de todos os poderes. Póde a dissolução embaraçar alguma medida que se pretendia fazer passar, adia-a sómente se a nação a quer, dá-lhe occasião de a reprovar mais categoricamente se a não quer, e em todo o caso conserva o que está, e não confere poderes e força que a Constituição não tenha dado.

Nomêa e demitte livremente os Ministros de Estado. He um poder que as proprias Republicas conferem sem pêas ao Chefe do Estado, e que a ninguem mais

se pôde conferir. Seria absurdo fazer depender da vontade do Ministro que sahe a nomeação do Ministro que entra. E onde não ha vontade e livre deliberação não pôde haver responsabilidade.

Suspende os Magistrados. Devem porém ser logo responsabilizados. He o unico meio, aliás insufficiente, que temos de fiscalisar o Poder judicial, que não tem quem o fiscalise.

Quem em tal caso suspende he um Poder independente, o Poder Moderador. Quem responsabilisa he outro Poder independente o Judicial.

« O Poder Executivo, dizia o Sr. Alves Branco na sessão do Senado de 10 de Julho de 1841, he de muita importancia e influencia; por meio delle Magistrados pôde haver que dêem sentenças contra a justiça, ou opprimão innocentes só porque um Ministerio tem dellos vinganças a tirar. Taes Magistrados poderãõ ser suspensos e responsabilizados, se o Ministerio tiver de referendar esse acto? Não haverá um Poder Superior, todo movido pelos principios da justiça de clemencia e de ordem, que possa tirar das mãos de um Verres a vara de ferro com que opprime, com que insulta e menoscaba o sagrado das leis? »

Se o Magistrado suspenso he condemnado pelo Poder Judicial ao qual he entregue, nentum inconveniente antes vantagem provém do exercicio do Poder Moderador.

Se he absolvido lucra o Magistrado na sua independencia, e pelo triumpho da sua innocencia. Nada perde na sua antiguidade e honorarios. Em todo o caso não he por ahi que pôde o Poder Moderador engrandecer-se, invadir, usurpar, e prejudicar as liberdades publicas.

Ha certas pessoas que imaginão possivel nas sociedades humanas seguir á pista o mais pequeno desvio

as autoridades Supremas, accusa-las, responsabilisa-las, puni-las por apreciações erroneas, como se pune um facto claramente definido como crime nas leis. São os irmãos terriveis da responsabilidade. Entretanto quando exercem autoridade escapa tudo são e salvo, posto que morto e ferido de lingua. Quando ha um espirito e opinião publica vivaz e bem formada, ella evita efficazmente muitos males, quando a não ha a responsabilidade he por si só um remedio inefficaz.

Perdoa as penas, concede amnistias. Atribuções beneficicas, que não podem residir senão no Chefe Supremo do Estado, e pelas quaes não póde conquistar poderes ou força que a Constituição lhe não tenha dado.

Em outro lugar voltarei a este assumpto, para mais desenvolvê-lo. Empreendi aqui esta leve resenha sómente para mostrar que não ha entre as attribuições do Poder Moderador, nenhuma por meio da qual se possa effectuar, sem o concurso principal de outras legislativas e executivas, algum movimento, ou mudança nas instituições do paiz, e que são todas ellas eminentemente conservadoras, sem prejudicarem o movimento pausado e reflectido.

§ 4.º

Diferença entre Imperador, Poder Moderador e Poder Executivo.

Em um folheto publicado em 1860, intitulado — Da natureza e limites do Poder Moderador — geralmente attribuido á pessoa que tem brilhado e brilha

pela sua posição, merecimento e luzes, encontro, entre outras, com as quaes me não conformo, a asserção seguinte: -- na linguagem da Constituição *geralmente* Poder Executivo quer dizer Imperador.

