

JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TORRES
DA ACADEMIA MINEIRA DE LETRAS

A DEMOCRACIA COROADA

Teoria Política do Império do Brasil

*Prêmio "Cidade de Belo Horizonte", relativo ao ano de 1952
Prêmio Joaquim Nabuco, da Academia Brasileira de Letras, 1958*

Com 6 ilustrações

2ª EDIÇÃO REVISTA



EDITORA VOZES LIMITADA
PETRÓPOLIS, RJ
1964

CAPÍTULO V

O PODER MODERADOR

§ 1. A TEORIA

Depois do Poder Legislativo, isto é, do poder que tem a nação de determinar regras gerais para o comportamento de seus membros e de autoconstituir-se, vem o poder régio, aquêlle que possui a nação de reger-se a si mesma, de autodeterminar-se. Pela Constituição, tal função cabia ao Imperador, que exercia o Poder Moderador, o poder de manter em equilíbrio a máquina do Estado e de representar a nação perante o mundo. Uma prova da consciência tôda especial que tinham os homens da primeira fase da história do Império do caráter essencialmente moderador das funções imperiais dá-nos a educação ministrada a D. Pedro II em menino. Pretendiam (e, caso raro, conseguiram-no!) fazer dêle um homem em quem as paixões não deveriam nunca ter lugar e que, em tudo e por tudo, se fizesse inspirar pelos princípios abstratos da razão. E que pusesse os ideais espirituais e éticos acima de tudo. A grandeza e a fraqueza dos tediosos e quase tétricos educadores do «pupilo da Nação» estavam em que, no século do capitalismo e na América, criaram um chefe de Estado que colocava os fins morais do Estado acima dos valores econômicos. Daí a «ditadura da moralidade» e a tacha de inimigo do progresso que muitos deram a D. Pedro II.¹

1) Alberto Rangel, *A Educação do Príncipe*, Rio, 1946, *passim*. Com relação ao propalado desinteresse de D. Pedro II pelos problemas econômicos, nada documentaria melhor o pouco fundado da tese que a simples leitura dos orçamentos imperiais ou uma estatística a respeito do desenvolvimento ferroviário do país. E, no século XIX, não se poderia esperar muita coisa mais de qualquer governo. Não nos esqueçamos de que as duas maiores dotações do orçamento para 1889 eram a da Fazenda, que englobava 68,3% da despesa, e a da Agricultura, Viação e Obras Públicas, que absorvia 44,1%. Ora, sessenta anos depois, em 1949, a Fazenda custava 22,4% e os ministérios da Agricultura, Viação e Trabalho, somados, cerca de 22%. A administração suprema — Imperador e Família Imperial, Parlamento, presidentes de Províncias, o Conselho de Estado, etc. — custava 1,6%. Em 1949, só a Presidência da República absorvia 5,99%. A dotação do Imperador não atingia a 0,5%. O ensino primário era atribuição provincial e atingia a quase 30% da despesa, em Minas.

O que parece mais ou menos provado é a presença de um estado de espirito de hostilidade ao regime capitalista em sua forma agressiva, e, principalmente, quando assumia ares de imperialismo econômico e intervencionista. Trata-se da antiga hostilidade do mundo feudal e da Igreja a certas formas de organização social e de que temos notável e erudita cópia de documentos no monumental ensaio de B. Groethuysen sobre *A Formação da Consciência Burguesa em França no Século XVIII*, (México, 1943). O interesse demonstrado pelos reais progressos econômicos pode ser apreciado em seu diário de viagem a Pernambuco, recentemente

A Constituição de 1824, ao tratar do Poder Moderador, reproduzia em suas linhas mestras o conceito tradicional da realeza medieval. O Imperador, como chefe do Estado, continuava gozando das prerrogativas de seus antepassados. E, ao contrário do que se pensava na época, a máxima *le roi règne et ne gouverne pas* não é original em Thiers: atravessa tôda a história da Europa. A administração pública, na Idade Média, estava a cargo das câmaras municipais e de outros órgãos locais; ao rei cabia a guerra e a justiça: era o fator de unificação nacional. Não havia uma administração geral de todo o reino: cada câmara se governava e resolvia os seus problemas locais; o país era como uma colcha de retalhos. Após o aparecimento de uma administração geral, alvitrou-se entregá-la à assembléia de representantes das câmaras municipais. Uma Câmara dos Deputados é a câmara de todos os municípios para tratar dos assuntos que interessam a todos simultaneamente: daí a Câmara dos Comuns (principalmente, das comunas), dos burgueses, dos cidadãos...

O rei, porém, era a chave da abóbada, a pedra de fecho sustentando o edifício por sua posição, apenas. Não o edifício como o Estado totalitário moderno; apenas a chave da abóbada. Nem a cúpula sustentada pelo edifício como o rei barroco; fazia parte do conjunto e estava sujeito à lei. O rei medieval não «fazia» a lei, nem estava acima do direito. Muitos historiadores modernos acentuam demasiado o caráter consultivo, apenas, e não legislativo, das Côrtes medievais. Convém recordar que o rei, também, não possuía o poder legislativo: consultava os representantes do povo sobre o que convinha fazer. A única diferença essencial está em que os parlamentos modernos se reúnem obrigatoriamente e que o direito de veto e sanção não é mais deixado ao arbítrio do rei...

Marc Bloch, o clássico historiador do feudalismo, considera deveres fundamentais do rei e do barão feudal: proteger a religião, defender o seu povo contra os inimigos exteriores e fazer reinar a justiça e a paz no interior. *Il guerroye, punit, reprime plutôt qu'il n'administre*.²

Quase o mesmo que Antônio Sardinha:

«O rei governava e a nação administrava-se. O rei governava, efetuando pela distribuição da justiça e pela defesa do solo a unidade necessária à segurança de todos. A nação administrava-se, realizando a multiplicidade de seus interesses na multiplicidade dos vários órgãos que legítimamente os exprimiam».³

te divulgado pelo Sr. Guilherme Auler. Ver D. Pedro II, *Viagem a Pernambuco em 1859*, Cópia, introdução e notas de Guilherme Auler, Recife, 1952.

2) *La Société Féodale — les Classes et le Gouvernement des Hommes*. Paris, p. 195.

3) Introdução à *História e Teoria das Côrtes Gerais* do Visconde de Santarém, p. XXIX. Note-se o cuidado de Antônio Sardinha para evitar a fórmula liberal *le roi règne; ne gouverne pas*.

A. J. Carlyle, seguro conhecedor da matéria, assim diz:

«O primeiro e fundamental aspecto do pensamento político da Idade Média foi o princípio de que toda a autoridade política era expressão da justiça». Mais adiante: «este princípio de que toda autoridade meramente humana é limitada... tem máxima importância no pensamento e no sentimento medievais, porque significa que não podia haver coisa alguma semelhante a uma autoridade política absoluta», ou então: «A supremacia do direito — direito que era inicialmente a expressão dos costumes e mais tarde do conselho e do consentimento da comunidade — foi o primeiro elemento da concepção da liberdade política na Idade Média, pois significa que o rei ou príncipe possuía uma autoridade, certamente augusta, mas limitada, não absoluta». Ou como diziam os portugueses: «Monarquia limitada pelas ordens». Linhas acima Carlyle escrevera: «A noção de que o imperador ou rei medieval podia legislar não passa de ilusão».⁴

Poderíamos encher volumes com exemplos de toda ordem. O que se reproduziu basta para definir a realeza tradicional: autoridade que se encarrega de manter o equilíbrio na sociedade e de fazer a justiça; sujeita ao Direito de quem é o principal servidor, unifica as forças nacionais; não lhe cabe contudo a administração da república.

De um modo geral, foi o que se conseguiu através dos atributos que a Constituição reservou privativamente ao Imperador, como sendo o Poder Moderador.

§ 2. AS ATRIBUIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Não reservava o texto constitucional espaço exageradamente grande para as funções do Poder Moderador, para a instituição que o singularizaria aos olhos do mundo, e que se destinava a resolver os principais problemas de ordem política e de ordem legal oriundos da oficialização das novas aspirações democráticas pelas antigas funções da realeza. Quatro artigos, apenas, e nove alíneas com as atribuições específicas do «poder real».

O primeiro dos artigos do Capítulo I, do Título V da Constituição, destoava um pouco na tradição dos textos de lei: não era norma imperativa, mas definição. Continha uma doutrina: não impunha uma regra. Esta a crítica de muitos, de Teófilo Otoni, por exemplo.⁵ Mas, se lermos atentamente o texto, verificaremos que,

4) *La Libertad Política*, pp. 22 e 31.

5) O tema constitui um dos trechos capitais da "Circular" aos eleitores mineiros: "Considerado somente no artigo 98, o Poder Moderador é tão nominal como o título de Defensor Perpétuo que o artigo 100 dá ao Imperador".

"Com efeito, o artigo 98 não encerra atribuições ou preceitos definidos, porém, sim, meras apreciações do que o Poder Moderador fica sendo, com as atribuições e faculdades que lhe são conferidas em outra parte".

(Diz o artigo 98: O Poder Moderador é chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu

de fato, impunha uma regra e continha uma norma: só que não se destinava aos cidadãos como o comum das leis. O artigo 98 da Constituição parece uma fórmula doutrinária, mas é um mandamento expresso do legislador constitucional ao monarca no exercício de seu nobre «ofício de reinar». Ei-lo: «O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos». Se nem todas as afirmações deste artigo são definições, o conjunto tem mais aspecto de exposição doutrinária que de norma legal, o que dava razão aos críticos. Mas, a uma interpretação mais atenta, vemos que este dispositivo fixava a norma geral a que deveriam obedecer as ações do monarca.

Vinha em seguimento o artigo 99, que contém um destes paradoxos da teoria política, uma destas noções que condenam, de antemão, qualquer intervenção do «espírito de geometria» no campo das artes do governo: «A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada; ele não está sujeito a responsabilidade alguma». Para a mentalidade liberal média, não se via senão o ranço absolutista, um resto das práticas detestáveis dos séculos do despotismo que D. Pedro I, descendente de Luís XIV e de D. João V, metera à força na Constituição que redigiram seus conselheiros.

Na realidade, o texto destina-se a sublinhar o caráter simbólico da pessoa do monarca, que unifica e sintetiza a comunidade nacional, cuja integridade, no tempo e no espaço, na multiplicidade de situações e de instituições, se atualiza concretamente no Imperador, centro convergente de todas as aspirações nacionais. E, do ponto de vista prático, leva necessariamente ao regime parlamentar. Pois, se o monarca é irresponsável, se os ministros não se desculpam, alegando ordem do Imperador, «vocal ou por escrito» (art. 135), nenhum caminho haverá para funcionamen-

primeiro representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos»).

"A legislação constitucional, mais ainda do que a ordinária, deve ser precisa em sua expressão e conter somente regras e preceitos claramente definidos".

"Apreciações abstratas como a do artigo 98 são mal cabidas em uma lei qualquer, com mais forte razão no pacto fundamental".

"Mas, é evidente que, separadas das regras e prescrições segundo as quais o Poder Moderador tem de manter a independência, a harmonia e o equilíbrio dos outros poderes, as palavras do artigo 98 nada significam".

"São, quando muito, o *considerandum* de uma lei, ou os fins que teve em mira o legislador, os quais, se não foram transportados para o texto da lei, não podem ser tomados em consideração pelo executor. Se atendermos somente ao artigo 98, o Imperador é a chave da organização política, do mesmo modo que pelo artigo 100 é o defensor perpétuo do Brasil. São títulos e apreciações que demonstram a importância de que o legislador constituinte quis rodear o monarca. Nada mais".

"Só em tempos revolucionários, e porque a vitória sancionou o arrôjo, pôde o título de Defensor Perpétuo legitimar, por exemplo, a dissolução da Constituinte".

