

DA NATUREZA E LIMITES
DO
PODER MODERADOR

POR
K. de Góes e Vasconcellos.

The peculiar evil of silencing the expression of an opinion is that it is robbing... those who dissent from the opinion, still more than those who hold it. If the opinion is right, they are deprived of the opportunity of exchanging error for truth; if wrong, they lose, what is almost as great a benefit, the clearer perception of truth, produced by its collision with error.

(STUART MILL. — *On Liberty.*)

SEGUNDA EDIÇÃO

RIO DE JANEIRO

TYPOGRAPHIA UNIVERSAL DE LAEMBERT

Rua dos Invalidos, 61 B

—
1862

IV

Se a doutrina da delegação exclusiva tanto do poder moderador como do executivo ao Imperador é nociva á monarchia.

A Constituição do Imperio diz no art. 9:

« A divisão e harmonia dos poderes politicos é o principio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias que ella offerece. »

E' esse artigo didactico a consagração do preceito que Montesquieu estabeleceu do seguinte modo :

« Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo se reúne ao executivo, deixa de haver liberdade, por que é de temer que o mesmo monarcha ou o mesmo senado faça leis tyrannicas para tyrannicamente executa-las. Da mesma sorte soffre a liberdade se o poder judicial não é separado do legislativo e do executivo. Se estivesse reunido ao legislativo seria illimitadamente arbitrario o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos, e, rennindo-se ao executivo, o juiz poderia ter a força de um oppressor (*).

Montesquieu exprimindo-se assim, não se referia á divisão de attribuições monarchicas como formando dous poderes distinctos, porque, segundo observa

(*) *De l'Esprit des lois*, L. 11, cap. 6.

Madisson (*) elle tinha os olhos sobre a Constituição de Inglaterra como os poetas epicos sobre Homero, e na Constituição Ingleza o chamado poder real ou moderador não se destaca do acervo de attribuições, que constituem o poder executivo para fazer um poder à parte. Nem julgava essa divisão interessante à liberdade dos cidadãos, porque, não obstante a accumulção de funções de que a corôa está de posse, o cidadão inglez é livre, e tanto mais allivamente livre, quanto só a elle nos tempos modernos é dado repetir, em qualquer parte do mundo, o — *civis romanus sum*.

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

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

Commetter ás camaras com a sancção do Imperador a faculdade de legislar, a de executar ao elemento monarchico, e a juizes e jurados a de julgar, isto é, a pessoas não só diversas mas entre si independentes, é dividir o poder de um modo tão claro e real quanto é possivel; mas, desannexar das faculdades que em todas as monarchias competem ordinariamente ao chefe do Estado um grupo com o nome de poder moderador para conferi-lo, como um poder à parte, à corôa, que aliás possue, em o meu entender, a plenitude, e no do

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

autor do *Ensaio*, a melhor parte (pois que é chefe) do poder executivo, é apenas fazer dous grupos de attribuições — porque no moderador o rei é unico, ou executivo unico, ou, pelo menos, principal : em ambos, consequentemente, prepondera a mesma individualidade, o que propriamente não importa divisão de poder, se dividir o poder é colloca-lo em mãos diversas.

Que a divisão entre o poder moderador e executivo não é caracterizada como a que existe entre os outros poderes, o autor do *Ensaio*, apesar de se mostrar tão estrenuo adversario da necessidade da referenda e responsabilidade ministerial nos actos do poder moderador, solemnemente o reconhece escrevendo os periodos, que vou transcrever.

Diz o autor á pag. 104:

• Em quanto o poder moderador e o executivo estão conformes não ha necessidade de distinguir e separar seus actos. Formam um todo politico. *Vis unita fortior.* •

E acrescenta á pag. 113:

• Quando se pretende que, conforme a Constituição, os actos do poder moderador sejam exequiveis sem referenda, e sem a responsabilidade *quer legal, quer moral* dos ministros, não se quer excluir sempre os ministros e a sua responsabilidade moral, não se pretende que cada poder marche para seu lado em direcções diversas. Semelhante pretensão seria absurda e funesta.