Essa asserção, não obstante o *geralmente*, pela maneira por que está desenvolvida no dito folheto, tende a estabelecer uma confusão, que mudaria completamente a nossa Constituição, e, sendo verdadeira, muito facilitaria a solução da questão da referenda, e da responsabilidade do Poder Moderador, no sentido em que a resolve o mencionado folheto.

Felizmente não he exacta a referida asserção e senão vejamos.

A Constituição emprega umas vezes a palavra Imperador, e outras estas Poder Executivo, porque são diversas, e as faz diversas, e tem diverso alcance.

O Imperador he Representante da Nação, e seu primeiro Representante, arts. 11 e 98 da Constituição. O Poder Executivo não o he.

O Imperador exerce o Poder Moderador privativamente, por uma delegação da Nação, como Chefe Supremo della, como seu primeiro Representante, e não como Chefe do Poder Executivo. Prova evidente de que a Constituição quiz separar completamente o Poder Moderador do Executivo.

Não seria uma contradicção palmar separar a Constituição completamente o Poder Moderador do Executivo, e reuni-los depois pela referenda, tornando por ella e pela responsabilidade o primeiro dependente do segundo?

O Imperador não he o Poder Executivo, não constitue por si só o Poder Executivo. He simplesmente o chefe do Poder Executivo. Não confundamos a parte com o todo. He o Chefe de um corpo composto de gentes de cuja referenda dependem os actos desse poder, e sem a qual não podem ser executados. Por mais importante que seja a parte que possa caber ao Imperador, como Chefe do Poder Executivo nesse corpo, não he elle o mesmo Corpo. Os Ministros, por isso mesmo que são responsaveis, não podem ser gentes passivos. Podem dizer ao seu Chefe—eu sou o responsavel, e não tomo sobre mim essa responsabilidade.

O Imperador não he portanto o Poder Executivo. applicai a referenda e a responsabilidade aos actos do Poder Moderador, o Imperador, pelas mesmas razões, não será tambem o Poder Moderador, mas simplesmente Chefe do Poder Moderador.—Ora isso he contra a Constituição.

A Constituição distingue formalmente no Imperador o primeiro representante e Chefe Supremo da Nação, a quem ella delegou privativamente as attribuições que formão o Poder Moderador, e o Chefe do Poder Executivo.

Esta distincção he importantissima na nossa Constituição, e he mais uma prova da sua grande sabedoria.

Como Chefe do Poder Executivo, com Ministros responsaveis, o Imperador acompanha, discutindo, fazendo observações, cedendo até certo ponto, o movi-

mento que as maiorias que dominão nas Camaras imprimem aos negocios, movimento que não deve contrariar, principalmente quando he conveniente e justo, conforme a opinião nacional, e necessario para que o Governo se mantenha, segundo as condições do systema Representativo. Deve então deixar governar os Ministros n'aquillo que lhes compete e pelo que respondem. O Imperador como Chefe fiscalisa, observa, dirige o Conselho, attendendo sempre a que os Ministros são responsaveis.

Mas quando vê que o movimento que os Ministros ou a maioria da Camara dos Deputados querem imprimir aos negocios vai além da justa méta; que vai causar sérios males difficeis de remediar depois; que não he conforme á opinião nacional; que ha desacordo entre as Camaras e o Ministerio; que os Ministros responsaveis não tem mais a força necessaria para gerir os negocios com vantagem publica, intervém como Poder Moderador, e restabelece a ordem e a harmonia, põe as cousas no pé em que devem estar pelo exercicio das attribuições independentes d'esse Poder (1).

(1) Car le Roi étant environné de Ministres responsables, tandis qu'il s'éleve au dessus de toute responsabilité, il est evident qu'il doit les laisser agir d'après eux mêmes, puis qu'on s'en prendra à eux seuls de l'événement. S'ils n'étaient que les exécuteurs de la volonté royale, il y aurait injustice à les poursuivre pour des desseins qui ne seraient pas les leurs.