"Somente em épocas e condições análogas poderá o P. Moderador apoiar-se no artigo 98 para praticar por sua conta e risco, a pretensão de ser a chave da organização política, qualquer ato que não esteja expressamente autorizado por outra disposição constitucional".

to do regime que o parlamentarismo. Ou a revolução. D. Pedro I, querendo ter uma política sua, opinando e oferecendo de público a sua vontade, infringiu o texto de sua própria Constituição; por outro lado, muitos infringiram depois, não entendendo que, num regime monárquico, não se compreende a oposição de outro modo que «oposição de sua majestade», e, nunca, «oposição a sua majestade». Aquelas pessoas que criticavam diretamente a D. Pedro II agiam contrariamente à Constituição, e faltavam com um elemento de lealdade, pois o monarca não tinha meios de defender-se de ataques pessoais e os ministros somente se defendiam quando atacados...

Aliás, a maneira pela qual D. Pedro II compreendia estes dispositivos mostrava que estava bem longe de Versalhes:

«Em qualquer calamidade de ordem física ou política, deve o Imperador aparecer, mostrando sua dedicação pelo bem público. Tal é sua verdadeira missão ostensiva, pois, em nosso sistema de governo, a ação só deve regularmente manifestar-se pelos ministros, e aquêle contentar-se com a recompensa de que a maioria da Nação reconhecerá, por fim, que, durante os anos que êle foi Imperador, houve felicidade em geral».

«Os ataques [da imprensa] ao Imperador, quando êle tem consciência de haver procurado proceder bem, não devem ser considerados pessoais, mas, apenas, manejo ou desabafo político.»

Após fixar, pelo artigo 100, os títulos do monarca: «Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil» e o seu tratamento, «Majestade Imperial», a Constituição expunha as atribuições do Poder Moderador, privativo do Imperador. A matéria do artigo 101 da Constituição daria assunto para muitas polêmicas, conforme veremos nos lugares próprios.

Eram as seguintes as atribuições específicas do Poder Moderador:

- 1) nomear os senadores nas listas tríplexes eleitas pelo povo;
- 2) convocar extraordinariamente a Assembléa Geral, nos intervalos das sessões, se assim o pedir o bem do Império;
- 3) sancionar decretos e resoluções da Assembléa Geral;
- 4) aprovar ou suspender interinamente as resoluções dos Conselhos provinciais (abolida pelo Ato Adicional);
- 5) prorrogar ou adiar a Assembléa Geral, dissolver a Câmara dos Deputados «nos casos em que o exigir a salvação do Estado», convocando imediatamente outra;
- 6) nomear e demitir livremente os Ministros de Estado;
- 7) suspender os magistrados nos casos do artigo 154;

6) «Conselhos à Regente», manuscrito inédito, datado de 3 de maio de 1871, comunicado pelo historiador Guilherme Auler, por gentileza do Príncipe D. Pedro de Orléans e Bragança. Dêle fizemos sua edição crítica, editada pela livraria S. José.

8) perdoar ou moderar as penas impostas aos réus condenados por sentença;

9) conceder anistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade e o bem do Estado...

Não eram muitas as atribuições, o seu exercício não acarretaria graves perigos ao bem público. De qualquer modo, eram definidas e expressas, bem significando a qualidade de «cabeça do corpo político» concedida pela Constituição ao Imperador.

§ 3. A JURISPRUDÊNCIA

Sendo o Poder Moderador «a chave de toda a organização política», como dizia o texto legal, é de toda importância o conhecimento da doutrina dos mestres a respeito.

De início temos o Visconde do Uruguai, com sua dupla autoridade de pensador político e homem de ação, de jurista e de estadista. Conhecia a doutrina e viveu êste saber nos diversos cargos que exerceu e nas grandes lutas em que se achou. Possuía do assunto o conhecimento discursivo e o conhecimento conatural.

Para Uruguai o Poder Moderador é um poder político, uma delegação da nação, «a suprema inspeção sobre os poderes Legislativo, Executivo e Judicial, o alto direito que tem a nação de examinar como os poderes por ela delegados são exercidos e de manter a sua independência, equilíbrio, e harmonia; é essa Suprema Inspeção, êsse alto direito que a mesma nação, não o podendo exercer por si mesma, delegou ao Imperador, revestindo-o das atribuições de Poder Moderador».

«O Poder Moderador não tem por fim, nem tem nas suas atribuições, meios para constituir nada de novo. Não é poder ativo. Somente tem por fim conservar, moderar a ação, restabelecer o equilíbrio, manter a independência e harmonia dos mais poderes, o que não poderia fazer se estivesse assemelhado, refundido e na dependência de um deles.» Linhas antes o ilustre Paulino José Soares de Sousa applicara às constituições de três poderes somente, o *sine pondere habentia pondus* de Ovídio...

Para Pimenta Bueno o Poder Moderador «é a suprema inspeção da Nação, é o direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar como os diversos poderes políticos que ela criou e confiou a seus mandatários são exercidos. E' a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita e concorra harmoniosamente com outros para o fim social, o bem ser nacional; é, enfim, a mais elevada força social, o órgão político o mais ativo, o mais influente, de todas as instituições fundamentais da Nação». «Este poder, que al-

7) *Ensaio sobre o Direto Administrativo*, Rio, 1862, vol. II, pp. 61 e 63.

8) *Ibidem*, p. 61.

9) *Ibidem*, p. 60.

guns publicistas denominam Poder Real, ou Imperial, Poder Conservador, incontestavelmente existe na Nação, pois que não é possível nem por um momento supor que ela não tenha o direito de examinar e reconhecer como funcionam os poderes que ela instituiu para o seu serviço, ou que não tenha o direito de providenciar, de retificar sua direção, de neutralizar seus abusos.

«Existe, e é distinto, não só do Poder Executivo, como de todos os outros; não pode ser exercido, como já indicamos, pela Nação em massa; precisa ser delegado». ¹⁰

Não será inoportuno recordar que o Visconde do Uruguai perfilha esta definição.

Defendendo o princípio do Poder Moderador, que cabia privativamente ao Imperador, sem haver necessidade de serem os seus atos referendados pelos ministros — tese muito lógica, pois se os ministros referendassem os atos do Poder Moderador este confundir-se-ia plenamente com o Executivo — o douto Visconde do Uruguai assim expõe a matéria, atributo por atributo: ¹¹

Nomeação de Senadores e convocação extraordinária da Assembléa Geral (artigo 101º ns. 2 e 1). «São atribuições inocentes, que não podem trazer invasão. O nomeado senador é um dos eleitos do povo. O Senado é quem verifica os seus poderes, revê e pronuncia definitivamente sobre a eleição». ¹²

«Quanto à convocação da Assembléa Geral, note-se bem que a Constituição diz — extraordinariamente. A convocação ordinária compete ao Poder Executivo, porque é um ato cuja omissão pode dar cabo das liberdades públicas; deve estar a cargo de um Poder responsável».

Direito de Veto e sanção (artigo 101, nº 3): «*Se dá a sanção, concorda com a maioria das duas câmaras. Os representantes da Nação são o Imperador e a Assembléa Geral. Pois bem, é um Representante da Nação que concorda com outro. Não há nada de mais normal*». Está certo o visconde em achar isto normal. Quanto ao veto, lembra o comentarista que praticamente não se exercitava tal direito, o qual pelo artigo 65º da Constituição possuía um caráter apenas suspensivo. ¹³

10) Pimenta Bueno (Marquês de S. Vicente), *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Rio, 1857, p. 205.

11) *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, vol. II, p. 48 e seguintes.

12) Sobre a nomeação de senadores, assim diz D. Pedro II, nos "Conselhos de Regente": "Se as eleições se fizessem como todos devemos desejar, talvez aconselhasse a escolha quase constante do mais votado na lista dos propostos para Senadores; porém, nas circunstâncias atuais, cumpre escolher o (mais) honesto, moderado, e que tenha mais capacidade intelectual e serviços ao Estado, porque o Senado não é por sua natureza um corpo, onde devam fazer-se sentir as influências partidárias como na Câmara dos Deputados. Tem de moderar esta, e de sentenciar em casos de maior importância". E informa que os gabinetes já principiavam a querer impor ao monarca a escolha de senadores segundo seus interesses eleitorais.

13) D. Pedro I usaria, uma única vez, o direito de veto, recusando assentimento a uma lei que extinguiu o fôro privativo de militares e eclesiásticos. A suspensão da vigência da lei feita pelo primeiro Imperador ainda está mantida, ressalvada a repercussão no caso dos eclesiásticos da separação da Igreja e do

Entra Uruguai a comentar o item 5º do artigo 101º, que dá ao Imperador o direito de prorrogar e adiar a Assembléa Geral, assim como dissolver a Câmara dos Deputados. Depois de lembrar que não há mal na prorrogação da Assembléa e que seu adiamento é limitado, analisa com a segurança de sempre as críticas do direito de dissolução da Câmara dos Deputados:

«Mas essa dissolução tem o caráter de uma apelação e o Poder Moderador tem de convocar imediatamente outra Câmara que substitua a que foi dissolvida e que tem de ser o juiz da questão que provocou a dissolução. Não é o Poder Moderador que a resolve. É a Nação que escolhe homens que pensam como ela, para julgar a questão».

«O Poder Moderador apenas provoca o juízo da Nação, recorre à origem e à fonte de todos os poderes. Pode a dissolução embaraçar alguma medida que se pretendia fazer passar: adia-se somente se a Nação a quer, dá-lhe ocasião de 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 lhe tenha dado».

Comentando o parágrafo 6º — «nomear e demitir livremente os seus ministros» — lembra Uruguai que nas repúblicas possui o chefe de Estado este poder em sua plenitude, e que seria um absurdo fazer depender do ministro demissionário a nomeação do que vai entrar. Na prática, o sistema parlamentar alterou a inteligência deste dispositivo.

Finalmente vem o parágrafo 7º, que permite ao Poder Moderador suspender magistrados acusados de faltas. Diz Uruguai: «Devem [os magistrados], porém, ser logo responsabilizados. É o único meio, aliás insuficiente, que temos de fiscalizar o Poder Judicial, que não tem quem o fiscalize». Quem em tal caso suspende é um poder independente, o Poder Moderador. Quem responsabiliza é outro poder independente, o Judicial. Ora, como o illustre Paulino José Soares de Sousa começou a vida magistrado, temos de considerá-lo insuspeito e bem informado... E, como não eram, nem nunca poderiam ser, motivo de dúvida os temas dos parágrafos 8º e 9º — direito de graça e anistia — Uruguai os liquidou em duas palavras. ¹⁴

Estado. Veja-se Mário Casassanta, *O Poder do Veto*, Belo Horizonte, 1934, p. 170. De acordo com a terminologia do prof. Mário Casassanta, talvez fosse o caso de dizer-se que, na prática, o Imperador possuía o *direito*, mas não o *poder* de vetar. Aliás, em regime de gabinete não se compreende o veto. Se a Assembléa votar contra a vontade do gabinete, este cairá, ou aquela será dissolvida; se o gabinete aprovar o projeto e o Imperador, não, há mudança de ministério — ou aquiescência por parte do monarca, que cederá ao ponto de vista do gabinete.

14) Nos "Conselhos à Regente", D. Pedro II informa que fazia questão de estudar minuciosamente e decidir, sem ouvir interferências políticas, todos os processos que subiam até ele, comufando, habitualmente, as sentenças que impunham a pena capital. "Sou contrário a esta, e executa-se ainda, porque o Poder Moderador não tem direito de anular o artigo do Código Criminal, que estabelece tal pena, comutando-a sempre. Entendo que a anistia deve-se sempre conceder, mais cedo ou mais tarde, pelos crimes políticos".

Essas as atribuições do Poder Moderador pela Constituição do Império Brasileiro, tôdas girando em tôrno da necessidade de um poder neutro que mantivesse em equilíbrio a máquina do Estado e servisse de ponto de convergência entre os demais poderes. A questão, no caso, é saber se haveria ou não vantagem na existência dêste poder neutro e em que espécie de órgãos deveria caber o exercício de suas funções próprias.

