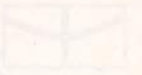


BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA

BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA

DO PODER MODERADOR



FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
CONSELHO EDITORIAL

Presidente: José Cavalcanti Almeida
Vice-presidente: Carlos Henrique Costa
Diretor: João Carlos de Almeida
Membros: João Carlos de Almeida, Carlos Henrique Costa, José Cavalcanti Almeida, João Carlos de Almeida, Carlos Henrique Costa, José Cavalcanti Almeida, João Carlos de Almeida, Carlos Henrique Costa.

DO PODER MODERADOR

Introdução de Barbosa Lima Sobrinho

EDITORA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
CONSELHO EDITORIAL

Presidente: José Cavalcanti Almeida
Vice-presidente: Carlos Henrique Costa
Diretor: João Carlos de Almeida
Membros: João Carlos de Almeida, Carlos Henrique Costa, José Cavalcanti Almeida, João Carlos de Almeida, Carlos Henrique Costa, José Cavalcanti Almeida, João Carlos de Almeida, Carlos Henrique Costa.

Presidente do Conselho: Carlos Henrique Costa



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
CONSELHO DIRETOR

Abilio 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 Ker-
tenetzky

Reitor: José Carlos de Almeida Azevedo

EDITORA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
CONSELHO EDITORIAL

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

Presidente do Conselho: Carlos Henrique Cardim

BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA

DO PODER MODERADOR

Ensaio de Direito Constitucional
contendo
A análise do título V, Capítulo I,
da Constituição Política do Brasil

Res olim insociabilis
imperium et libertatem
Tácito

Introdução de Barbosa Lima Sobrinho

Co-Edição com a
Editora Universidade de Brasília

Coleção Bernardo Pereira de Vasconcelos
(Série Estudos Jurídicos)
Volume 7

Direção de Octaciano Nogueira

BRASÍLIA

1978

ajustar aos seus desejos ou antecipar as suas decisões. Uma preocupação que estava longe de corresponder ao fortalecimento do regime, que se foi lentamente desgastando, até o ponto de não precisar, para a sua queda, senão do abalo e do estrondo de uma passeata militar.

BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA

DO
PODER MODERADOR

O SENHOR DOM
ENSAIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

CONTENDO

A ANÁLISE DO TÍTULO V, CAPÍTULO I, DA CONSTITUIÇÃO
POLÍTICA DO BRASIL

Res olim insociabiles miscuit
imperium et libertarem.

TÁCITO.

BRAS. FLORENTINO HENRIQUES DE OLIVEIRA

DO
PODER MODERADOR

ENSALIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

CONTENDO

A ANALISE DO TITULO V, CAPITULO I, DA CONSTITUCAO
POLITICA DO BRASIL

Res. n. 1111, de 1954, do Conselho Nacional de Educaçao

TACTO

SENHOR,

A SUA MAJESTADE IMPERIAL

Occupando-me neste humilde cargo
da Coroa Brasileira, julgoi cumprir
Majestade Imperial.

O SENHOR DOM
PEDRO SEGUNDO

Uma vez que
consequente, imperador do Brasil
Augusto P.

IMPERADOR CONSTITUCIONAL

Vedeu, porém, outro pensamento, mais forte
e dignificante, que a Vossa Magestade Imperial
nos tentativas científicas e literárias, concedendo-nos
escolhas dignas

E DEFENSOR PERPÉTUO DO BRASIL

Digo
mente a
um profundo respeito e dedicada adoração, que consagro à pessoa de
Vossa Magestade Imperial, permitindo ao mesmo tempo que
por sua benevolência e graça, seja revertida a custada mão de Vossa Ma-
jeste Imperial.

DEUS SAUVENOS

BRAS. FLORENTINO HENRIQUES DE OLIVEIRA

DO PODER MODERADOR

CAPÍTULO I

Necessidade e importância política do Poder Moderador

*Res olim insociabiles miscuit, imperium
et libertatem.*

Tácito

Aplicando seu gênio profundamente observador e analítico ao governo das sociedades humanas, foi Aristóteles o primeiro que distinguiu nele três funções diferentes: dar a lei, executar e julgar; e daí a célebre divisão do poder público em legislativo, executivo e judicial.

Locke a reproduziu, e Montesquieu, examinando a constituição da Inglaterra, onde a encontrara casualmente realizada, esforçou-se por mostrar como nessa realização estava a primeira garantia e a verdadeira medida da liberdade dos povos. (1)

Era quanto bastava para que a separação sistemática dos três poderes conhecidos não ficasse no estado de mera teoria científica; e desde então, escudada com a autoridade do grande patriarca dos publicistas, não só conseguiu essa *trias politica* captar o respeito e veneração da maior parte dos espíritos pensadores, mas também, descendo logo das regiões da especulação, fez a sua invasão na ordem prática, passando a ser aceita como base essencial dos governos livres, e presidindo em quase todas as constituições modernas à distribuição e organização do poder público.

Afastando-se entretanto da senda geralmente trilhada, o legislador constituinte do Brasil reconheceu e proclamou, além dos três poderes já mencionados, mais um quarto poder político, sob a denominação de *Poder Moderador* (Const. art. 10).

Que fundamentos se poderão assinar a esta nova instituição constitucional? Será ela a expressão fiel da natureza das coisas? Impor-

tará o reconhecimento de uma verdadeira necessidade governativa? Ou não será antes uma dessas criações fantásticas, puro devaneio da imaginação escandecida de inexpertos legisladores?