• O que se pretende é que fique bem entendido e patente que, havendo desacordo entre os dous

poderes, quando perigar a independencia dos poderes, quando estiver perturbado o seu equilibrio e harmonia (hypotheses da Constituição) possa o poder moderador, coberto pelo conselho de estado, obrar eficazmente como e nos termos que a mesma Constituição determinou, e *que ninguem possa obstar á execução de seus actos com o fundamento de que não estão revestidos da referenda dos ministros de outro poder.*

• Quer-se que sobre tudo, nas grandes crises, a corôa tenha a necessaria largueza e força para evitar ou fazer abortar as revoluções. •

Resulta da expendida doutrina do *Ensaio*:

1.º Que o poder moderador e executivo, em quanto existe acordo entre elles, formam um todo politico — *vis unita fortior*, — e não é necessario distinguir e separar os seus actos.

2.º Que só em casos extraordinarios e havendo desacordo entre o poder executivo e moderador, cumpre que este prescindia da referenda dos ministros sobre tudo para evitar ou fazer abortar revoluções.

Deixando para outro lugar a apreciação da virtude que o autor do *Ensaio* descobre na falta de referenda para evitar ou fazer obstar revoluções, creio concluir com toda lealdade, dos periodos supra-transcriptos, que na opinião do Sr. V. de Uruguay a separação do poder moderador e executivo não é igual á dos outros poderes.

A separação dos outros poderes—legislativo, executivo e judicial,— o autor não pôde deixar de reconhecer lo, é e deve ser completa em todos os tempos e circumstancias, porque no momento em que se confundirem, desapparecendo o meio seguro de tornar

effectivas as garantias constitucionaes, de que falla o art. 9 da Constituição, feito é da liberdade.

Não assim a respeito da separação do poder moderador e executivo, segundo a theoria do proprio *Ensaio*. Elle a quer a bem dizer latente a maior parte do tempo, e que só se faça sentir em occasiões de crise. Quer que annos e annos se não trate de distinguir, de separar o poder executivo do moderador, comtanto que em conjuncturas graves o poder moderador se divorcie do executivo e faça economia separada até que voltem os tempos normaes.

Que analogia ha, logo, entre a separação dos poderes legislativo, executivo e judicial, e a do moderador e executivo? Ou que motivo tendes para recear a confusão de dous poderes que vós mesmos desejais ver sempre unidos de modo a não se distinguirem os seus actos? E, com franqueza, onde foi o autor buscar essa theoria de dous poderes ora unidos—*virtus unio fortior*, ora divididos conforme as circumstancias?

Uma Constituição regular não podia acolher semelhante subtileza.

XI

Benjamin Constant mal comprehendido.

Não falta quem tenha querido apadrinhar a opinião de que os ministros não respondem pelos actos do poder moderador, com o nome de B. Constant, reputado autor da theoria desse poder.

O escriptor do *Ensaio sobre o direito administrativo* diz á pag. 57:

• B. Constant esboçou a distincção entre o poder moderador e o executivo nos seguintes termos: O poder ministerial, bem que emanado do poder real, tem contudo uma existencia realmente separada deste ultimo, e a differença é essencial e fundamental entre a autoridade responsavel e a autoridade invertida da irresponsabilidade. O poder ministerial é tão realmente a unica mola para a execução em uma constituição livre, que o monarcha nada propõe senão pelo intermediario de seus ministros, nada ordena sem que a sua assignatura offereça á nação a garantia de sua responsabilidade. Quando se trata da nomeação dos ministros o monarcha decide só: é direito seu incontestavel. •

E acrescenta em nota correspondente do periodo supra transcripto:

• Estas e outras proposições de B. Constant pela sua letra, e por que de outro modo seria completamente contradictorio, referem-se aos

actos do poder executivo ou ministerial como elle lhe chama. Tenho-as lido citadas com applicação aos actos do poder moderador, o que prova que os que assim as citaram e argumentavam, ou por falta de reflexão mais detida ou pelo habito de estudar as questões ás pressas de um dia para outro, não haviam comprehendido bem aquelle distincto publicista. •

Não obstante a sobranceria, com que o autor do *Ensaio* assevera que os que, divergindo de sua opinião, soccorrem-se á autoridade de B. Constant, ou não reflectem detidamente, ou tem o habito de estudar as questões ás pressas de um dia para outro, é facil de mostrar que, desta vez ao menos, é no *Ensaio* que se encontra a falta de reflexão detida ou o habito de estudar as questões ás pressas.

E por que o autor omitisse, na citação que fez de alguns periodos da obra de B. Constant, uma parte mui importante, eu os reproduzirei por inteiro, e, para que o leitor melhor os aprecie, na propria lingua desse publicista :

• Le pouvoir ministériel, bien qu'émané du pouvoir royal, a cependant une existence réellement separée de ce dernier; et la différence est essentielle et fondamentale entre l'autorité responsable et l'autorité inviolable.