Justifica-se a existência de um poder neutro, exercitado por um «funcionário vitalício e hereditário com uma coroa de ouro na cabeça»?

Para começar temos o «Meteco romântico» que foi Benjamin Constant:

«O vício de quase tôdas as constituições está em que não criaram um poder neutro e de terem colocado a soma da autoridade, da qual deverá ser revestido, em um dos poderes ativos. Quando aquela soma de autoridade foi reunida no Poder Executivo, houve despotismo».

Pimenta Bueno ensina:

«Na maior parte das monarquias constitucionais e representativas o Poder Moderador está reunido ao Poder Executivo, de que forma a parte mais elevada, que é exercida pela Coroa, pela ação e direção do Monarca. E', porém, mais lógico e conveniente não confiá-lo nem confundi-lo com nenhum outro poder, por isso mesmo êle tem de inspecionar a todos, já sôbre seu exercício próprio, já sôbre as suas relações recíprocas».

«Pelo que toca à personalidade a quem deva ser confiado, não pode haver dúvida em que deve ser ao Imperante, por isto mesmo que é o único poder exclusivamente próprio da Coroa, independente do Ministério».

«O depositário dêste grande poder neutro deve estar cercado de todos os respeitos, tradições e esplendor, da força da opinião e do prestígio. A consciência nacional precisa crer que, superior a tôdas as paixões, a todos os interesses, a tôdas as rivalidades, ninguém pode ter maior desejo e glória do que êle em que outros poderes ativos funcionem segundo os preceitos fundamentais do Estado e façam a felicidade dêste».

«E quem tem todos os meios de observar as suas tendências, força necessária para reprimir as paixões, é quem está sôbre a cúpula social vigiando os destinos da nação».

«O exercício do Poder Moderador é que evita nos poderes públicos o terrível dilema da ditadura ou revolução; todos os atributos do Monarca levam suas previdentes vistas a não querer nem uma nem a outra dessas fatalidades que quase sempre se entrelaçam e reagem».¹⁵

15) Ver p. 205. Estes venerandos debates, de mais de um século de idade, adquirem, hoje, uma atualidade palpitante, em virtude das discussões em tôrno da reforma da atual Constituição para restabelecer o sistema parlamentar. Embora o

O Visconde do Uruguai assim resolve a questão:

«Pela natureza e fins dos atos a que é chamado a exercer, convém que as atribuições do Poder Moderador residam privativamente no chefe supremo do Estado que é permanente, desapaixionado, ou mais imparcial, mais desinteressado nas lutas, até mesmo porque é inviolável, e que pode dizer dos partidos, melhor que os ministros, o que Tácito dizia dos Imperadores Galba e Oto: *mihi nec iniuria nec beneficio cogniti...*»¹⁶

Uma contribuição preciosa para a compreensão do problema dá-nos o discurso de Alves Branco, pronunciado no Senado, em 8 de julho de 1841, do qual reproduziremos uns trechos:

«Em política eu não posso considerar um poder independente, senão aquêle que delibera e faz obrigatórias suas deliberações sem dependência de outro poder...»

«Êle [o Poder Moderador] não deve, por princípio algum, estar sujeito a outro poder que possa pôr obstáculo às suas resoluções, a ponto de impedir que elas se manifestem, que se tornem obrigatórias».

«Esta é a teoria da Constituição, teoria sustentada por grandes publicistas de nossa idade, e publicistas práticos ou homens de Estado, como Guizot e outros, e que só precisa entre nós de uma lei regulamentar; por minha parte, declaro que acho tudo isto muito justo e necessário, porque considero o Poder Moderador não como um poder de partido, um poder de movimento, como é ordinariamente o Poder Executivo, expressão da maioria da Câmara dos Deputados, mas um poder de conservação, de neutralidade, expressão de necessidades fundamentais, direitos adquiridos, interesses criados, tradições, glórias, e que vigia para que a sociedade não seja todos os dias subvertida, dando tempo à meditação fria, e cedendo sômente a necessidades reais e profundamente sentidas».

«As câmaras são a tribuna dos partidos, e é por aí que elas procuram elevar seus pensamentos à soberania, ao governo do Estado; elas os discutem, rejeitam-nos, ou os aprovam em sua maioria; e só depois disto é que êles são apresentados ao Grande Poder; que não é, nem pode ser com vantagem, nem o Executivo, nem o Judiciário, para que êle a examine e a mande executar se lhe parecer útil e vantajosa a marcha regular da sociedade, e a rejeite ou, antes, apele para as duas legislaturas na forma da Cons-

assunto não se coloque habitualmente com muita franqueza — e não poderemos estranhar o fato — a verdade é que o debate em tôrno do Poder Moderador surge sub-repticiamente, ao se apresentarem dúvidas a respeito das possibilidades do mau emprego das atribuições de chefe de Estado por um presidente faccioso. E como evitar o facciosismo de um presidente eleito? Estas palavras de Manuel Alves Branco, futuro Visconde de Caravelas e que seria o primeiro Presidente do Conselho, não perderam a atualidade: «Considero o Poder Moderador não como um poder de partido, um poder de movimento, como é ordinariamente o Poder Executivo, expressão de maioria da Câmara dos Deputados, mas um poder de conservação, de neutralidade...» (Discurso proferido no Senado, em 8 de julho de 1841).

16) *Ensaio sôbre o Direito Administrativo*, vol. II, pp. 45-6, discurso pronunciado no Senado, em 8 de julho de 1841.

tuição, se entende que a lei é má, e pode trazer a desordem à associação. Dada a sanção a lei passa ao Poder Executivo, ou ao Poder Judiciário segundo sua natureza, e ela vai servir a esses dois poderes de princípio, para a avaliação dos fatos correntes na sociedade, ficando suas discussões, juízos e decisões livres e independentes» (...) «Depois de a lei assim passar para os seus aplicadores, o Poder Moderador fica sempre vigilante, como fiscal e conservador da lei, pois que os dois poderes que a aplicam podem ou violá-la ou aplicá-la com severidade a circunstâncias que poderão ser previstas e excetuadas».

«A Constituição, senhores, desenvolveu perfeitamente bem as atribuições deste poder; entre elas há uma concatenação lógica admirável: seu exercício foi delegado privativamente a S. M. o Imperador, para que incessantemente vele na harmonia e equilíbrio de todos os outros poderes. Este poder é o supremo do Estado, não porque possa fazer tudo, mas porque pode conservar todos os direitos, todos os interesses, todas as instituições até o tempo em que possam sem dano destruírem-se, e porque também pode suspender, responsabilizar e anular mesmo atos do Poder Judiciário, e finalmente, mudar e apelar para a opinião nacional contra os agentes dos outros poderes»...

«A Constituição quis que este Poder [o Moderador] fosse independente, como o mostra a sua própria natureza, e, por conseguinte, que tivesse dentro de si mesmo todos os meios de deliberar e obrar»...

«Por duas maneiras se evitam as aberrações dos poderes: uma direta e repressiva; outra indireta e preventiva (...) O Poder Judiciário e o Executivo são obrigados a marchar na órbita marcada pela repressão; o Poder Moderador, porém, pelo sistema de prevenção. A lei elevou este poder tão alto, encheu-o de tantos bens da fortuna, fê-lo guarda de tão rico patrimônio a transmitir à sua sucessão, pô-lo tão inacessível à ambição e às vicissitudes da vida, que não é possível, em boa razão, que se acredite que essa personagem ponha em risco tudo isto para ter o gosto de subverter a sociedade, ou praticar atos ilegais. A tirania, senhores, é já hoje um anacronismo nas monarquias, cujo governo tem chegado a sua posição regular; só nas repúblicas, nesses governos de eternas e encarniçadas lutas, é que eu vejo agora que não cessam atos horríveis e monstruosos, necessários aos homens novos, aos ambiciosos que se elevam e que se vêem forçados a sustentar-se a todo custo contra seus contrários».¹⁷

17) Alves Branco, que aliás militava no Partido Liberal, demonstrava uma exata compreensão da natureza do problema, tanto que admitia a necessidade de um secretário do Conselho de Estado para referendar os atos do Poder Moderador.

Prosseguindo em sua argumentação, Alves Branco passa em revista os argumentos clássicos, com todas as hipóteses prováveis, em defesa da independência do Poder Moderador em face do Executivo e da necessidade de um Conselho de Estado (o restabelecimento deste era o assunto em debate). A premissa maior de seu

Isto pensavam os conservadores, porque a opinião liberal era contrária.

§ 4. O PODER MODERADOR E A OPINIÃO LIBERAL

Os liberais, isto é, os membros do Partido Liberal, pois liberais todos eram, combateram sempre o Poder Moderador, alvo principal de suas restrições ao regime em vigor. Os liberais tinham como fôrças inimigas da liberdade, uma, o «poder pessoal», que eles viam no conjunto de atribuições e instituições do Poder Moderador, e outra, a centralização.

Acontece que somente andavam com razão no segundo caso. O Poder Moderador não era um modo de acentuar o caráter monárquico da Constituição; mas um modo de desviar a influência do Imperador, dando-lhe atribuições definidas, impedindo assim as lutas e os atritos entre os dois princípios de legitimidade (o rei e o ministério responsável), atritos que ocorreram em quase todas as monarquias constitucionais, conforme analisa tão bem Ferrero em dois casos típicos, o de Luís Filipe e dos Savóias italianos. Aliás a existência de um poder neutro era uma garantia (infelizmente não usada como convinha) de liberdade eleitoral. Se algum profeta vaticinasse aos liberais que as primeiras eleições satisfatórias ocorridas na República viriam pela restauração do princípio do Poder Moderador através da fórmula «todo poder ao Judiciário», o que deu ao governo «uma função neutral e moderadora», como disse o próprio autor da idéia, o Brigadeiro Eduardo Gomes, o espanto seria total...

Na verdade, o Poder Moderador era um poder pessoal do monarca, mas não era o «poder pessoal», contra o qual combatem até hoje os liberais brasileiros, e que consiste na utilização da máquina do Estado dentro de um critério «pessoalista» e que, no caso do Império, seria a intromissão do monarca na esfera de ação do Poder Executivo. Na República tal poder assume as formas do «eleitoralismo» do governo.

Além disto, o «poder pessoal», segundo um de nossos melhores conhecedores de história política, jamais teria existido, não passando de mito. Eis a opinião do Sr. José Maria dos Santos a respeito da controvertida questão: Depois de dizer que o famoso sorites do Senador Nabuco não passava de uma frase de espírito,

silogismo pode ser resumida no princípio de que somente «a monarquia, com a instituição da realeza hereditária, é que pode estabelecer sem dano algum» um poder supremo «irresponsável», isto é, autônomo em face da representação nacional. Somente as monarquias, assinala Alves Branco, pois um monarca não teria interesse pessoal em errar, ao contrário das repúblicas, cujos chefes, os «Jacksons e outros, que, por agradarem à multidão frenética de que dependem, atacam fortunas e crédito de seus concidadãos e do mundo inteiro: que monarca faria isto, senhores? Certamente nenhum. Sobre este ponto eu poderia dizer muito, mas escuso referir fatos notórios de chefes chamados responsáveis, e que se passam, e têm passado diante de nossos olhos e em nossa idade».

prossigue: «... José Antônio Saraiva, que, tendo ocupado os mesmos postos [que Nabuco] na monarquia, afirmava, depois da república, jamais haver encontrado, em toda a sua carreira, o poder pessoal de Pedro II. O poder pessoal não foi para a oposição liberal, como o não fôra anteriormente para os conservadores, uma convicção: — foi apenas uma decisão. Deliberou-se tomar aquela fórmula abstrata como base teórica de reação política e partidária, e os que se propõem ainda hoje a demonstrar a predominante e capital influência daquele poder no segundo reinado, como o Sr. Oliveira Viana no seu *O Ocaso do Império*, o fazem simplesmente para lisonjear o nosso sistema político atual, repelindo as tradições liberais do Brasil e o próprio mérito da democracia».¹⁸

A importância do Poder Moderador, além da função de fiel da balança do Estado e de juiz entre os partidos, dentro da doutrina clássica, aparecia também na possibilidade de servir de elo entre os vários poderes e entre o governo central e os governos locais.