Tal é o assunto sobre que antes de tudo devem recair as nossas considerações.

Acusada sucessivamente de inexatidão lógica, de insuficiência política, e de impossibilidade prática, a divisão tripartida do poder público só deste último artigo de acusação tem-se defendido, com mais ou menos sucesso, pelo órgão de seus partidários. O primeiro tem permanecido em pé e quase íntato, senão no todo, ao menos em uma de suas partes; o segundo ainda não teve resposta satisfatória, que saibamos; e nem, quanto a nós, poderá tê-la provavelmente fora da teoria seguida pela nossa Constituição.

Não é com efeito exato, logicamente falando, que a confecção das leis, a execução e o julgamento abrangem todas as funções do governo, ou os diferentes modos de ação que ele deve empregar para manter a sociedade e conduzi-la ao seu fim. No mecanismo complicado das monarquias constitucionais, sobretudo, a análise menos cuidadosa descobre quanto é incompleta semelhante divisão. (2)

Assim que examinando as atribuições do chefe do poder executivo naquelas monarquias, chegaram alguns publicistas a concluir, e com razão, pela existência de um poder especial inerente a essa alta dignidade, e que, longe de entrar precisamente em algum dos outros três, lhes era estranho, e até de alguma sorte superior.

A Benjamin Constant, orientado pelo ilustre conde de Clermont Tonnerre, cabe a honra de haver, melhor do que os seus antecessores, caracterizado esse poder supremo, indicando o seu fim, e ao mesmo tempo as atribuições, que, como outros tantos meios, deviam conduzi-lo a ele.

“O poder executivo, observa aquele publicista, reside de fato nos ministros... Mas se a ação do poder executivo torna-se perigosa, o rei destitui os ministros. Se a ação da Câmara hereditária torna-se funesta, o rei dá-lhe uma tendência nova, criando novos pares. Se a câmara eletiva anuncia-se como ameaçadora, o rei faz uso do seu veto, ou dissolve a câmara eletiva. Enfim, se a ação mesma do poder judiciário é importuna, enquanto aplica às ações individuais penas gerais mui severas, o rei tempera esta ação por seu direito de agraciar.”

Ora, não sendo possível considerar como emanções do poder executivo o direito de demitir os ministros, nomear os pares, dissolver a

câmara temporária, perdoar ou moderar as penas, e outros mais de igual natureza, forçoso era reconhecer a existência *real* de um quarto poder nas monarquias constitucionais; e, colocando-o a par dos outros três, corrigir a inexatidão lógica, que se descobria na antiga classificação.

Foi o que fizeram Benjamin Constant e o conde de Lanjuinais, dando ao novo poder, que por tais modos se manifestava, a ajustada denominação de *Poder Real*, ou *Poder Moderador*. (3)

Vê-se pois, que da mesma natureza das coisas atentamente observadas, e não de um puro esforço de imaginação, nasceu para a teoria científica o *Poder Moderador* reconhecido pela Constituição brasileira; e que bem longe de se poder taxar de heresia, aos olhos da ciência, o aumento da velha trindade *política*, pelo contrário é a divisão tripartida do poder público, onde ela tem a sua consagração, que com justo motivo há sido taxada de incompleta ou *logicamente inexata*.

Mas não é tudo. Rematando a teoria do governo dos *três poderes*, que havia levantado sobre o modelo da constituição inglesa, Montesquieu mesmo previu de alguma sorte a grave objeção, que contra ela se podia apresentar, e procurou desvanecê-la. “esses *três poderes*, diz ele, deveriam formar um repouso ou uma inação; mas, como pelo movimento necessário das coisas, serão constrangidos a marchar, serão forçados a marchar de acordo.” (4)

Ora, que esta resposta seja especiosa e incapaz de satisfazer aos espíritos menos exigentes, é o que nos não daremos ao trabalho de demonstrar; mas que especiosa seja também a objeção, como se tem pretendido, é o que não podemos admitir, atenta a força de convicção com que nela hão insistido autorizados escritores, desenvolvendo-a e completando-a auxiliados pela experiência.

“Confesso, diz Destut de Tracy, comentando a passagem acima de Montesquieu; confesso que não sinto absolutamente a necessidade desta conclusão. Parece-me pelo contrário assaz manifesto que nada poderia marchar, se tudo fosse realmente encabrestado como se diz, se o rei não fosse o condutor do parlamento, etc.” (5)

“Não se deve dissimular, observa de sua parte o conde de Rossi, que o sistema da separação dos poderes políticos é constantemente ameaçado de um perigo, que é inerente a todo o sistema de equilíbrio. Um desarranjo na ação das forças contrastantes pode fazer desabar a abóbada do edifício; e esse desarranjo é sempre mui fácil quando se trata de forças morais. As paixões e as vontades não se unem tão fortemente como as traves e as pedras.” (6)

Mas não é somente a desinteligência e o conflito que se devem recear. O acordo e a recíproca cooperação para o mal não são decerto menos para temer.

“É fácil de perceber, diz a seu turno um publicista alemão, quanto essa divisão (tripartida) do poder público é *insuficiente* para proteger a liberdade contra uma injusta opressão. Impede ela o poder legislativo de fazer leis tirânicas? O poder executivo de as executar com dureza? O poder judiciário de as aplicar injustamente? Onde está a impossibilidade de que alguns desses poderes, separados em teoria, se reúnam na prática para oprimir os cidadãos? Não se deve mesmo reconhecer sempre essa tendência na influência que o poder executivo pode exercer pelos meios que estão à sua disposição?”⁽⁷⁾

Em resumo: ou os *três poderes* marcham de acordo, ou estão em divergência. No primeiro caso, eles formarão uma unidade, sua ação será absoluta e soberana, e poderão abusar do poder, tanto quanto um monarca, tanto quanto o povo mesmo. No segundo caso não haverá ação, os conflitos estorvarão o regular andamento dos negócios, o ciúme recíproco dos poderes obstará a que eles se entendam para fazer o bem. Haverá imobilidade ou anarquia.