• Le pouvoir ministériel est si réellement le seul ressort de l'exécution, dans une constitution libre, que le monarque ne propose rien que par l'intermédiaire de ses ministres, il n'ordonne rien que leur signature n'offre à la nation la garantie de leur responsabilité.

« Quand il est question de la nomination des ministres, le monarque décide seul: c'est son droit incontestable. Mais dès qu'il est question d'une action directe, ou même seulement d'une proposition, le pouvoir ministériel est obligé de se mettre en avant pour que jamais la discussion ou la résistance ne compromette le chef de l'État (*). »

Em vista dessa passagem, cujo final, omitido na citação do *Ensaio*, tanta luz derrama a respeito do pensamento do publicista francez, torna-se evidente que, na theoria de B. Constant, os ministros, apesar de separar-se o poder ministerial do real, respondem pelos actos deste ultimo poder, porque nella o distincto publicista declara formalmente:

1.º Que o poder ministerial, em uma constituição livre, é a unica *mola de execução*.

2.º Que, em consequencia, o monarcha nada prope senão por intermedio dos seus ministros.

3.º Que o rei nada ordena sem que a assignatura dos ministros offereça á nação a garantia de sua responsabilidade.

4.º Que dessa regra apenas exceptua-se a nomeação dos ministros, por ser direito incontestavel do monarcha decidir só por si.

E a razão da regra é bem explicita: « desde que se trata de uma acção directa ou somente de uma proposição, o poder ministerial deve collocar-se na frente para que jâmais a discussão ou a resistencia comprometta o chefe do Estado.

(*) *Cours de Pol. Const.*, pag. 73.

Diz o autor do *Ensaio* que B. Constant, fallando de execução na passagem por elle citada, refere-se á execução do que propriamente pertence á alçada do poder, que o mesmo publicista denomina executivo ou ministerial, e não á dos actos do poder real: ha nisto manifesto engano.

Precedentemente o publicista francez dividira, no seu *Esboço de Constituição*, o poder real do ministerial ou executivo, e designára as attribuições de um e outro.

O poder real (*Esboço de Const., C. 2, pag. 4 a 11*) tem por attribuições: nomear e destituir o poder executivo, sancionar as resoluções das camaras, adiar e dissolver a camara electiva, nomear os magistrados, perdoar as penas, resolver a paz e a guerra, etc.

O poder ministerial (*Esboço C. 3, pag. 12 a 14*) tem, por seu lado, a attribuição de propôr leis, em seu proprio nome, no seio das assembleas representativas, concurrentemente com os membros das mesmas assembleas, assignar, tambem em seu nome, todos os actos do poder executivo, etc.

Isto posto, e entrando o publicista no que chama « desenvolvimentos do seu *Esboço de Constituição* », é evidente que quando escreve a passagem, citada pelo *Ensaio*, affirmando, que o monarcha nada faz nem propõe sem ser por intermedio e com a responsabilidade dos ministros, refere-se aos actos do poder real, por tres razões bem simples e peremptorias: 1ª, que a nomeação de ministros, apontada como excepção da regra, é da competencia do poder real, e, pois, a regra, que essa excepção limita, concerne tambem ás attribuições daquelle poder: 2ª, que seria uma futilidade,

inadmissível em um escriptor da ordem de B. Constant esforçar-se por demonstrar que o poder ministerial deve assignar e responder pelos actos de sua especial competencia: 3^a, que o capitulo dos —desenvolvimentos—, de que o autor do *Ensaio* extrahio a passagem, de cuja intelligencia se trata, inscreve-se — do poder real —, d'onde ainda resulta que a execução de que nessa passagem se diz ser unica mola o poder ministerial é, e não pôde ser outra, a execução de actos da competencia do poder real.

Assim que, na theoria de B. Constant, o poder ministerial é um poder duplamente executivo: executivo, porque tem attribuições proprias, que lhe dão o character de um poder constitucional separado do real, e executivo, porque é por intermedio d'elle que o poder real tudo faz e mesmo propõe, excepto unicamente a nomeação dos ministros: « *Le pouvoir ministériel est réellement le seul ressort de l'exécution.* »

Diversas outras passagens confirmam que tal é o pensamento do publicista francez.