A tese de Afonso Celso,¹⁹ favorável à existência do «poder pessoal», sob a alegação de ser impossível a uma pessoa normal ter e não se utilizar dos grandes poderes que a Constituição reservava ao Imperador, peca pela base: havia um poder exercido *privativamente* pelo Imperador; mas não era o *poder pessoal*. Abolido o Poder Moderador é que veríamos o *poder pessoal*: sempre que o monarca fôsse personalidade forte e bem dotada, teria veleidades de governar, passando por cima ou utilizando-se dos ministros. Toda força, para não ser nociva, tem de ser canalizada para um fim útil. E não se poderá criticar alguém pelo uso de atribuições legais.

A história da luta dos liberais contra o princípio do Poder Moderador era velha como a democracia imperial. Começa na Constituinte com o projeto Antônio Carlos, que não admitia o «poder neutro» e postulava explicitamente o princípio da responsabilidade dos ministros, sem o corretivo correspondente da dissolução da Câmara. Veremos, ao longo da Regência, o projeto inicial do Ato Adicional, assim como o documento denominado a «Constituição de Pouso Alegre», ambos excluindo o princípio célebre. Quase todos os programas do Partido Liberal propunham a extinção do quarto poder.

Qual era a doutrina dos liberais a este respeito?

De início havia uma ala moderada que concordava com a permanência do Poder Moderador. Seus atos, porém, deviam ser referendados pelos ministros, conforme defendiam Paula Sousa e Zaccarias. Referendado pelos ministros, ficaria o exercício do Poder Moderador debaixo do controle do Poder Legislativo.

18 *A Política Geral do Brasil*, S. Paulo, 1930, p. 114. A rigor o «poder pessoal» seria um mito no sentido sorelliano do termo, um incitamento dos liberais à luta contra qualquer forma de tirania, para afinal implantar a plenitude do regime democrático.

19) Afonso Celso, *Oito Anos de Parlamento*, S. Paulo, 1929, p. 195.

Acompanhemos a discussão pelas palavras dos mais conspícuos adversários do Poder Moderador, aos quais o Visconde do Uruguai não teme denominar «reacionários».²⁰

O chefe dêles, nos dias da Regência, foi o ilustre Senador Vergueiro. Sua tese podia ser resumida em duas palavras: não pretendia abolir as atribuições do Poder Moderador, essenciais; queria abolir apenas o nome, ou melhor, a entrega dêste poder «privativamente» ao monarca. E exclamava: «O Poder Moderador, tal qual existe na Constituição, pode destruir todas as liberdades da Nação, e o modo de remediar isto é fazê-lo passar para o Poder Executivo, ou determinar que êle seja executado com referenda do ministro de Estado».²¹

Antônio Carlos, num ferino discurso em que mete à bulha os autores da Constituição, ridiculariza tal princípio como coisa de teóricos. «Isto de Poder Moderador para mim é doutrina de escola. Em nenhuma nação do mundo existe isto; mas os senhores Conselheiros de Estado, tendo lido Benjamin, entenderam que deviam seguir esta doutrina»...²²

Em suma e para concluir: os liberais combatiam o Poder Moderador, por não considerarem vantajosa a entrega de atribuições específicas, pessoais e privativas ao Imperador. Esta questão nos mostra que os partidos do Império não eram tão inconsistentes conforme ainda se repete afoitamente, ou, pelo menos, reproduzindo críticas apaixonadas, formuladas em situações difíceis. Claro que a vida política durante o regime imperial conheceu fases, sofreu soluções de continuidade, viveu épocas de crise e períodos de decadência. Mas há temas que atravessaram de ponta a ponta a história do Império como especificamente liberais ou mais nitidamente conservadores. A natureza e os limites do Poder Moderador, eis um assunto que marca uma distinção nítida entre as duas correntes, desde os dias da Constituinte até o fim do reinado de D. Pedro II. Os conservadores defendiam a necessidade da manutenção do Poder Moderador em toda linha; os liberais pleiteavam a sua abolição. Entre as duas correntes, os liberais moderados exigiam

20) Antônio Pereira Rebouças, nos debates prévios ao Ato Adicional, profugava a abolição do Poder Moderador como sendo medida reacionária e retrógrada: «Não menos está na ordem retrógrada dos progressos da perfectibilidade humana a proposta supressão do Poder Moderador». *Recordações da Vida Parlamentar*, vol. I, p. 140. E mais adiante, p. 143, compara a independência do Brasil com a de outros países sul-americanos, nos quais faltava um «centro de poder incontestável», isto é, um poder neutro e moderador:

«... o Brasil, por ter êsse centro de poder incontestável, estando em quase tudo o mais na razão de seus vizinhos, fez e concluiu a sua independência com tanta prontidão e felicidade, como ainda não há exemplo de ter acontecido a algum povo».

Causará surpresa aos modernos um trecho do discurso de Rebouças (proferido na sessão de 1º de setembro de 1832), em que se refere à infelicidade de ter à testa de seus destinos um homem como Simão Bolívar, «sempre ardente na mais insaciável ambição, sempre escravo de suas paixões, muitas das quais as mais indignas de um verdadeiro homem de Estado...»

21) *Apud* Uruguai, *Direito Administrativo*, citado, vol. II, p. 13.

22) *Ibidem*, vol. II, pp. 16 e 17.

a referenda ministerial para os atos do poder régio. Entre conservadores podemos colocar o primeiro Caravelas (Carneiro de Campos) que, dizem, introduziu o princípio do Poder Moderador na Constituição, e mais: Vasconcelos, Alves Branco, nominalmente liberal, Uruguai, S. Vicente, Itaboraí, Paraná, Brás Florentino de Sousa, Melo Matos, Rebouças, etc. Liberais de vários matizes, temos também desde os dias da Independência: Antônio Carlos, Vergueiro, Paula Sousa, Zacarias, Nabuco, Rangel Pestana, H. Limpo de Abreu, Rui Barbosa, etc. Havia uma divergência muito nítida entre as duas correntes, divergência de ordem ideológica, que são podemos desprezar.

A tese liberal moderada foi sintetizada pelo Senador Zacarias de Góis e Vasconcelos, que reuniu em livro as suas observações, destruindo mais de uma vez a lógica de Uruguai.

Podemos dividir em três grupos a tese de Zacarias:

- a) o Conselho de Estado como órgão do Poder Moderador;
- b) o Imperador como chefe do Poder Executivo;
- c) o regime parlamentar.

Preliminarmente, rendamos a devida homenagem ao eminente estadista baiano: para êle a soberania define-se pelo *non cuiuslibet ratio facit legem, sed multitudinis aut principis vicem multitudinis gerentis*, do Angélico.

Acompanhemos o debate.

a) A lei de 23 de novembro, que restaurou o Conselho de Estado, tornou a sua audiência necessária ao exercício de todos os atos do Poder Moderador. Depois desta data, então, não exercia o Imperador pessoalmente o seu Poder Moderador: devia ouvir os conselheiros. O Poder Moderador cabia privativamente ao Imperador, mas ouvido o Conselho. A tese de Zacarias é que, se foi ampliada a competência do Conselho, a sua audiência, em si mesma, ficara facultativa. Não seria a expressão «houver por bem ouvi-lo», do artigo 7º da Lei 231, uma questão de etiqueta? O facto de serem os conselheiros responsáveis (artigo 4º) é uma prova do carácter francamente obrigatório da consulta. Ademais, no mesmo artigo 7º, alinham-se os assuntos em que o Imperador deve, «principalmente», ouvir o Conselho.

b) Parece um tema de gramática; o Imperador era o Poder Moderador, que lhe cabia «privativamente», e o chefe do Executivo, e — exercido pelos ministros. A tese de Zacarias é que o Executivo cabe ao Imperador, do mesmo modo que o Moderador. Não admitia que pudesse caber a um todo, o ministério, do qual o chefe seria o Imperador. E concluía, interrogando: possuem os ministros delegação da Nação?

A primeira observação que se tem a fazer é relativa à ausência de referências à figura do Presidente do Conselho, o dele-

gado do Imperador, para, em seu nome, exercer o Poder Executivo. Mas o próprio Zacarias resolverá a pendência:

«A Constituição, que declara os poderes políticos delegação do povo, a Coroa impecável, os ministros responsáveis, a Constituição, que, conferindo ao chefe do Estado a nomeação dos ministros, dá às Câmaras, principalmente à temporária (pelo voto do impôsto e do recrutamento) o direito de recusar-lhes meios de existir, essa Constituição, qualquer que seja, confere às câmaras (e com especialidade à eletiva) uma justa participação no governo do Estado, ou, por outros termos, estabelece o governo parlamentar».²³

Se estabelece o sistema parlamentar, concede ao gabinete a situação especial de corpo do qual o Imperador é o chefe, mas cujos tecidos são fornecidos pela representação nacional. E, por isto mesmo, os ministros não poderiam referendar com responsabilidade os atos do Poder Moderador: vindos da representação nacional, são partidários. Ora, o Poder Moderador é, por essência, o poder neutro...

c) Onde Zacarias, porém, leva a melhor é na defesa do sistema parlamentar. Depois de mostrar que não é a falta da referência ministerial que dá poder à Coroa, pois que, mesmo nos atos do Poder Executivo, referendados explicitamente, há visível participação do monarca, Zacarias responde brilhantemente a Uruguai quanto à vigência do sistema parlamentar. Uruguai dissera que não havia o sistema de gabinete por dois motivos: ausência de partidos definidos, e mocidade e inexperiência da Câmara dos Deputados. Zacarias prova a falsidade relativa da primeira com o próprio Visconde, homem de partido desde a mocidade, quando fôra ministro e tomara parte nas reformas de 1841, e agora, jurista e idoso, defende os mesmos princípios. Quanto ao valor da Câmara, lembra os casos de serem os deputados os melhores elementos de muitos ministérios. E, com as palavras que acabamos de citar, mostra que a Constituição é essencialmente parlamentar.

Podemos concluir dizendo que, se os conservadores estavam dentro do espírito do sistema quando defendiam a neutralidade e a posição acima e fora dos partidos do Poder Moderador, os liberais estavam certos quando consideravam essencial a dependência do Poder Executivo para com a Câmara dos Deputados.²⁴

§ 5. A FILOSOFIA DO PODER MODERADOR

Já tivemos ensejo de afirmar certa vez — afirmação que foi honrada com a aprovação do professor Antônio Gomes Robledo em seu magnífico ensaio sobre «A Filosofia no Brasil» — que, nos últimos anos do Império, a instituição monárquica não era objeto de nenhuma justificação séria; não se constituía, até então, a teo-

23) Zacarias, *Da Natureza e Limites do Poder Moderador*, Rio, 1862, p. 241.

24) Quanto não falou sobre isto Bernardo de Vasconcelos em sua fase liberal?

ria do regime.²⁵ Tradicional a nossa pobreza em estudos teóricos de qualquer índole e pouco rica a nossa bibliografia em comentários da Constituição de 1824 — Aurelino Leal aponta apenas dez títulos²⁶ — e o número total não atingirá, talvez, a quinze, explica-se o fato, que será também explicado por outros motivos, principalmente pela falta de continuidade de esforços. Mas, se na década final do Império não se constituíra ainda a teoria do regime, isto não significava a ausência absoluta de tentativas. Estas se fizeram, e algumas em grande estilo. Quer nos debates parlamentares, principalmente no período de consolidação — até 1841 — e na interpretação dos princípios constitucionais por homens do valor de um Bernardo de Vasconcelos, por si, já é muita coisa; quer nos estudos teóricos de S. Vicente, Uruguai, Zacarias, Brás Florentino e outros, elementos para a teoria encontraremos à vontade. Mas a teoria não se constituirá, por falta de persistência nos esforços.