« Que fait donc le Roi dans son Conseil? Il juge, mais il ne force point le Ministre. Si le Ministre obtempère à l'avis, il est sur de faire une chose excellente..... s'il s'en écarte et que pour maintenir sa propre opinion, il argumente de sa responsabilité, le Roi n'insiste plus; le Ministre agit, fait une faute, tombe; et le Roi change son Ministre. » Chateaubriand. De la Monarchie selon la charte. Chap. 3.

« Le Roi n'insiste plus; le Ministre agit, fait une faute, tombe; et le Roi change son Ministre » diz Chateaubriand. Refere-se á carta Francoza que não tinha Poder Moderador. Por ella podia-se julgar necessario, que o Rei cedesse, deixasse commetter o acto illegal ou inconveniente, para que o Ministro fosse por elle derribado pela Camara. Depois do mal vinha o remedio.

Benjamin Constant esboçou aquella distincção, entre Poder Moderador e o Executivo, nos seguintes termos.

« O Poder ministerial bem que emanado do Poder real, tem contudo uma existencia realmente separada deste ultimo; e a differença he essencial e fundamental entre a autoridade responsavel, e a autoridade investida da irresponsabilidade.

« O Poder ministerial he tão realmente a unica via para a execução em uma Constituição livre, que Monarcha nada propõe senão pelo intermediario e seus Ministros; nada ordena sem que a sua assignatura offereça á Nação a garantia de sua responsabilidade (1).

« Quando se trata da nomeação dos Ministros o Monarcha decide só; he direito seu incontestavel. »

O Senador B. P. de Vasconcellos, na sessão de 12 de Junho de 1841, estabelecia a differença entre o Imperador, como Poder Moderador, e como Chefe do Poder Executivo nos seguintes termos:

« A Constituição faz differença entre o Poder Moderador e o Executivo; só responsabilisa os Ministros pela referenda dos

Essa doutrina não he rigorosamente applicavel entre nós. O Imperador, que exerce o Poder Moderador, tem mais independencia e largueza. Não precisa esperar por uma votação semelhante. E quantos Ministerios, principalmente hoje, tem maiorias para evitarem derrotas que lhes possam dar a queda, e para tudo não tem força sufficiente para fazerem algum bem ao paiz, e para treda-lo das bordas de um abysmo quando para elle vá pendendo, mais e mais lentamente.

(1) Estas e outras proposições de Benjamin Constant, pela sua letra porque de outro modo seria completamente contradictorio, referem-se aos actos do Poder Executivo, ou ministerial como lhe elle chama. Tenho-as citadas com applicação aos actos do Poder Moderador, o que prova que os que assim as citavão, e com ellas argumentavão, ou por falta de reflexão mais detida, ou pelo habito de estudar as questões ás pressas de um dia para outro, não havião comprehendido bem aquelle distincto Publicista.

netos do Poder Executivo, e por consequencia os actos do Poder Moderador são completos, ainda sem a referenda dos Ministros. »

O Senador Lopes Gama (depois Visconde de Maranguape) accrescentava na mesma sessão :

« Perguntarei ; se tal he a indole do Poder Moderador ; se suas attribuições nada tem que as separe da responsabilidade dos Ministros, para que se estabeleceria na Constituição este capitulo do Poder Moderador, distincto e desligado do que frata do Poder Executivo? Porque n'aquelle se diz:—o Poder Moderador he delegado privativamente ao Imperador,—e n'oste se diz—o Imperador he o Chefe do Poder Executivo, e o exerceita pelos seus Ministros? A differença essencial e manifesta entre estas disposições não he, nem póde ser outra se não que o Poder Moderador he exercido pelo Imperante, sem que seus actos dependão da referenda para terem effeito ; os do Poder Executivo porém, não se podem praticar sem essa referenda. »

Retrahindo-nos, como forçosamente nos devemos retrahir, ás attribuições do Poder Moderador, quando dizemos que seus actos não tem referenda, veremos que o seu exercicio sem ella não póde prejudicar os direitos e liberdade dos cidadãos.