Tal é a objeção que incessantemente se há levantado contra o sistema de governo dos três poderes, e que os numerosos partidários dele ainda não conseguiram desfazer, em nossa humilde opinião, de um modo ao menos plausível.

Encontrando-a em seu caminho, e não podendo esperar como Montesquieu, da ação do tempo e da virtude de circunstâncias imprevisíveis, a harmonia dos poderes para o bem, o moderno autor da *História da Filosofia Moral e Política*, pensou responder cabalmente, e sair-se da dificuldade, alegando que não há nenhum princípio político capaz de tornar impossíveis todos os abusos que podem nascer das constituições humanas; nenhuma máquina política que possa remediar a tudo, suprir a tudo, tudo prevenir e tudo impedir. O princípio da separação dos poderes, confessa P. Janet, não tem esse alcance, nem essa eficácia, ele na verdade impede certos abusos, mas não todos os abusos, certas opressões, mas não todas as opressões.⁽⁸⁾

Persuadido, talvez, mais do que ninguém, da enfermidade inerente a todas as instituições dos homens, as quais, por melhores e mais saudáveis que sejam, trazem sempre consigo inconvenientes e males correspondentes às suas vantagens, parece que deveríamos aceitar a resposta deste distinto escritor. Mas nós pensamos que, para se fazer

aceitar essa *ultima ratio*, esse meio extremo de justificação, fora mister provar ao mesmo tempo, ou que o engenho humano tem esgotado todos os seus recursos na investigação das formas políticas desejáveis, o que não é fácil; ou, pelo menos, que as combinações achadas não satisfazem, nem correspondem de modo algum ao fim que se tem em vista, e isto não fez o mesmo escritor.

A história de todos os Estados, diz na verdade Ancillon, prova que o mais difícil de todos os problemas é pôr a harmonia entre os diferentes poderes, dar-lhes a força necessária e a medida requerida, e formar deles um todo orgânico... Pela separação dos poderes e sua organização particular, os raios do poder são divididos e de alguma sorte quebrados. Mas a arte da política exige que essa refração tenha lugar conforme certas leis, e de maneira que, finalmente, todos os raios se reúnam de novo no mesmo foco; senão a força social desapareceria e seus efeitos seriam frustados.⁽⁹⁾

Pois bem, nós estamos convencidos, até a prova em contrário, de que a teoria do Poder Real ou *Poder Moderador*, tal como a aceitou dos publicistas franceses a Constituição brasileira, responde suficientemente, como mostraremos, a dificuldade apontada; e desde então esse poder supremo, colocado acima dos outros, aparece-nos, não como uma criação fantástica ou um devaneio de imaginação, mas como a expressão de uma grande necessidade governativa, como um elemento indispensável de ordem e de verdadeira liberdade, e como a mola principal nos governos *monárquicos*, constitucionais e representativos, qual o nosso. (art. 3º da Const.)

E todo o sistema de equilíbrio e harmonia dos poderes, que explícita ou implicitamente não tiver por base a esse poder supremo, será vão e ilusório, assim como vão e ilusório o nome de monarquia constitucional, com que porventura queiram intitular o governo assim estabelecido.

Os três poderes políticos, diz justamente Benjamin Constant, tais como os temos conhecido até aqui, poder legislativo, executivo e judiciário, são três molas que devem cooperar, cada uma de sua parte, para o movimento geral; mas quando essas molas desconcertadas cruzam-se, chocam-se e estorvam-se mutuamente, é necessário uma força que as reponha em seu lugar. Esta força não pode estar em nenhuma dessas molas, porque lhe serviria para destruir as outras, é necessário que ela esteja fora, que seja neutra de alguma sorte, para que sua ação se aplique por toda a parte onde é necessário que seja aplicada, e para que seja preservadora e reparadora sem ser hostil. A *monarquia*

constitucional tem a grande vantagem de criar esse poder neutro na *pessoa de um rei...*⁽¹⁰⁾

Sim, diz também Lanjuinais, para que haja uma liberdade regular, é necessário uma autoridade medianeira diretorial, moderadora, neutra a certos respeito, *absoluta debaixo de outras relações*, enfim *irresponsável*, uma autoridade que previna ou termine toda a luta perniciosa, que fruste todo o conluio para o mal, que entretenha ou restabeleça a harmonia necessária para o bem entre as grandes autoridades.⁽¹¹⁾

Ora, eis aí o que o Imperador só efetua, como mais detalhadamente temos de ver, nomeando os senadores, convocando a assembléia geral extraordinariamente, sancionando ou não os decretos e resoluções da mesma assembléia, prorrogando-a ou adiando-a, dissolvendo a câmara dos deputados, demitindo e nomeando *livremente* os ministros, suspendendo os magistrados, perdendo ou moderando as penas, e finalmente concedendo anistias.