Um destes teóricos, e não dos menores, foi o Dr. Brás Florentino Henriques de Sousa, a quem Clóvis Beviláqua dedica um capítulo muito amável na sua História da Faculdade de Direito de Recife. Filiado, como seu irmão Soriano de Sousa, à corrente tradicionalista, Brás Florentino escreveu um livro sobre a teoria do Poder Moderador, que, citado mais de uma vez no correr deste trabalho, será alvo aqui de um estudo mais minudente. «A explanação da matéria é a mais ampla possível... e o conhecimento da literatura francesa de direito constitucional é completo»²⁷ — diz Clóvis. Poderia ir mais adiante o autor do Código Civil: o que havia de melhor em matéria de filosofia no século passado foi convocado para ajudar o professor de Recife a expor a teoria do Poder Moderador. Daí a importância especial desse livro: um tratado de filosofia e não apenas de direito público, como os de Uruguai ou S. Vicente.

Quase todo o volume é dedicado ao estudo das atribuições constitucionais do Poder Moderador, exposto com lógica, clareza e boas autoridades. Nos capítulos iniciais, faz, como veremos a seguir, a teoria do sistema, a filosofia do regime.

A posição filosófica de Brás Florentino é a do tradicionalismo; constantemente, de permeio com todos os publicistas e constitucionalistas franceses do tempo, encontramos os nomes de De Maistre, De Bonald, Balmes, Donoso Cortés, Ventura de Ráulica, além de alguns hoje completamente desconhecidos. Sem falar em outros como Chateaubriand, inevitáveis...

25) Sobre a falta de consistência ideológica do regime monárquico em seus últimos anos, veja-se o nosso ensaio sobre *O Positivismo no Brasil*, Petrópolis, 1948, *passim*, e José Maria Robledo, *La Filosofía en el Brasil*, México, 1946, p. 72.

26) *História Constitucional do Brasil*, Rio, 1915, p. 158.

27) *História da Faculdade de Direito de Recife*, Rio, 1923, vol. II, p. 39.

Brás Florentino era um monarquista consciente e, logo no prefácio,²⁸ vai dizendo que a polémica — na qual Zacarias de Góis teria um papel preponderante — em torno da referenda dos atos do Poder Moderador pelos ministros «comprometia a causa da verdadeira monarquia real».

Começa o seu livro mostrando que, desde Aristóteles, a atividade do Estado se considera como dividida em três direções, os clássicos três poderes. Mas a Constituição brasileira saía com um quarto. Vem logo a justificação, tirada, é claro, do «meteco» Benjamin Constant:

«O Poder Executivo reside de fato nos ministros... Mas, se a ação do Poder Executivo se torna 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 importante, enquanto aplica às ações individuais penas gerais mui severas, o rei tempera esta ação por seu direito de agradecer».

Brás Florentino completa, então, o raciocínio de Benjamin Constant:

«Ora, não sendo possível considerar como emanações 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».²⁹

Daí a primeira conclusão: para que se realize de maneira apropriada a divisão clássica de poderes, é necessário que haja um quarto poder, que equilibre os demais.

Isto porque os três poderes, se não estão em luta, estão de acôrdo, não por alguma harmonia preestabelecida, mas por haver um colocado os demais em sujeição.

A história brasileira é um longo exemplo da subordinação do Poder Legislativo à força do Executivo. Mesmo durante o Império, a época em que o parlamento possuiu maior influência em nossa política, mesmo durante o Império, a sujeição do Legislativo ao Executivo era um fato. Principalmente quanto às origens, dada a participação do governo no processo eleitoral. O Poder Moderador, porém, era utilizado de tal modo por D. Pedro II que os partidos se alternavam no poder como se estivesse tudo funcionando com a máxima exatidão.

A submissão de todos os poderes ao Executivo é, pois, o caso mais comum, registrando-se, não há dúvida, exemplos de sub-

28) *Do Poder Moderador — Ensaio de Direito Constitucional Contendo a Análise do Título V, Capítulo I, da Constituição Política do Brasil*, Recife, 1862, p. XII.

29) *Ibidem*, p. 4.

missão de todos os poderes ao Legislativo (França) e mesmo ao Judiciário.

A função, pois, do Poder Moderador consistia na manutenção do equilíbrio sem a sujeição de uns poderes aos outros. E' resolver o problema proposto por Ancillon:

«Dividir o poder, de maneira que o rei ou o personagem principal do estado não faça tudo por si mesmo, que êle não se perca nos detalhes, mas que abranja com uma vista d'olhos, *inspeccione* e *contenha* entretanto a função de cada órgão ou serviço em particular, e sirva a todos de ponto de reunião (...) tal é o grande, o difficil problema que até aqui tem sido raras vêzes resolvido de uma maneira satisfatória».

«Existem, nos Estados, três poderes ativos; o rei põe em movimento a máquina estatal de modo a concorrerem todos em harmonia».³⁰

Depois de haver estudado o Poder Moderador em relação aos demais órgãos do Estado, passa Brás Florentino a estudá-lo em si mesmo.

Deve residir na monarquia, na realza, pois somente o rei, por sua posição *sui generis* na sociedade, poderá ser «a mais alta expressão da soberania nacional (...), a vontade suprema da sociedade» (...) «Além do mais deve residir num poder que caiba ao rei distintamente do Poder Executivo. O rei é o chefe do Poder Executivo, como também o é o presidente de qualquer república, mas não exerce por si mesmo, exercendo de modo mais apropriado um outro poder, que é absolutamente privativo».³¹

Como conclusão deduz Brás Florentino: numa sociedade bem ordenada existe uma certa harmonia, uma hierarquia entre as coisas; o sistema do Poder Moderador, unificando na pessoa do rei todas as forças sociais, reconstitui o equilíbrio dentro do organismo nacional.

Daí o primeiro característico do Poder Moderador: caber a *uma* pessoa, ser «monárquico». O rei une e unifica as forças autônomas da sociedade sem uniformizá-las. Chave da abóbada, na expressão clássica, une o edifício e mantém em equilíbrio as suas paredes; tudo, porém, por efeito, única e exclusivamente, de sua posição. E, como viria dizer Maritain em nossos dias, «o ser durável é um caráter essencial do Bem Comum», será permanente esta pessoa que sintetiza e unifica a sociedade. A hereditariedade numa dinastia única, além de caracterizar esta permanência, terá outro resultado: manterá o príncipe equidistante de todas as classes, grupos e categorias sociais; seus interesses serão os interesses comuns de todo o povo e não os de determinado agrupamento

30) Ibidem, p. 13.

31) Ibidem, p. 37.

social. Como chefe do Estado, árbitro entre as forças sociais, o Poder Moderador é o unificador da política.

Não terminam aqui as suas atribuições: é o primeiro representante nacional. Enquanto a Assembléia representa a nação na diversidade de seus interesses regionais, ideológicos, de classe, etc., o rei, apenas um elo na cadeia que vem dos séculos, representa a Nação na unidade de permanência de seu ser.

Como consequência, a justificação da monarquia hereditária que garante a unidade, e a permanência da nação; dá-lhe um representante que efetivamente a representa, sem ser um simples chefe de partido como um presidente, ou um ditador, que, querendo realizar o ideal unificador da monarquia, elimina os adversários, para, em seu monólogo alucinado e fúnebre, fazer crer que fala em nome do povo, reduzido a um rebanho acorrentado.

Quem assegura, porém, que o monarca seja um verdadeiro rei e não um tirano?³²

Ora, segundo certo autor não nomeado por Brás Florentino, mas que parece ser Balmes, o problema do poder político encerra três posições distintas: a ordem, a estabilidade e a sua bondade específica. No caso concreto temos a realização da ordem pelo equilíbrio entre as forças, estabelecido pelo princípio do poder neutro; a da estabilidade, pela hereditariedade da coroa; e a da bondade específica, isto é, o amor da coisa pública, vem de que, ligando-se o destino da dinastia definitivamente à sorte do Estado, não poderá o monarca trair-se a si mesmo, traindo o seu dever.

Conclui-se, portanto, que, para unificar o poder, para assegurar a permanência e a constância de sua ação, para harmonizar as forças sociais, para dar à nação em sua totalidade espaço-temporal uma representação adequada, deve o poder supremo caber a um monarca hereditário, a um rei. Todavia, para que um monarca seja verdadeiramente um rei, uma figura colocada fora e acima das lutas da sociedade, mister se torna garantir a sua pessoa contra qualquer compromisso. Daí a Constituição considerar a pessoa do Imperador «inviolável e sagrada».

Para muitos êste dispositivo possuía um certo rango absolutista, bem desagradável. A argumentação do mestre de Recife é extremamente razoável. Não diz o artigo 26 da Constituição que os deputados e os senadores são invioláveis pelas opiniões que exprimem? Quer dizer que, sendo o Imperador o primeiro representante da nação, por certo que há de ter as garantias naturais ao exercício de seu poder.

Brás Florentino insurge-se logo contra as três consequências tidas por inevitáveis do princípio que vem de formular:

32) Os tratadistas antigos faziam questão, sempre, de distinguir a verdadeira monarquia do despotismo. Esta distinção faz parte dos lugares-comuns da ciência política desde os dias de Aristóteles.

- a) a impecabilidade do monarca por sua inutilidade *The king does no wrong — Because he does not nothing*;
 b) *le roi règne mais ne gouverne pas* e
 c) os atos do Poder Moderador exigem referenda obrigatória dos ministros.

Quanto à primeira, lembra logo a sua impiedade, pois ninguém é impecável. Considera tal máxima como sendo «monstruosa ficção do protestantismo inglês», o que é verdade.³³

Relativamente à segunda, tema de infinitos debates entre liberais e conservadores, principalmente entre liberais moderados como Nabuco e Zacarias que não desejavam alterações de substância, e sim de interpretação, e conservadores «puros» como Uruguai, Itaboraí, e o tradicionalista cujas idéias estamos comentando, surge logo o manifesto ilogismo da fórmula em sua interpretação clássica, não obstante estar, até certo ponto, mais perto da posição tradicional do que supõe. Brás Florentino lembra, de início, o exemplo dos *rois fainéants* e nota, com razão, que um rei inútil não se justifica.³⁴

Parece estranho, mas o douto pernambucano resolveu o problema virando os seus termos de pernas para o ar: o Imperador governa exercendo o Poder Moderador, privativo e específico. E com o velho Dicionário Moraes à mão lembra que «reinar» é *governar como rei*, uma espécie do gênero *governar*. Ninguém poderá deixar de *reinar* sem *governar*, pois *reinar* é um modo específico de *governar*. E' o mesmo que dizer-se de alguém que respira mas não vive... E conclui implacável:

«O Imperador obra precisamente como obra a Assembléa Geral ou o Poder Legislativo, isto é, por *manifestação de vontade*, por deliberação; e a menos que se queira arbitrariamente reservar o nome de ação ao *ato executivo* das leis unicamente, e cair assim no erro de considerar o Poder Executivo como o único *governante*, invertendo a ordem hierárquica que existe entre êle, o Moderador e o Legislativo (a mesma que entre o súdito e o soberano), é fôrça concluir conosco contra o publicista francês (Hello).³⁵

Como corolário desta argumentação investe-se contra Zacarias e os parlamentaristas mais intransigentes.³⁶ Alega, entre outras coisas, que os ministros são responsáveis pelos atos do Poder Executivo em consequência da inviolabilidade do monarca.

Textualmente: «O monarca não é inviolável porque os ministros são responsáveis, mas os ministros são responsáveis porque o monarca é inviolável».³⁷

33) Ibidem, p. 54 e seguintes.