Não confundamos aquellas attribuições tão distinctas, tão claramente especificadas na Constituição, com as do Poder Executivo responsavel.

Dizia o Senador Paula Souza na dita sessão de 12 de Outubro :

« Mas he sabido que uma thesa da Constituição por si só não basta ; he preciso seu desenvolvimento para que ossa thesa produza o effeito necessario ; e estabelecida a thesa de que e

Imperador, como o que exerce o Poder Moderador, he irresponsavel pelos actos que praticar, he necessario que haja as competentes garantias, para que a these se realize e produza effeito.

« A Constituição estabelece como these que ninguem póde ser preso sem culpa formada. Estabelecido o principio do Vobre Senador, segue-se que não se precisa dar garantias para que ninguem seja preso sem culpa formada; porém sem o lesenvolvimento da these, sem se darem as necessarias garantias, não poder-se-ha realizar. Logo se o principio cardeal da Monarchia Constitucional he que o Monarcha seja inviolavel, para que elle se realize, he preciso que alguem se responsabilise pelos actos do Poder Moderador, que são actos emanados do Monarcha, &c. »

Para que baralhar de industria cousas tão dessemelhantes? Que analogia tem as attribuições do Poder Moderador, em grande parte beneficas, de apreciação vasta e larga, applicadas em circumstancias que nenhuma lei póde precisamente marcar e prevêr, conservadoras, com outras do Poder Executivo mais positivas, activas, e pelo abuso das quaes se póde dar cabo da liberdade individual e publica? Ha alguma attribuição do Poder Moderador, por meio da qual possa elle entender com a liberdade individual, e garantias do cidadão?

Ao Poder Executivo responsavel he que competem exclusivamente a suspensão de garantias e o emprego de meios, cujo abuso póde prejudicar as instituições e as liberdades publicas.

E se o Imperador sahindo do circulo restricto e marcado pela Constituição das attribuições do Poder Moderador, ordenasse, sem referenda, cousa não comprehendida n'ellas, obstaria á sua execução o art. 135

da Constituição, collocado no Capitulo intitulado—Dos Ministros—(Poder Executivo), que diz—Não salva os Ministros da responsabilidade a ordem do Imperador vocal ou por escripto.

§ 5.º

Fins do Poder Moderador.

O Poder Moderador não tem por fim, nem tem nas suas attribuições meios, para constituir nada de novo. Não he Poder activo. Sómente tem por fim conservar, moderar a acção, restabelecer o equilibrio, manter a independencia e harmonia dos mais Poderes, o que não poderia fazer se estivesse assemelhado, refundido e na dependencia de um d'elles.

O—*ponderibus librata suis*—, creio que de Ovidio, tem sido mal applicado ás Constituições que tem só os tres Poderes Legislativo, Executivo e Judicial. He-lhes mais applicavel o—*sine pondere habentia pondus*—do mesmo poeta. O certo he que todas essas Constituições, á excepção da Ingleza (a respeito da qual militão circumstancias inteiramente peculiares e excepcionaes), tem perdido o decantado equilibrio, desaparecendo no vasto limbo que habitão tantas finadas Constituições desequilibradas, sem terem ao menos n'essa tristonha morada a esperanza de redempção que no verdadeiro limbo alenta os antigos Patriarchas.

**Caracteres essenciaes do Poder Moderador pela nossa
Constituição.**

O Poder Moderador he um Poder Politico, art. 10 da Constituição.

He uma delegação da Nação.

Todos os Poderes Politicos são delegações da Nação, art. 12 da Constituição. Mas o Poder Moderador não he delegação, como os outros, simplesmente por virtude da disposição geral d'esse art. 12, he delegação especial e privativa, por virtude do art. 98, que diz — e he delegado privativamente ao Imperador.