Nem de outra sorte se pode conceber governo constitucional legítimo, com probabilidades de duração, e muito menos governo *monárquico*.⁽¹²⁾

Desde que se trata de combinar poderes diferentes, confiados a pessoas diversas, a existência de um centro de ação reguladora, de um grande mediador que previna os choques violentos, que neutralize as tendências funestas, que evite a anarquia ou a paz silenciosa da opressão, apresenta-se logo ao espírito como um meio lógico indeclinável, e como uma necessidade imprescritível da prática; de maneira que, para nos servirmos da expressão de um estimável publicista, se esse mediador não existisse pela natureza das coisas, seria preciso criá-lo com a lei.

Nenhum governo é possível senão com a condição de que os poderes sociais sejam unidos, e marchem harmônicos para o fim comum de sua instituição. Montesquieu mesmo, implicitamente o reconheceu, pretendendo que os três poderes são *forçados a marchar de acordo*.

O que seria, em verdade, uma sociedade sem *harmonia*, sem *unidade*? E como se poderia esperar do tempo, que poderes distintos e separados marchem sempre de acordo para o bem geral, se, conforme Montesquieu, é uma experiência eterna que todo o homem que tem poder é propenso a abusar dele, e a marchar até que encontre limites?⁽¹³⁾

A união para o mal pode-se sem dúvida conceber, quando pela perversão das idéias e corrupção dos costumes, um desses poderes (e será

provavelmente o executivo) conseguir dominar os outros, fazendo-os entrar em suas vistas e partilhar os seus interesses. Mas nem isso mesmo se poderá chamar *harmonia* senão aviltamento e sujeição, nem fora daí é permitido esperar que os poderes separados se combinem e se reúnam em uma verdadeira unidade — sem um centro harmonizador, único, forte, livre de todo o embaraço, e que, pondo cobro aos desmandos dos outros, assegure o reinado da ordem e da liberdade; sem um poder em suma, cujo interesse não possa consistir de nenhuma sorte em que algum dos três subjuguem os mais, senão em que todos se sustentem reciprocamente, se entendam, e obrem de acordo no sentido do bem geral e da pública prosperidade. E isto, como iremos mostrando, só no *Poder Moderador*, organizado como foi pela nossa Constituição, pode bem verificar-se.

Dividir o poder, observa ainda Ancillon, de maneira que o rei ou o personagem principal do estado não faça tudo por si mesmo, que ele não se perca nos detalhes, mas que abranja com uma vista de olhos, *inspecione e contenha*, entretanto, a função de cada órgão ou serviço em particular, e sirva a todos de ponto de reunião; dividir o poder de maneira que cada autoridade ou funcionário do estado só faça uma coisa, faça-a com penetração, habilidade e consciência; dividi-lo de maneira que cada órgão mova-se livremente e de uma maneira determinada, sem todavia deixar jamais *de depender do todo*, ou de ter nele sua função marcada, tal é o grande, o difícil problema que até aqui tem sido raras vezes resolvido de uma maneira satisfatória.⁽¹⁴⁾

E quem deixará agora de ver a realização desta bela teoria na Constituição brasileira? Quem não reconhecerá no *Poder Moderador*, por ela proclamado, o ponto de reunião, o centro harmonizador, encarregado de *velar* sobre todos os poderes, capaz de contê-los na órbita de suas funções, e de formar deles um todo harmônico? Quem não confessará que assim foi sabiamente resolvido o difícil problema da divisão dos poderes por todos reconhecido?

Se não basta, pois, separar os poderes, mas é ainda necessário uní-los e harmonizá-los; se não basta, nem é mesmo possível dar garantias à ordem e à liberdade sem reservar os meios para a ação, visto que um governo, como bem diz P. Jannet, não é feito somente para o exame das questões, mas também o é para a solução delas; então razão de sobra teve o nosso legislador constituinte, quando querendo assinar expressamente ao *Poder Moderador*, o fim para que o instituía — *velar incessantemente sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos* — chamou a esse poder, apropriando-se das

expressões de Benjamin Constant — a chave de toda a organização política do Brasil.

É uma expressão figurada, sem dúvida, mas que tem a vantagem de dar uma idéia clara e adequada da importância e utilidade prática da nova instituição; porquanto, sendo a divisão e a harmonia dos poderes políticos, como nô-lo assegura a mesma Constituição (art. 9), o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias constitucionais, parece que o *Poder Moderador*, encarregado de manter essa divisão e harmonia, é quem na verdade simboliza o poder de suprema regulação, é quem fecha a porta à desordem e à tirania, para tê-la aberta somente à segurança e à tranqüilidade pública; é quem, finalmente, franqueia aos brasileiros um governo livre e estável.

Nem se diga que apreciações desta ordem são impróprias do legislador, e mal cabidas em uma constituição. Elas envolvem grandes princípios de Direito Público, elevados à categoria de princípios legais pela sanção do legislador, e que, prendendo a atenção de todos, conduzem mais seguramente à inteligência e aplicação da lei fundamental.

Assim como era necessário indicar claramente o fim do novo poder político, para que ficasse fora de dúvida o espírito segundo o qual deviam ser exercidas as suas atribuições, assim também convinha assinalar a magnitude e supremacia dele, para que ninguém fosse tentado a rebaixá-lo ao nível do Poder Executivo. "*In legibus tamen, diz o chanceler Bacon, atque edictis ordinariis, et politicis, ut plurimum, nemo jurisconsultum adhibet, sed suo sensu confidit, OMNIA FUSIUS EXPLICARI debent, et ad captum vulgi, tanquam digito monstrari* (Aphor. 68)".