34) Ibidem, p. 57 e seguintes.

35) Ibidem, p. 64 e 65.

36) Ibidem, p. 66 e seguintes.

37) Ibidem, p. 69.

O Imperador representa a nação em sua totalidade; os problemas políticos concretos são singulares e contingentes: se o monarca tomasse posição a respeito de qualquer solução, tornar-se-ia partidário dela, dos homens que a defendiam, do partido que a postulava e contra os homens e os partidos que a combatiam; deixaria de ser o rei para ser o chefe de um partido. Reconhece, pois, a responsabilidade dos ministros pelos atos do Poder Executivo, não entrando, porém, em maiores cogitações.

Creemos necessário fazer uma pequena digressão para evitar confusões. A Constituição mencionava apenas um tipo de responsabilidade ministerial, quando existem duas, a moral ou funcional e a política. A Constituição (artigo 133º) tratava da primeira. Os ministros, em caso de determinados crimes (traição, suspeita, abuso do poder, atentados à lei e às liberdades, etc.), seriam processados criminalmente na forma da lei de 15 de outubro de 1827. Se, por acaso, o Imperador quisesse ordenar alguns destes atos proibidos, não haveria ministro que os executasse por lhe cair sobre a cabeça a condenação.

Quanto à responsabilidade ministerial política, própria do sistema parlamentar, nada contém de desairosa ou inconveniente, é uma doutrina literalmente encontrada em Benjamin Constant: se os ministros administram indevidamente a coisa pública, os representantes do povo recusar-lhes-ão o necessário apoio no parlamento e os ministros serão substituídos por outros.

A posição real e efetiva de Brás Florentino, no que se refere ao parlamentarismo, é típica da atitude conservadora extremada e exemplo frisante de como sobrevinha sempre a confusão toda vez que, na interpretação constitucional, fugia-se da doutrina de Benjamin Constant.

O douto mestre pernambucano dedica um dos mais longos capítulos de seu ensaio à análise do direito de nomeação e demissão dos ministros pelo Poder Moderador. Preliminarmente, porém, responde com muita justeza³⁸ a Zacarias de Góis lembrando-lhe que, se a Constituição concede o Poder Moderador privativamente ao Imperador, não lhe concede o Executivo senão referendado pelos ministros.

O Imperador, sendo chefe do Poder Executivo, necessariamente não é este poder. Neste ponto³⁹ vamos encontrar Brás Florentino favoravelmente à máxima de Thiers, sem mencioná-la, é claro, mas pondo os argumentos na sua ordem. A fórmula «rei reina, mas não governa» de fato se aplica ao exercício do Poder Executivo, se «governar» é exercitar o Poder Executivo, que a Constituição atribuía explicitamente aos ministros. Vejamos Brás Florentino:

38) Ibidem, p. 171.

39) Ibidem, p. 182.

«Ora, adotando a monarquia constitucional representativa como a única forma de governo capaz de fazer a felicidade deste vasto Império, a Constituição não podia deixar de confiar ao Imperador o Poder Executivo supremo. Consagrando, porém, ao mesmo tempo a inviolabilidade do trono e da não interrupção do governo, ela não podia também deixar de retirar-lhe o exercício imediato da autoridade executiva, sob pena de fundar o reinado do arbítrio e deixar os direitos dos cidadãos sem garantia, comprometidos e expostos aos caprichos do despotismo. Daí vem a instituição do poder ministerial, que com o poder supremo do Imperador constitui todo o Poder Executivo do Estado».⁴⁰

Mais adiante confirma: Os ministros não são os *executores dos atos do poder Executivo*, senão participantes desse mesmo poder, em quanto pela sua assinatura concorrem para tornar executáveis os atos que são próprios dele».⁴¹

Temos, portanto, o primeiro termo de um silogismo: cabia aos ministros o exercício do Poder Executivo, chefiado pelo Imperador. O segundo termo é fornecido pela matéria do capítulo IX, que trata do direito de prorrogar ou adiar a assembléa geral e dissolver a Câmara dos Deputados. Ora, *«dissentimentos profundos, levantados entre essa Câmara e os ministros da coroa, podem perturbar e de tal sorte o equilíbrio e a harmonia dos poderes, que seja impossível o seu restabelecimento sem a dissolução da Câmara ou a demissão do ministério»*.⁴² E', naturalmente, atribuição do Poder Moderador sem referenda dos ministros, partes no caso, de decidir qual das alternativas deveria tomar. A dissolução era, pois, uma apelação ao juízo do povo, à vontade nacional.⁴³

Se os ministros exercitam o Poder Executivo, se a sua permanência depende da Câmara que lhes pode recusar meios de governar, como lembra Zacarias de Góis,⁴⁴ se, como reconhece Brás Florentino, pode o Imperador apelar para a decisão da opinião pública, sômente há uma conclusão para o nosso silogismo: *Ergo*, regime parlamentar. Ora, caberá ao baiano Zacarias de Góis a conclusão, pois que o pernambucano conclui, refugando explicitamente as duas autoridades máximas de Benjamin Constant e Chateaubriand, que: «entre os estorvos e embaraços (...) eu não descubro nenhum mais contrário à pureza do sistema constitucional, nem por conseguinte mais temível e condenável (...), que (...) a teoria segundo a qual o ministério deve sair da maioria das câmaras e os ministros ser ao mesmo tempo membros delas».⁴⁵ Quer

40) Ibidem, p. 182.

41) Ibidem, p. 187.

42) Nos já citados "Conselhos à Regente", D. Pedro II se refere mais de uma vez à dissolução da Câmara dos Deputados como uma solução repleta de inconvenientes, que devia ser evitada, sempre que possível.

43) Ibidem, pp. 152, 153.

44) Zacarias de Góis e Vasconcelos, *Natureza e Limites do Poder Moderador*, p. 241.

45) Brás Florentino, *Do Poder Moderador*, p. 192.

dizer, os ministros devem ter a confiança das câmaras, pois expressam a participação da representação nacional, nomeados «livremente», porém. Se a doutrina é substancialmente inconstitucional como lembra Zacarias,⁴⁶ torna-se tal, mais explicitamente ainda, pela argumentação de Brás Florentino, que como prova da liberdade absoluta de escolher ministros reproduz o que dispõe a Constituição sôbre o Conselho de Estado, que o Poder Moderador deve ouvir, para o exercício de suas funções, menos sôbre a designação de ministros. Ora, o texto constitucional referente ao Conselho de Estado fôra revogado pelo Ato Adicional e, quando se restabeleceu o Conselho em 1841, qual o argumento que Bernardo de Vasconcelos usou para defender tal ato, aparentemente uma reforma constitucional por via de lei ordinária? E' que, se o Ato Adicional abolira o Conselho de Estado, não proibira que se criassem outros. E o nôvo nada teria com o velho, tanto que a questão dos ministros passara à atribuição do Conselho...

Com palavras indignadas, deixando de lado Chateaubriand, Benjamin Constant, Pimenta Bueno e substituindo-os por Bastiat, investe contra o texto constitucional (artigo 29) que permite a nomeação de deputados e senadores para os cargos de ministro ou conselheiro. Acha isto um perfeito absurdo, pois estimula a ambição dos deputados, e impede que pessoas competentes, mas fora da política, sejam aproveitadas. Critica a formação de ligas partidárias para derrubar ministérios, as transações de tôda sorte e as lutas desvairadas entre ministros e deputados. Apenas, esqueceu-se de um detalhe: que a Constituição «associou a monarquia e a democracia, dando a esta assinalada influência», conforme lembra Zacarias com muita razão.⁴⁷ Compete aos ministros a administração da coisa pública: necessariamente devem vir do povo, como instrumentos que são da vontade popular. No Poder Executivo unem-se as duas vontades nacionais, a do Estado, pelo Imperador, e a do povo, pelos ministros responsáveis perante o Parlamento. Citemos Zacarias que coloca a questão em seus termos:

«A Constituição, que declara os poderes políticos delegação do povo, a Coroa impecável, os ministros responsáveis, a Constituição, que, conferindo ao chefe do Estado a nomeação dos ministros, dá às Câmaras, principalmente à temporária (pelo voto do impôsto e do recrutamento) o direito de recusar-lhes meios de existir, essa Constituição, qualquer que seja, confere às câmaras (e com especialidade à eletiva) uma justa participação no governo do Estado, ou, por outros termos, estabelece o governo parlamentar».

«Ora, todos êsses caracteres do governo parlamentar são bem legíveis em nossa Constituição, na qual, de mais, se nota, com diferença de outros países, o veto suspensivo, que, segundo Thiers,

46) *Loc. e op. cit.*, p. 242.

47) Ibidem, p. 253.

converte a denegação do assentimento da coroa aos projetos de lei das câmaras em *um verdadeiro apêlo à autoridade nacional*.⁴⁸

Quando chega o ensejo de acentuar o caráter democrático da Constituição os liberais levam sempre a melhor; na ocasião de lembrar a sua essência monárquica, os conservadores ganham sempre...

Assim, pois, também no terceiro dos temas cujo debate estamos estudando, o da referenda dos atos do Poder Moderador pelos ministros. Não acompanharemos pormenorizadamente a argumentação do filósofo pernambucano, por ser assunto analisado com mais vagar em outro local. Lembraremos apenas que o texto da Constituição é explícito; não teria nenhuma razão de ser um Poder Moderador referendado pelos ministros, pois como pode ser alguém parte e juiz ao mesmo tempo? E também pelo fato de caber ao Conselho de Estado a responsabilidade dos atos do Poder Moderador.

Estudaremos agora as conclusões a que chega o notável pensador:

«O Poder Moderador é um poder neutro porque, sem participar diretamente das funções próprias dos outros poderes chamados ativos, poderes com iniciativa para o estabelecimento do que não existe, acha-se colocado no meio e acima deles como uma autoridade ao mesmo tempo superior e intermediária, sem interesse em desarranjar o equilíbrio, mas tendo, pelo contrário, todo o interesse em mantê-lo, no que consiste a sua missão».⁴⁹

Esta fórmula, de fato, liquida a questão da referenda ministerial dos atos do Poder Moderador.

Outra conclusão: sendo o Brasil uma realza, dentro da triplíce classificação das formas de governo, é um regime misto, constitucional ou representativo, sistema em que a soberania é delegada mas não exercida diretamente. Mas, no nosso caso, além de misto, o governo é monárquico:

«O poder soberano é confiado a um *chefé único* com a participação do elemento aristocrático e do elemento popular em certos atos do poder».⁵⁰

Não sendo monarquia absoluta, o rei não é legislador, e, como deve manter a sua posição excepcional em face dos interesses em luta, surgiu a necessidade de conceder aos povos uma garantia, a de «que os fatos e atos particulares e definidos do Poder Executivo não se façam sem uma responsabilidade positiva da parte de seus autores».⁵¹ Estabeleceu-se, então, o Poder Ministerial, desdobramento do Poder Executivo, cujo depósito e chefia conservou-se ao monarca, cabendo aos ministros o exercício. Conclusão: com-

48) Ibidem, p. 241.

49) Ibidem, p. 510.

50) Ibidem, p. 524.

pete ao Imperador reinar, pelo exercício do Poder Moderador; governar, fazendo com os ministros, responsáveis perante as câmaras, o Poder Executivo; aos ministros e aos presidentes de Províncias a administração.

Como bom tradicionalista, não era Brás Florentino entusiasta do sistema parlamentar, que considerava como propício à formação de uma oligarquia de ministros e deputados.⁵² Esquecia-se, porém, que o parlamentarismo do tipo ortodoxo jamais se realizaria no Brasil precisamente pela qualidade singular de nossa Constituição, com o Poder Moderador delegado privativamente ao Imperador para manter o equilíbrio dentro da sociedade e do Estado.