He a Suprema inspecção sobre os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial, o alto direito que tem a nação de examinar como os poderes por ella delegados são exercidos, e de manter a sua independencia, equilibrio e harmonia; he essa Suprema inspecção, esse alto direito que a mesma Nação, não o podendo exercer por si mesma, delegou privativamente ao Imperador, revestindo-o das attribuições do Poder Moderador.

Pois bem, he essa suprema inspecção, he esse alto direito, he essa delegação privativa, que alguns querem pôr na completa dependencia, não de outro Poder, mas dos Ministros, agentes de outro Poder!

He o Poder Moderador (bem como outros) delegação da Nação, porque offerecida a Constituição (assim o declara o seu preambulo) pelo Sr. D. Pedro I ás observações dos Povos deste Imperio, para serem ellas

depois presentes a uma nova Assembléa Constituinte, requerêrão os mesmos Povos juntos em Camaras, que fosse jurada e executada, approvando-a (1).

A referenda obrigada dos Ministros para a exequibilidade dos actos do Poder Moderador, he portanto uma usurpação de uma delegação nacional.

He mais o Poder Moderador um Poder independente, e não poderia ser independente, se o exercicio de suas attribuições dependesse do assentimento do outro, ou dos agentes de outro. Ver-se-hia muitas vezes impossibilitado para preencher o seu fim.

He um Poder essencialmente conservador, como já vimos.

Reside todo inteiro no 1.º Representante da Nação, o Imperador, arts. 11, 98 e 101 da Constituição.

He um Poder Supremo, e como tal pertence ao Chefe Supremo da Nação, arts. 98 e 101 da Constituição. O Imperador Chefe Supremo da Nação he uma cousa. O Imperador simplesmente Chefe do Poder Executivo outra.

O Poder Moderador he privativo, isto he, pertence *privativamente* ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, art. 98 da Constituição.

(1) Na Carta Constitucional da Monarchia Portugueza não he o Poder Moderador (nem o são os outros Poderes) delegação da Nação, porque essa Carta não foi offerecida á approvação dos Povos, foi decretada, dada, e mandada jurar pelo Sr. D. Pedro IV, como se vê do seu preambulo.

Não contém por isso, como contém a nossa Constituição, artigo algum que declare os quatro Poderes delegações da Nação. E tratando do Poder Moderador diz simplesmente, no art. 71 « O Poder Moderador he a chave de toda a organização politica, e compete privativamente ao Rei, como Chefe Supremo da Nação, para que vele sobre a manutenção da independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes politicos.»

Privativamente em portuguez (veião-se os Diccionarios) quer dizer *com exclusão de outros*. Foi sempre essa a significação que teve essa palavra. Com exclusão *de outros*. Que outros? Não pôde ser senão de outros Poderes, a saber o Legislativo, o Executivo e o Judicial. Se pertencesse ao Imperador como Chefe do Poder Executivo, não seria mais privativo, porque os agentes d'este ultimo Poder, os Ministros, terião quinhão n'elle. Não se daria a exclusão que a Constituição quer.

§ 7.º

Petição de principio.

Sabem todos que a petição de principio he um argumento vicioso, o qual consiste em estabelecer como facto, como principio, em dar por liquido, e demonstrado aquillo mesmo que está em questão.

Os que pretendem que os actos do Poder Moderador dependem da referenda para a responsabilidade dos Ministros, demonstrão essa these (descarnadas as demonstrações) da seguinte maneira:

He absurdo que a inviolabilidade do Imperador não seja coberta e protegida pela referenda dos Ministros do Executivo. Logo os actos do Poder Moderador, para que sejam exequiveis, dependem de referenda pela qual assumão os Ministros a responsabilidade de taes actos (1).

(1) Já vimos a paginas 26 e 31 que o Senador Vasconcellos resumia assim os argumentos apresentados pelos propugnadores da referenda. E ainda não sahirão desse terreno unico que tem, como se vê das ultimas discussões da Camara dos Deputados.