Sem essas indicações, faltariam no edifício constitucional as tochas que devem esclarecê-lo; ou para nos servirmos de uma frase do citado chanceler, a lei mãe deixaria de ser para os cidadãos a grande lanterna que deve esclarecer seus passos, para converter-se em uma rede, onde se embarçariam seus pés.

Se perguntarmos agora o que é o *Poder Moderador* considerado em si, e como elemento do governo, a resposta não pode ser difícil, tendo-o já considerado mais em relação aos outros poderes.

O *Poder Moderador* é a mais alta expressão da soberania nacional acautelando-se sabiamente contras os seus próprios desvios; é a vontade suprema da sociedade querendo antes de tudo a sua existência e conservação; é, em uma palavra, a realeza ou a monarquia. Sim a realeza ou a monarquia; porque tal é a sorte dessa maravilhosa instituição,

que, debaixo de uma ou de outra forma, com estas ou aquelas modificações, aparece-nos sempre como uma necessidade indeclinável dos povos, como o princípio conservador por excelência das sociedades, como a âncora de salvação, reservada pela Providência às nações ameaçadas, ou já batidas pela tormenta revolucionária.

Desta verdade importante, e que jamais devemos perder de vista, dão testemunho os escritores mais insuspeitos, os intérpretes os mais esclarecidos dos fatos.

"Quando fizeram o projeto da primeira constituição francesa, diz-nos um célebre jurisconsulto da Baviera, julgaram observar que não bastavam três poderes; acrescentaram-lhes pois um poder *administrativo*, e assim veio ele à luz. Mas na execução encontraram uma dificuldade precisamente onde menos esperavam encontrá-la — no poder executivo. Tinham-no entretanto, conforme a teoria, separado do poder legislativo por uma linha de demarcação tão bem traçada, que toda a colisão parecia impossível. Mas perceberam logo que, não só ele se prende a outros poderes, mas também — e era este o ponto capital — que a realeza, tal como a concebiam, e como a experiência o demonstrou, encerra um poder indeterminado que se não pode definir com precisão, e que além disto, a doutrina da inviolabilidade real, combinada com a responsabilidade ministerial, estabelece já por si mesma uma separação entre o poder soberano e o poder executivo ministerial." (13)

Não (cumpre acrescentar); não que deixasse de ecoar no seio da primeira constituinte da França o brado eloqüente da verdade, pelo órgão de um dos seus mais ilustres ornamentos; mas é que as teorias revolucionárias, aliando-se com as paixões ruins, e com os mais injustos preconceitos contra a causa santa da monarquia, fizeram-se ouvir mais alto, e captaram o triunfo, que tão caro custou à França.

Emitindo o seu juízo sobre o conjunto da constituição, que ia ser definitivamente votada, e combatendo em particular a organização do poder legislativo, o estimável Malouet exprimiu-se nestes termos instrutivos e memoráveis:

"Penso, pois, que a constituição do corpo legislativo em uma só assembléia, reduzindo à única condição do marco de prata a elegibilidade, não oferece garantia suficiente aos direitos naturais e civis que ela declara adquiridos aos cidadãos.

Acharemos essa garantia em um outro poder supremo, o da realeza? Penso que não, porque sua essência é desnaturada pelo modo de delegação e pela definição na qual o circunscrevestes."

“O rei é o chefe do poder executivo, sem exercê-lo por si mesmo. Não me levanto contra esta disposição; a liberdade não pode ser mantida sem a responsabilidade dos agentes, a realeza não existe mais, se o príncipe é responsável.

“Mas a realeza não existe também reduzindo-se a unicamente à direção do poder executivo, dependente por sua responsabilidade do poder legislativo.

“A realeza em um estado livre, não podendo ser útil senão como contrapeso de algum outro poder, deve ter um que lhe seja próprio, independente, tal que seja suficiente para pôr obstáculos não só aos erros, mas às interpresas, às usurpações do corpo legislativo: tendo este continuamente em suas mãos, pela responsabilidade, os meios de força que pode empregar o monarca, é indispensável, para conservar o equilíbrio dos poderes, que o monarca tenha um poder moral, uma vontade soberana, que resista em certos casos ao corpo legislativo, e que ele seja assim parte integrante da soberania; primeiro motivo para imprimir-lhe o caráter desse poder, porquanto o de chefe do poder executivo convém igualmente a um doge, o um avoyé, ao presidente dos Estados Unidos.

“Qual é, pois, o atributo essencial da realeza? O único que a distingue das altas magistraturas, é essa independência de poder inerente à pessoa do monarca, pelo qual não só ele sanciona ou rejeita os atos do corpo legislativo, mas adia ou dissolve uma assembléia cujas interpresas tenderiam à subversão dos princípios constitutivos.”⁽¹⁶⁾

Surdos à voz convincente da verdade, os famosos constituintes da França não estiveram por estes oráculos. Desconhecendo ou fingindo desconhecer o poder soberano inerente à monarquia, contentaram-se com dar por cetro ao chefe do estado o frágil caniço de um veto suspensivo; negaram-lhe a eminente e característica prerrogativa de adiar e dissolver o corpo legislativo, de quem por isso mesmo ficou escravo o poder real; e desde então a realeza nominal, que estabeleceram, passando rapidamente pelas mais estranhas vicissitudes, acabou por perecer em um lago imenso de sangue.

Foi necessário que a revolução percorresse todas as suas fases, e que Luiz XVIII fosse chamado a reinar pelo voto da França, para que o poder real de Clermont-Tonnerre conseguisse entrar na carta outorgada de envolta com o poder executivo, e como que a medo, a par dos princípios de 1791, deixando-se aos publicistas a tarefa de esclarecerem e aperfeiçoarem a teoria desse poder que a experiência mostrava indispensável.