As leis, afinal, não podem tudo, por seu alcance limitado. Para Brás Florentino a Constituição era ótima, mas o regime estava sendo falseado. Um parlamentarismo realizado de modo radical entregaria o poder às camarilhas e às oligarquias, pois os ministros fariam as câmaras que os apoiassem. O Poder Moderador, invertendo periodicamente as situações políticas, procurava destruir as oligarquias para que o povo governasse.

Não era apenas um conservador o ilustre pensador de Recife, mas um tradicionalista, também; e nomes como De Maistre, Bonald, Donoso Cortés, Balmes, Ancillon, Ventura, etc., surgem constantemente sob sua pena.

De Ancillon são estas palavras que transcreve ao findar o livro:⁵³

«Ainda ninguém achou constituição que haja garantido as vistas e os sentimentos dos que têm em mãos o poder. A educação

51) Ibidem, p. 530.

52) E por que não? Poderíamos trazer à colação as páginas vibrantes e apaixonadas de Rui Barbosa, constantes dos 8 volumes de *A Queda do Império* (Edição Oficial), e nas quais o tribuno, nas idas e vindas de sua polêmica, acaba reconhecendo, de modo mais ou menos claro, que a situação criada pela doença do Imperador e pela atuação inexperiente da Princesa permitira aos ministros e chefes de partidos uma liberdade de ação que se desconhecia antes. E, segundo Rui, para o mal. Por suas razões ideológicas e outras, ele acreditava em tais ou quais reformas liberais, e na limitação da "influência nefasta" da coroa, como os caminhos naturais. Os antigos "sabiam" que numa autoridade neutra estaria a solução. Rui não compreendia muito nitidamente, então, que não era propriamente a Coroa que perturbava as eleições, e sim os ministros muito humanamente desejosos de não perderem as posições. Rui, sem querer, demonstra a tese conservadora e neutraliza seus comentários doutrinários, pela análise concreta dos fatos.

A posição de Benjamin Constant a respeito do sistema parlamentar pode ser definida do seguinte modo, de acordo com a doutrina exposta no *Cours de Politique Constitutionnelle*, vol. I, p. 87 e seguintes. Em primeiro lugar, considera que a declaração formal de que os ministros são indignos da confiança pública constitui um desrespeito ao monarca, e convém rejeitar esta maneira de colocar a questão. Em seguida, porém, B. Constant reconhece que tal declaração, de fato, existe sempre que os ministros perdem a maioria: "nenhum ministro se manterá se não tem por si o maior número de votos, a menos que apele ao povo, por meio de novas eleições. Neste caso, estas eleições novas serão a pedra de toque da confiança a este ministro". Finalmente, infringiria o regime uma extensão do sistema a ponto de permitir que, de certo modo, venha o parlamentar forçar o monarca a nomear os ministros sem direito de escolha. Em suma: o monarca deve escolher os ministros segundo a situação política expressa nas eleições. Convém assinalar que o parlamentarismo "ortodoxo" era desconhecido naquela época e nunca foi praticado rigorosamente na própria Inglaterra, até bem pouco tempo.

53) Brás Florentino, *Do Poder Moderador*, p. 597.

e a religião garantem ambas as coisas. Vê-se pois daí claramente que, apesar de todos os esforços tentados para reduzir tudo à arte da política, a vida do Estado é inteiramente ligada à vida da Igreja. O Estado protege a Igreja e a Igreja santifica o Estado. . . Nas Monarquias, o trono descansa sobre o altar enquanto os princípios e os sentimentos que emanam do altar prendem e unem o trono ao povo e o povo ao trono». Os sustentáculos invisíveis dos povos não são os mais fracos e os garantidos invisíveis dos povos não são os menos seguros».

Ele encerra o livro citando Leibniz e um escritor que não menciona, defendendo ambos a extensão da Fé, como a mais elevada missão do rei.

União entre o trono e o altar e concepção sacral da política: a doutrina tradicionalista, no que tem de mais característico em defesa da Constituição do Brasil! — Não poderia haver surpresa igual.

§ 6. O SENTIDO DO PODER MODERADOR

Ao aplicar ao Brasil as doutrinas de Benjamin Constant, fugindo ao modelo comum das Constituições monárquicas, os autores da Constituição do Império revelaram ao mesmo tempo audácia e bom-senso, pelo fato de, criando uma área reservada «privativamente» ao monarca, escaparem à série de questões que, em toda parte (inclusive, não obstante, no Brasil), a atribuição, aliás inevitável, da chefia do Executivo ao rei costuma trazer; idéia ousada, pois estavam lançando a arma muito longe demais no futuro.

O romântico autor de *Adolphe* teve o mérito de compreender, como raros, a verdadeira função do rei, em geral, e numa nação livre, em particular. Fugindo a equívocos oriundos de circunstâncias modernas, viu longe, concluindo pela conceituação da função régia antes como a representação da unidade nacional e fonte do poder, do que mesmo como executora de atos de governo.

A idéia foi bem fixada na Constituição. Dificuldades de ordem técnica, porém, retiraram das atribuições puramente magestáticas a nomeação dos juizes e dos presidentes de província, a primeira, aliás, proposta diretamente pelo autor francês. Os mestres do pensamento imperial — Uruguai, Pimenta Bueno, Brás Florentino, Vasconcelos, Alves Branco — disseram coisas muito exatas e pertinentes a respeito e não precisamos repetir o que tantas vezes já foi dito. O Poder Moderador é um poder exercido pelo Imperador, privativamente por ele, sem a responsabilidade dos ministros, e destinado a fixar, graças a uma verdadeira magistratura neutra e imparcial, os limites e atribuições dos demais poderes. Podemos dizer que, se cotejarmos a doutrina de Benjamin Constant e de seus

comentaristas brasileiros com a tradição mais sólida das monarquias européias, concluiremos que o rei, antes de tudo, é o *representante* supremo e universal da comunidade, mais do que um *governante* em sentido estrito.

Como chefe do Poder Executivo, cabia ao Imperador, pela teoria (e sob pena de falsear tudo), uma «suprema inspeção», a fiscalização superior, sobre o governo, mas não a direção dos negócios, a cargo do presidente do Conselho.

Devemos distinguir, nesta questão do Poder Moderador, a teoria e o fato. A teoria pressupunha uma vida parlamentar autêntica, eleições representativas, e pois um ministério efetivamente responsável. O fato: a tragédia política do Império, a eterna e estéril discussão em torno da questão do «poder pessoal» do Imperador. Realmente, por três vezes D. Pedro II criou uma questão de gabinete e fez sair, digamos assim, por sua responsabilidade própria, um ministério. Não foi muito, convenhamos, e dificilmente se pode negar a justiça e a justiça da decisão imperial. Mas, em termos da teoria da monarquia constitucional, sempre ficou «descoberta a coroa». Todavia, sempre as eleições ratificaram a decisão imperial. O povo, assim, «cobriu a coroa», por seu lado, tornando desnecessária a responsabilidade ministerial. Aliás, os defensores da posição do Imperador poderiam alegar a confirmação eleitoral da solução adotada.

Mas aí é que estava o problema; devido as nossas condições sociais de país agrário e despovoado, não era possível haver eleições autênticas.

O resultado prático foi uma espécie de desvirtuamento da doutrina de Constant, desvirtuamento impôsto pelos fatos, de real utilidade, mas com seus inconvenientes. O certo é que o Imperador do Brasil não conseguia jamais, apesar de esforços por vezes heróicos de D. Pedro II, ser aquela figura puramente neutra da teórica doutrina do publicista francês. Como os parlamentos não representavam autênticamente o corpo eleitoral e os gabinetes não eram expressão genuína da vontade nacional expressa em eleições, acabaram expressando a vontade nacional encarnada na pessoa do Imperador. . . O soberano, esta a verdade, entrava demais nas questões políticas, por força das circunstâncias. Se, afinal, isto conseguiu fazer o governo de gabinete funcionar e dotar o país de administrações que refletiam a opinião pública, não podemos deixar de reconhecer que a teoria saiu com muitos arranhões.

Podemos resumir a questão do Poder Moderador dizendo que D. Pedro II se limitava a exercitar as seguintes atribuições: a) decidir as crises de gabinete; b) nomear os senadores; c) exercer um controle supremo a respeito da constitucionalidade das leis.

De tôdas elas, sòmente a primeira possuía importância política. Aplicando de maneira correta o «livremente» da Constituição, o Imperador decidia por si, ouvindo embora, na maioria das vèzes, o Conselho de Estado sòbre se devia conceder, ou não, demissão ao ministério, se devia, ou não, dissolver o Parlamento. Era o único juiz da conveniência da solução. O texto da Carta Magna o amparava e não se pode dizer que contrariava o espírito da doutrina do publicista francês.

Certamente isto não queria dizer que era um poder arbitrário e sem péias. O «livremente» da Constituição (§ 6º do artigo 101) queria dizer que a ação do Imperador era, no caso das questões de gabinete, incondicionada. Podia, evidentemente, escolher um partido em minoria na Câmara dos Deputados, dissolvê-la e convocar novas eleições. Ficaria, certamente, em má situação se a nova Câmara garantisse a situação decaída. Em tais casos, o mais alto interesse público e a prudência mais certa deviam orientar a sua atitude.

Por três vèzes apenas D. Pedro II aplicaria de maneira radical o poder de decidir «livremente» as questões de gabinete, forçando mesmo a saída de governos. Em geral, deixava que as coisas corresse naturalmente. D. Isabel, no caso da queda de Cotegipe, agiu, também, com tôda a força de seu poder majestático, mas tratava-se da Abolição.

Em resumo, se o Imperador podia exercer «livremente» as atribuições constitucionais com relação ao problema máximo de parlamentarismo não quer dizer que pudesse exercer êste poder de maneira caprichosa. E havia a questão grave de os gabinetes «fazerem» as Câmaras que os apoiavam. D. Pedro II era o primeiro a reconhecer que, com eleições autênticas, metade do problema estaria resolvido.

Deixando de lado a questão da nomeação dos senadores, de pouco interesse prático (o corpo eleitoral da província designava uma lista triplíce, na qual o Poder Moderador escolhia um nome), passemos ao que podemos considerar atribuições judiciárias do monarca.

Tirante o direito de graça, que não podemos considerar específico, mas que servia, de certo modo, como corretivo a sentenças por demais rígidas, ou a uma atenuação do espírito de extrema rigidez legal, dentro da linha de equilíbrio entre a lei e o espírito, assinalada pela *Pacem in Terris* (nº 72), temos um poder que a Constituição não previu diretamente, mas que o caráter puramente consultivo do Conselho de Estado e as limitadas atribuições do Supremo Tribunal de Justiça acabaram por atribuir concretamente ao Imperador: o contròle prévio da constitucionalidade das leis. Tôda a lei, antes de ser apresentada ao Parlamen-

to, era discutida no Conselho de Estado, que considerava não sòmente a conveniência puramente técnica da medida, como também o seu caráter de maior ou menor constitucionalidade.

Um pouco a lei, e principalmente os fatos, fizeram do Imperador o guardião vivo da Constituição, esta a verdade. Daí o Visconde de Uruguai dizer que o Poder Moderador era um poder conservador ou preservador.⁵⁴ Isto é, um poder destinado a manter a Constituição, os princípios gerais da ordem jurídica. Pimenta Bueno⁵⁵ apresenta razões eloquentes em favor do veto e da sanção, que se aplicam ao caso. Quer dizer, o Imperador, interessado no bom êxito da vida nacional e na integridade das instituições, garantiria, acima de tudo, a estrutura jurídica nacional. E como era um homem, «lei viva», aconselhado pelas figuras mais eminentes e no seio das lutas políticas, mas acima delas, poderia dar um sentido plástico a esta preservação da ordem jurídica, amenizando ao calor da vida a rigidez das leis. Assim a teoria e assim os fatos.