Diz elle á pag. 13:

« A irresponsabilidade do monarcha força-o a nada fazer senão por intermedio dos seus ministros. »

Tratando do direito de graça attribuido ao rei, diz á pag. 190:

« A inviolabilidade é o primeiro principio da monarchia constitucional. A inviolabilidade supõe que o monarcha não pôde fazer mal, ficção legal que entretanto não isenta dos affectos e

fraquezas da humanidade o individuo collocado sobre o throno. . . .

• Conforme esse principio, na acção do poder só cumpre vêr os ministros que ahí estão para responder. •

Lê-se á pag. 378 a seguinte proposição:

• Tal é o mecanismo da monarchia constitucional. O poder real é o poder conservador: o poder ministerial o poder activo, *sem o qual o poder real nada pôde fazer* — le pouvoir ministériel est le pouvoir actif, *sans le quel le pouvoir royal ne peut rien faire.*

Mas para que se dissipem todas as incertezas, se alguma incerteza pudesse haver, sobre o pensamento de B. Constant no assumpto em questão, vou encerrar este artigo com uma passagem terminante, decisiva.

O direito de paz e de guerra é, segundo B. Constant, attribuição do poder real. Elle diz no *Esboço da Constituição*, á pag. 44: • O rei decide da paz e da guerra. •

E passando aos desenvolvimentos, entra de novo em o exame dessa these, formulada assim, á pag. 77:

• O direito de paz e de guerra não pôde, em uma monarchia, pertencer senão ao poder real. •

Ora bem: se o direito de paz e da guerra pertence ao poder real, quem responderá pelo exercicio desse direito? Eis uma questão que naturalmente occorre e a que o publicista responde de modo a não deixar duvida a respeito da má intelligencia, que deu á sua obra o

Ensaio sobre o direito administrativo. Vou citar da pag. 77 suas proprias palavras:

« Mais alors où sera, dira-t-on, la responsabilité? Dans les ministres, non pour avoir déclaré la guerre, ce que n'est pas un acte de leur ressort, mais pour avoir conservé une place et continué leurs services, si le sujet de la guerre se trouve n'avoir pas été juste et légitime.

« On n'entend pas bien la nature du pouvoir royal et de la responsabilité tant qu'on ne sent pas que le but de cette admirable combinaison politique est de conserver au roi son inviolabilité, en lui ôtant ses instruments dès que cette inviolabilité menace les droits ou la sûreté de la nation. C'est là tout le secret: si pour conserver l'inviolabilité royale on exigeait que la volonté royale fut à l'abri de toute erreur, l'inviolabilité serait une chimère. Mais en la combinant avec la responsabilité des ministres, on fait qu'elle peut-être respectée réellement, parce que s'il advenait que la volonté royale s'égarât, elle ne serait plus exécutée (*). »

Quer isso dizer:

1.º Que na theoria de B. Constant, a separação do poder ministerial ou executivo do poder real, não veda (quanto mais perante a nossa Constituição, que não reconhece no ministerio um poder constitucional) que o poder executivo responda pelos actos do poder real.

2.º Que a razão da referenda e da responsabilidade não é pertencerem ao poder ministerial actos que são da

(*) *Cours de Pol. Const.*, pag. 77.

competencia do poder real, mas o prestarem-se os ministros á respectiva execução, continuando a conservar os seus lugares e a servir ao chefe do Estado.

3.º Que o segredo e fim da combinação politica, consistente em separar o poder real do ministerial, é manter a inviolabilidade do monarcha, privando-o, mediante a responsabilidade ministerial, de instrumentos para o mal.

4.º Que a inviolabilidade do monarcha, sem o apoio da responsabilidade dos ministros, e só fundada na suposição de que a vontade real é naturalmente isenta de desvaírar-se e de errar, seria uma chimera.

Em face dessas proposições, que são fiel traducção dos citados periodos de B. Constant, avalie o leitor a sem razão com que o *Ensaio sobre o direito administrativo* pensa ter de seu lado esse autor, o *Ensaio* que adhere e sustenta com affinco a opinião daquelles que descobriram o *segredo* de conservar illesa a inviolabilidade do chefe do Estado no exercicio do poder moderador pela eminencia de sua posição, pelo grande interesse de transmittir aos seus descendentes o throno que lhe deixaram seus gloriosos ascendentes, pela innocencia intrinseca das attribuições moderadoras, pela só força da disposição constitucional que a consagra, pela responsabilidade, quando muito do conselho de estado, mas arredada e bem arredada a idéa de ser necessaria a referenda e responsabilidade dos ministros !

E dizem, em cima disso, que os que seguem opinião diversa não reflectem detidamente, ou tem o habito de estudar as questões de um dia para outro !