Ora, tendo em vistas a constituição francesa de 1791, bem como os trabalhos preparatórios que a precederam, para daí tirar o que havia de bom e aplicável às nossas circunstâncias⁽¹⁷⁾ e instruído demais pela história para evitar o que havia de mau e inconsiderado, o que cumpria fazer ao legislador constituinte do Brasil, onde as tradições e os sentimentos monárquicos ostentavam-se fortes e vivazes?

O que lhe cumpria fazer, foi o que ele efetivamente fez, para glória sua e felicidade do país. Separou cuidadosa e francamente do poder executivo, esse outro poder soberano, que d'Arretin nos diz achar-se contido na realeza moderna, posto que de um modo indeterminado e sem definição precisa; que Malouet anunciava como o atributo essencial dela, e que Clermont-Tonnerre fizera aparecer por isso sob a denominação de poder real: — chamou a esse poder — moderador —, porque ele realmente é a representação da nação moderando o seu próprio poder; colocou-o acima dos outros poderes políticos para velar sobre eles e dirigi-los, e destarte achou-se constituído, com verdade, o governo monárquico no Brasil (Const. art. 3).

Foi isto o que belamente compreendeu a elevada inteligência de Mr. Guizot, quando ao mostrar, em sua História da Civilização na Europa, a monarquia como a personificação do soberano de direito, qualquer que seja o sistema em que a considerem (a exceção talvez do seu), não se olvidou do nosso país, onde ela felizmente se manifesta a todos, de um modo não equívoco, debaixo da forma do Poder Moderador, que criara a Constituição. A passagem é interessante, e cumpre que seja lida por extenso, para que possa ser devidamente apreciada.

“Quais são (pergunta o afamado publicista) os caracteres do soberano de direito, os caracteres que derivam de sua mesma natureza? Em primeiro lugar (responde o mesmo escritor) ele é único; pois que só há uma verdade, uma justiça, não pode haver senão um soberano de direito. Ele é demais permanente, sempre o mesmo; a verdade não muda. Ele é colocado em uma situação superior, estranha a todas as vicissitudes, a todas as eventualidades deste mundo; ele de certo modo só é deste mundo como espectador e como juiz: esse é o seu papel. Pois bem! Esses caracteres racionais, naturais do soberano de direito, a realeza é quem os reproduz exteriormente debaixo da forma a mais sensível, é quem parece ser sua imagem mais fiel.

“Abri a obra em que Mr. Benjamin Constant tão engenhosamente representou a realeza como um poder neutro, um poder moderador, elevado acima dos acidentes, das lutas da sociedade, e só intervindo nas grandes crises. Não é essa, por assim dizer, a atitude do soberano de

direito no governo das coisas humanas? É mister que haja nessa idéia alguma coisa de mui próprio para tocar os espíritos, pois que ela passou com uma rapidez singular dos livros aos fatos. — Um soberano fez dela, na constituição do Brasil, a *base mesma do seu trono*; a realza é aí representada como um *Poder Moderador*, elevado acima dos poderes ativos, como um espectador e um juiz das lutas políticas.”

Muito bem. Mas o que não advertiu Mr. Guizot, e sobreleva notar aqui, é que, realizando a feliz concepção de Clermont-Tonnerre e Benjamin Constant, de um modo porventura mais excelente, a Constituição brasileira por esse mesmo fato repeliu o sistema de ecletismo político adotado pelo famoso publicista francês, — e estabeleceu praticamente o único corretivo, o complemento único que podem tornar verdadeiro e aceitável o governo monárquico constitucional.

Mr. Guizot com efeito, limitando-se, com os que o seguem, a proclamar a coexistência na sociedade da democracia, da aristocracia e da monarquia, guarda contudo, segundo a judiciosa crítica de um profundo escritor, o mais completo silêncio acerca das mútuas relações que devem ligar entre si estes três elementos do poder social; e, deixando de explicar-se sobre este ponto, cai abertamente no defeito capital da filosofia eclética, que é proclamar a existência das coisas sem mostrar quais as relações que entre elas existem.

“Toda filosofia, diz a este respeito o ilustre marquês de Valdeguas, para que seja digna deste nome, deve satisfazer a duas perguntas; convém a saber, quais são as coisas que existem, e de que maneira existem. Porque, tudo quanto existe, existe de uma certa maneira, ou para falar mais claro, há duas espécies de existências simultâneas, que devem ser simultaneamente objeto da filosofia, convém a saber, as coisas que existem, e as *relações que existem* entre as coisas. A filosofia que tivesse por objeto explicar-nos a índole das relações das coisas entre si, fazendo abstração das coisas, seria absurda; e a que se propõe somente fazer-nos uma descrição estatística das coisas que existem, fazendo abstração das relações que as unem, é uma filosofia incompleta.”⁽¹⁸⁾

Não basta, em verdade, proclamar a existência das coisas, mas é necessário ainda estabelecer a sua *hierarquia*; por quanto “a *hierarquia*, como belamente diz o citado escritor, é a organização harmônica, e a organização harmônica é a ordem; a coexistência porém das coisas sem a hierarquia é o caos.