Graças a isto, o Império passou a ter uma perfeita forma de integração política, através da inserção dos Interesses Seccionais representados pela Assembléia e pelo Conselho de Ministros e Paixões da Hora (presentes por todos os lados) no quadro das Razões Nacionais, postas em ato pelo Poder Moderador suprapartidário, primeiro representante da Nação, interessado diretamente com ela no bem-estar e na felicidade da comunidade brasileira. Assim o expôs muito bem o douto Pimenta Bueno:

«O depositário dêste grande poder neutro deve estar cercado de todos os respeitos, tradições e esplendor, da força da opinião e do prestígio. A consciência nacional precisa crer que, superior a tôdas as paixões, a todos os interesses, a tôdas as rivalidades, ninguém pode ter maior desejo e glória do que êle em que os outros poderes ativos funcionem segundo os preceitos fundamentais do Estado e façam a felicidade dêste».

«E quem tem todos os meios de observar as suas tendências, a força necessária para reprimir as paixões, é quem está sòbre a cúpula social vigiando os destinos da nação».

«O exercício do poder moderador é que evita nos perigos públicos o terrível dilema da ditadura ou da revolução; todos os atributos do monarca levam suas providentes vistas a não querer nem uma nem outra dessas fatalidades, que quase sempre se entrelaçam e reagem».⁵⁶

Graças a isto, enquanto o Imperador representava a nação no que tem de uno e permanente, os outros corpos políticos a representavam no que tem de vário e múltiplo, e ocupava a suprema

54) *Direito Administrativo*, pp. 262 e seguintes, da edição de 1960.

55) *Direito Público*, nº 180.

56) *Ibidem*, p. 202 (edição de 1958).

magistratura nacional, a quem cabe julgar os demais poderes, não governando, mas nomeando os governantes, não dirigindo, mas fiscalizando os dirigentes, realizando praticamente a distinção estabelecida por Assis Brasil, que, preso aos quadros do presidencialismo, não teve meios de ir ao fim de sua argumentação:

«A eleição do chefe de Estado por sufrágio popular transforma-se em um caso de plebiscito. Escolher presidente e escolher deputados não é a mesma operação, nem sequer analogia existe entre ambas».

«A linguagem costumeira emprega para os dois cargos a palavra *eleger*».

«*Eleger, eligere*, é sempre escolher, nomear, designar, se apenas dermos atenção ao sentido etimológico do vocábulo; ele exprime, porém, coisas bem distintas entre si, conforme a aplicação objetiva. *Eleger* deputados — homens da confiança do povo, representantes das várias opiniões em que este se divide, que terão de discutir as idéias, fazer as leis ordinárias, arbitrar os recursos de que poderá dispor o governo e fiscalizar a aplicação delas — é hipótese completamente diversa da de designar o mais alto dos funcionários, o que há de presidir ao governo e à administração e ser o mais patente titular do exercício da soberania nacional. Adotando o sentido usual das palavras, eu diria: «Os representantes devem ser *eleitos*, o presidente *nomeado*».

«A designação dos representantes requer apenas um elemento — a confiança política dos eleitores».

«Deve, por isso mesmo, ser exclusivamente entregue ao povo e só há de ser legítima quando no conjunto refletir a imagem perfeita da opinião popular. A escolha de chefe de Estado é, pelo contrário, mais um ato de administração do que de soberania. É uma operação que demanda trabalho prévio de ponderação e raciocínio, inconciliáveis com a imaleabilidade do sufrágio popular».

«A opinião manifesta-se intransigentemente e assim convém que seja; mas aos atos do governo deve corresponder o mais pronunciado espírito de tolerância e *eleger* presidente não é constituir um representante, é fazer o primeiro dos funcionários públicos».

«Não se confia ao arbítrio popular a nomeação dos juizes, nem a dos especialistas dos vários ramos dos serviços públicos; menos se lhe deve reconhecer competência para *eleger* o magistrado dos magistrados e chefe de todos os serviços e administrador supremo da coisa pública. É da natureza do eleitorado popular que os seus movimentos sejam como de um ser inarticulado; há de manifestar-se por sim ou por não, pela única força da preponderância numérica, seja esta de um partido homogêneo ou já de uma coligação. Não é preciso recordar que me refiro aos eleitores que forem chamados a resolver uma dada questão de admi-

nistração, como é a nomeação de funcionários; não falo dos que têm de *eleger* representantes».⁵⁷

Este poder deve caber ao soberano, conforme a lição de Benjamin Constant:⁵⁸

«Il faut un pouvoir constitutionnel qui ait toujours se que la Ballia avait d'utile, et qui n'ait jamais ce qu'elle avait de dangereux; c'est-à-dire qui ne puisse ni condamner, ni incarcérer, ni dépouiller, ni proscrire, mais qui se borne à ôter le pouvoir aux hommes ou aux assemblées qui ne sauraient plus longtemps le posséder sans péril».

«La monarchie constitutionnelle résout ce grand problème; et pour mieux fixer les idées, je prie le lecteur de rapprocher mes assertions de la réalité. Cette réalité se trouve dans la monarchie anglaise. Elle crée ce pouvoir neutre et intermédiaire: c'est le pouvoir royal séparé du pouvoir exécutif. Le pouvoir exécutif est destitué sans être poursuivi. Le roi n'a pas besoin de convaincre ses ministres d'une faute, d'un crime ou d'un projet coupable pour les renvoyer; il les renvoie sans les punir: ainsi, tout ce qui est nécessaire a lieu, sans rien de ce qui est injuste; et, comme il arrive toujours, ce moyen, parce qu'il est juste, est encore utile sous un autre point de vue».

«C'est un grand vice dans toute constitution, que de ne laisser d'alternative aux hommes puissants, qu'entre leur puissance et l'échafaud».

«Il y a, entre la destitution du pouvoir exécutif et son châtiment, la même différence qu'entre la dissolution des assemblées représentatives et la mise en accusation de leurs membres. Si l'on remplaçait la première de ces mesures par la seconde, nul doute que les assemblées menacées, non-seulement dans leur existence politique, mais dans leur existence individuelle, ne devinssent furieuses par le sentiment du péril, et que l'État ne fût exposé aux plus grands maux. Il en est de même du pouvoir exécutif. Si vous substituez à la faculté de le destituer sans poursuit celle de le mettre en jugement, vous excitez sa crainte et sa colère: il défendra son pouvoir par sa sûreté. La monarchie constitutionnelle prévient ce danger. Les représentants, après la dissolution de leur assemblée, les ministres, après leur destitution, rentrent dans la classe des autres citoyens, et les résultats de ces deux grands pré-servatifs contre ces abus sont également efficaces et paisibles».

«Des considérations du même genre s'offrent à nous, quand il s'agit de la responsabilité».

«Un monarque héréditaire peut et doit être irresponsable; c'est un être à part au sommet de l'édifice. Son attribution qui lui est particulière et qui est permanente non-seulement en lui, mais

57) *Do Governo Presidencial na República Brasileira*, Lisboa, 1896, pp. 239-242.
58) *Cours de Politique Constitutionnelle* (edição de 1861), pp. 23 a 25.

dans sa race entière, depuis ses ancêtres jusqu'à ses descendants, le sépare de tous les individus de son empire. Il n'est nullement extraordinaire de déclarer un homme inviolable, lorsqu'une famille est investie du droit de gouverner un grand peuple, à l'exclusion des autres familles, et au risque de toutes les chances de la succession».

«Le monarque lui-même se prête sans répugnance à la responsabilité de ses ministres. Il a des biens plus précieux à défendre que tel ou tel détail de l'administration, tel ou tel exercice partiel de l'autorité. Sa dignité est un patrimoine de famille, qu'il retire de la lutte, en abandonnant son ministère. Mais ce n'est que lorsque la puissance est de la sorte sacrée, que vous pouvez séparer la responsabilité d'avec la puissance».

«Un pouvoir républicain se renouvelant périodiquement, n'est point un être à part, ne frappe en rien l'imagination, n'a point droit à l'indulgence pour ses erreurs, puisqu'il a brigué le poste qu'il occupe, et n'a rien de plus précieux à défendre que son autorité, qui est compromise dès qu'on attaque son ministère, composé d'hommes comme lui, et avec lesquels il est toujours de fait solidaire».

«Rendre le pouvoir suprême inviolable, c'est constituer ses ministres juges de l'obéissance qu'ils lui doivent. Ils ne peuvent, à la vérité, lui refuser cette obéissance qu'en donnant leur démission; mais alors l'opinion publique devient juge à son tour entre le pouvoir supérieur et les ministres, et la faveur est naturellement du côté des hommes qui paraissent avoir fait à leur conscience le sacrifice de leurs intérêts. Ceci n'a pas d'inconvénients dans la monarchie héréditaire. Les éléments dont se compose la vénération qui entoure le monarque, empêchent qu'on ne le compare avec ses ministres, et la permanence de sa dignité fait que tous les efforts de leurs partisans se dirigent contre le ministère nouveau. Mais dans une république, la comparaison s'établirait entre le pouvoir suprême et les anciens ministres; elle mènerait à désirer que ceux-ci devinssent le pouvoir suprême, et rien, dans sa composition, ni dans ses formes, ne semblerait s'y opposer».

«Entre un pouvoir républicain non-responsable, et un ministère responsable, le second serait tout, et le premier ne tarderait pas à être reconnu pour inutile. La non-responsabilité force le gouvernement à ne rien faire que par ses ministres. Mais alors quelle est l'utilité du pouvoir supérieur au ministère? Dans une monarchie, c'est d'empêcher que d'autre ne s'en emparent, et d'établir un point fixe, inattaquable, dont les passions ne puissent approcher. Mais rien de pareil n'a lieu dans une république, où tous les citoyens peuvent arriver au pouvoir suprême».

E o seu fim é a preservação da ordem jurídica para permitir que a Justiça e a Liberdade, afinal, a Paz se realize na sociedade política.

CAPITULO VI

A MONARQUIA HEREDITARIA

§ 1. A DINASTIA

Esse Poder Moderador que a Constituição reservava ao chefe do Estado transmitia-se hereditariamente na casa de Bragança, ou, mais precisamente, na descendência de D. Pedro I. A razão de semelhante processo de sucessão é bem conhecida: um chefe de Estado, que atinge ao poder por meio de herança, colocar-se-á, naturalmente, em posição de elevada transcendência com relação aos grupos sociais e interesses particularistas. O rei não tem partidos: um rei chefe de partido, ou solidário com algum partido, torna-se *ipso facto* uma contradição nos termos.

Dirá Benjamin Constant, o inspirador da Constituição: «*Un monarque héréditaire (...)* est un être à part au sommet de l'édifice. Son attribution qui lui est particulière et qui est permanente, non-seulement en lui, mais dans sa race entière, depuis ses ancêtres jusqu'à ses descendants, le sépare de tous les individus de son empire».¹

Não tendo interesses solidários com quaisquer partidos, classes, grupos ou regiões, mas com a nação em conjunto, no tempo e no espaço, o monarca fará justiça reta e igual a todos, fiel da balança entre partidos, classes, grupos e regiões. Para que este ideal da neutralidade do Estado no seio da sociedade seja uma realidade, impõe-se a hereditariedade do poder supremo, pois um magistrado eleito terá sempre seus compromissos partidários, de origem, de classe, de região... Daí a posição singular da Dinastia — é que não se escolhe um homem e, sim, uma família, quando se adota o sistema monárquico, e como todo privilégio limita tanto a ação dos seus detentores como a dos demais (o tabu é sempre ambivalente), a posição especial da Dinastia não visa unicamente a separação dos príncipes, para conservá-los fora da condição comum; mas, e também, eliminar os efeitos socialmente desastrosos da concorrência e da intervenção das «pessoas reais» na vida particular dos cidadãos. Um rei, afinal de contas, é uma espécie de prisioneiro de seus privilégios e prerrogativas.

1) *Cours de Politique Constitutionnelle*, Paris, 1861, vol. 1, p. 24.