“Quando a filosofia monárquica (pura), acrescenta o mesmo publicista, nos diz pela boca de Mr. de Bonald, que no Estado há três personagens sociais, o poder que manda, o ministro que serve, e o súdi-

to que obedece; que o rei é o poder, a aristocracia o ministro, e que o súdito é o povo, a filosofia monárquica oferece ao entendimento uma criação completa, porque nos ensina quais são os personagens sociais, e qual a sua hierarquia. Quando a filosofia democrática, conservando os mesmos personagens, porém alterando suas mútuas relações, nos diz que “o poder é o povo, o súdito o indivíduo, e o ministro o magistrado”, a filosofia democrática oferece também ao entendimento uma criação completa, porque nos ensina quais são as coisas que existem na sociedade, e quais as relações que existem entre as coisas sociais. Porém, quando Mr. Guizot se contenta com dizer-nos que a monarquia, a aristocracia e a democracia coexistem na sociedade e na história; e que o rei, a câmara dos pares e a câmara dos deputados as representam no governo, Mr. Guizot só oferece ao entendimento uma criação incompleta, confusa, embrionária. A sociedade busca o poder e não encontrando-o perde os hábitos da obediência. O espírito busca o poder, e não encontrando-o perde a notícia do direito.”

“E não se diga, conclui o eloqüente e profundo publicista católico; e não se diga que Mr. Guizot coloca o poder no *consensus* da trindade política; porque, sendo o poder uma coisa *necessária*, não pode achar-se no *consensus* da trindade constitucional que é uma coisa contingente.

“Eu concebo o governo constitucional como Carlos X o concebia; isto é, localizando o poder supremo e decisivo no trono; como a Inglaterra o concebeu antes de sua reforma parlamentar; isto é, localizando esse poder na aristocracia, representada pela câmara dos pares; e como Mr. Thiers o concebe; isto é, localizando o poder supremo e decisivo na câmara que representa diretamente os interesses do povo. Porém, não concebo o governo constitucional de Mr. Guizot, quando teme pôr esse poder nas mãos da câmara dos deputados, porque assusta-o a democracia; quando refusa colocá-lo na câmara dos pares, porque a aristocracia faz passar diante de seus olhos visões temerosas; quando se nega, enfim, a confiá-lo ao rei, receoso do engrandecimento da monarquia.”⁽¹⁹⁾

Pois bem, instituindo o *Poder Moderador*, fazendo dele, segundo a expressão mesma de Mr. Guizot, a base do trono brasileiro, e confiando esse poder privativamente ao Imperador, como ao chefe supremo da nação e seu *primeiro* representante, o legislador constituinte mui clara e terminantemente estabeleceu a hierarquia dos poderes políticos em nossa sociedade, porque localizou assim o poder supremo e decisivo, o poder de inspeção e vigilância nas mãos do monarca, que é o chefe mesmo do poder executivo, e destarte fundou com verdade a monarquia constitucional representativa no Brasil.

De maneira que, tudo bem considerado, vem a ser o *Poder Moderador* entre nós, muito melhor do que a câmara dos pares na Inglaterra, não só a *chave* de toda a organização política, senão também “a pêndula do grande mecanismo social,” o árbitro e o regulador supremo de todos os outros poderes.

É ele quem manda a todos *com império*: ao legislativo pelo veto, pelo adiamento da Assembléja-Geral; pela dissolução da câmara dos deputados; — ao executivo pela demissão dos ministros; — ao judicial pela suspensão dos magistrados, pelo perdão das penas, e pela anistia. É ele quem a todos dá, por esses meios, uma direção uniforme, quem a todos comunica os princípios de vida e de ordem necessários à manutenção da sociedade; é dele, por isso mesmo, que se pode dizer com Tácito, muito melhor do que dizem os ingleses da sua revolução; “*Res olim insociabiles miscuit IMPERIUM et libertatem.*”

(1) Não é a Montesquieu, como geralmente dizem os publicistas com Destut de Tracy, que pertence a célebre divisão tripartida do poder público. Sem dúvida, o grande publicista francês muito concorreu para vulgarizá-la e acreditá-la; mas a criação da teoria pertence originariamente ao filósofo de Stagira, que é também, por assim dizer, o pai da ciência política.

O que propriamente pertence ao célebre autor do Espírito das Leis é “ter mostrado na separação dos poderes a primeira garantia, e em sua distribuição a verdadeira medida da liberdade”. V. *L'Histoire de la Philosophie Morale et Politique*, par Paulo Janet, vol. 2º, liv. 4º, secc. 2ª, e *Le traité de la Prerogative Royale*, par Lorieux, vol. 2º, liv. 5º, capítulo 4º

E dissemos que Montesquieu encontrara *casualmente* realizada na Inglaterra a divisão dos poderes políticos, porque a Constituição Inglesa, como se sabe, é antes o fruto do tempo e de circunstâncias acidentais, do que a obra da reflexão dos homens, ou o resultado de um plano por eles concebido *a priori*.

(2) Não cabe em nosso propósito desenvolver aqui em todas as suas partes a teoria da divisão dos poderes, aliás fundamental na ciência do Direito Público moderno. Supondo-a já conhecida do leitor, ao menos em seus pontos capitais, diremos apenas sobre ela aquilo que nos pareceu necessário e congruente à consecução do nosso fim.

Cumprindo observar que os poderes políticos, de que agora tratamos, não são com propriedade outra coisa mais do que manifestações ou modos de ação do poder público, que é *um só*; ou, como dizem alguns, não são outra coisa mais do que *funções* desse poder, ou direitos elementares de que se compõe a soberania.

Ora, é evidente e incontestável que o poder social exerce funções, bem como a de proferir as penas, conceder anistias, etc., as quais de modo algum se poderiam classificar em qualquer dos três membros da divisão indicada; isto é, como funções legislativas, executivas e judiciárias.

(3) *Principes de Politique*, cap. 2º; *Esquisse de Constitution*, cap. 1º

“Há no poder monárquico, dizia Clermont-Tonnerre, dois poderes distintos, o poder executivo, investido de prerrogativas positivas, e o poder real, que é sustentado por lembranças e tradições religiosas.”

“Refletindo sobre esta idéia, confessa Benjamin Constant, convenci-me da sua justeza.”

V. também Lanjuinais, *Essai de Traité sur la Charte*, vol. 2º, cap. 2º, § 1º; Pinheiro Ferreira, *Cours de Droit Public Interne et Externe*, vol. 1º, sec. 1ª, art. 6º.

Este último publicista, chegando, como ele próprio o diz, ao mesmo resultado que Benjamin Constant, afasta-se contudo da opinião do publicista francês, por lhe parecer o Poder Moderador não um apanágio exclusivo da realeza, mas um poder inerente ao exercício dos outros poderes, devendo-se por isto dar-lhe antes a denominação geral de — Conservador. —

Pinheiro Ferreira, porém, confunde aqui coisas inteiramente distintas, e a sua opinião tanto carece de fundamentos como de prosélitos. Não se nega que a cada um dos

três poderes não seja, ou não deva ser inerente uma certa porção de autoridade conservadora, tendente a conter os outros em suas órbitas; mas é que este sistema de *contrapeso das forças*, sendo manifestamente insuficiente para manter o equilíbrio e a harmonia, reclama a instituição de um poder especial, superior a todos os mais, com ação sobre todos eles, e cujo fim seja precisamente chamá-los à ordem e contê-los em suas esferas respectivas.

(4) *Esprit des Lois*, liv. XI, cap. 6.

(5) *Commentaire sur l'esprit des Lois*, liv. 11, cap. 1º — O erro, ou antes a má vontade de Destut de Tracy, está somente em querer que o rei não possa dirigir o parlamento senão "pelo temor e pela corrupção como sempre o fez". Neste ponto a justeza e imparcialidade de sua crítica podem com bom direito ser contestadas, como efetivamente o tem sido.

Por que não hão de bastar ao rei, para dirigir *harmonicamente* o parlamento, para evitar os choques ou a inação, os meios constitucionais, de que adiante falaremos?

(6) *Du Gouvernement Parlementaire*, Melanges Vol. 2º.

(7) Robert Mohl, em seu Direito Público dos Estados Unidos, citado por Pellat na tradução da Enciclopédia de Falck.

(8) *Histoire de la Philosophie Morale et Politique*, vol. 2º, liv. 4º, sec. 2ª, cap. 1º —

(9) *Essai de Philosophie, de Politique et Litterature* — vol. 3º — *Sur les Formes de la Société Civile*.

(10) *Esquisse de Constitution* cap. 1º, e *Principes de Politique*, cap. 2º — Benjamin Constant não ignorava por certo o famoso sistema do *contrapeso das forças*, com o qual se embaraça Pinheiro Ferreira, quando quer confundir o poder *real* ou moderador com o poder conservador inerente ao exercício de todos os outros poderes. Pensava porém talvez, como nós, que sem a discriminação e separação daquele poder supremo poder-se-ia bem comparar com Swift a teoria do equilíbrio — a casa construída por um certo arquiteto, e tão exatamente conforme a esse sistema, que veio a desabar logo que um pardal colocou-se-lhe sobre o teto. V. a nota a pág.....

(11) *Essai de Traité sur la Charte* vol. 2º, cap. 2º, § 1º

(12) Os que por aí se intitulam tais não passam, como o da Inglaterra, de verdadeiras repúblicas mais ou menos aristocráticas. V. sobre este ponto o nosso cap. 11.

(13) *Esprit des Lois*, liv. XI, cap. 4º — Quem o diria! acrescenta o autor: a virtude mesma tem necessidade de limites.

(14) *De l'Esprit des Constitutions Politiques*.

(15) D'Arretin, *Droit Public de la Monarchie Constitutionnelle*.

(16) *Choix des Rapports, Opinions et Discours*, vol. 6º

(17) A mais ligeira confrontação das duas constituições prova exuberantemente a verdade desta nossa asserção. Além do mais, é digno de notar-se que o modo de composição do nosso Senado acha-se indicado no interessante relatório do *comité* de constituição, pelo conde de Lally Tollendal. *Choix des Rapports etc*, vol. 1º

(18) "Quando Deus criou os mundos (exemplifica o filósofo católico) o ato único de sua criação compreende em si duas criações: pela 1ª, tirou o mundo do nada, e lhe deu a vida embrionária, a vida confusa; durante a vida embrionária todas as coisas *coexistiam*; porém não havia lugar para coisa nenhuma, e todas as coisas estavam fora de seu lugar; pela 2ª, deu-lhes a vida hierárquica, a vida ordenada, a vida inteligente. Então foi que o homem

ocupou o trono da terra; que os mares se estenderam por seu fundo leito; que se acendeu a lâmpada do céu; que nasceram as estações, e que as esferas descreveram com movimento cadencioso seus círculos imortais. Então, e só então, a obra da criação foi completa, porque coexistiram as coisas e estiveram travadas harmoniosamente entre si por meio de leis gerais e de relações comuns."

(19) Cartas de Paris ao Heraldo, em 1842.