

8
Frente e verso

Texto Complementar 2

Arquivo 2

DIRETOR RESPONSÁVEL:
Eduardo Vellench

EDITORES:
Hélio Ricardo Cerqueira Cervi
Eduardo Vellench

ASSESSORES EDITORIAIS:
Edson Rocha Bomfim
Luiz Alberto da Silva Medeiros
Jorge R. Packness

DEPARTAMENTO COMERCIAL:
Sonia Aparecida Destro

DEPARTAMENTO FINANCEIRO:
Elizete Aparecida Cardoso

DEPARTAMENTO DE CIRCULAÇÃO:
Hamilton J. Simões

SECRETARIA:
Angela Santiago Mayor

PRODUÇÃO E REVISÃO GRÁFICA:
Rita Vucinic
Selma Maria Garcia de Moura

COMPOSIÇÃO:
Silograt Composição Gráfica S/C Ltda.

IMPRESSÃO:
Centrais Imppressoras Brasileiras Ltda.

TIRAGEM:
5.000 exemplares

REGIÃO ABRANGIDA:
Território Nacional

CONSELHEIROS E COLABORADORES:

Alberto Silva Franco (SP), Antônio Chaves (SP), Antônio José Miguel Feu
Rosa (ES), Arthur E. S. Rios (GO), Bernardo Ribeiro de Moraes (SP),
Carlos Aires Brito (SE), Celso Ribeiro Bastos (SP), Cláudio Nunes do
Nascimento (PR), Cláudio Souto (PE), Décio Antônio Espina (RS), Giovanni
Cribari (PE), Hélio Costa (MG), Humberto Theodoro Jr. (MG), Ivan Lima
Vende (CE), Ives Gandra da Silva Martins (SP), José Augusto Delgado (RN),
José Souto Maior Borges (PE), Luiz Carlos de Azevedo (SP), Luiz Carlos
Kochia (SP), Luiz Olavo Baptista (SP), Luiz Regis Prado (PR), Nelson
Saldanha (PE), Nilton da Silva Coimbra (RJ), Palhares Moreira Reis (PE),
Paulo de Barros Carvalho (SP), Paulo Lopo Saralva (RN), Roque Antônio
Carrazza (SP), Salvo de Figueiredo Teixeira (MG), Valdir Szniak (SP),
Valmir Pontes Filho (CE), Vandyck Nobrega Araújo (PE).

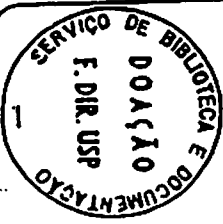
XEROX DO XI
P 117-ELC-01

COPY BEM
Copiadora XI de Agosto

RECEBIMOS DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
10/08/1988

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA DOS ESTADOS

Seminar 00



ANO 13 ABRIL-1989 VOL. 63



EDITORA JURID VELLENIH LTDA.,
C.G.C. 62.609.318/0001-21 - INSC.R. 108.223.073
CEP. 02006 - RUA DR. GABRIEL PIZZA, 462
CAIXA POSTAL 12200
TEL.: 390-9082 - SANTANA - SÃO PAULO - SP
SEDE PROPRIA

A TEORIA DO "PODER MODERADOR" E AS ORIGENS DO DIREITO POLITICO BRASILEIRO

Nelson Saldanha

(Professor da Universidade Federal de
Pernambuco)

* Tentaremos situar, no presente trabalho, a posição da teoria do poder moderador na fase de formação do "direito político" brasileiro. Estamos utilizando a expressão direito político, de curso relativamente recente e ainda escasso entre os juristas brasileiros, para designar algo afim ao *Staatsrecht* — distinto do *oeffentlichen Recht* — e ao *Derecho político*, ou seja: para aludir ao campo de temas e conceitos que engloba o Direito em suas corotações especificamente políticas, e o Estado em seu incancelável aspecto jurídico.

Seria provavelmente lógico buscar as origens do Direito político — e do Direito público — no Brasil a partir de nossa existência como Estado. A fórmula é singela, mas sobretudo deslizando, pois em verdade nossa "existência como Estado" não é algo que se configure com clareza, a não ser que entendamos como transe histórico decisivo o momento formal da Independência. Por mais que saibamos o quanto de precário houve naquela "Independência", e por mais que possamos hoje considerar como meramente formal o *status* de país soberano que o Brasil adquiriu naquele momento, temos de tomar este mesmo momento como um marco: um corte sobre a condição amorfa e expressamente "dependente" da colônia, um ponto de partida para responsabilidades históricas específicas.

Eis o quadro: a América chamada "do Norte" com uma vida política consolidada desde alguns séculos; dos demais países latino-americanos — os da América dita hispânica —, quase todos emancipados em forma de repúblicas; o Brasil emergindo para uma nova ordem constitucional em meio aos ecos de algumas rebeliões recentes e aos lances de um novo movimento, a "Confederação do Equador".

As rebeliões não haviam logrado a libertação do país, e a "Confederação" não teria maior êxito, ficando para a história o passo à Independência como obra de alguns homens especiais, em especial conjuntura.

Mencionei acima a nova ordem constitucional. Não seria mero acaso que o saimento destas nações para o mundo histórico coincidia com os restos amortecidos mas ainda eficientes do importante movimento chamado constitucionalismo, que, no Ocidente, correspondera no nascedouro ao das codificações. Estes dois movimentos haviam refletido a retomada, dentro dos primeiros desdobramentos do Estado Moderno — e por conta dos modelos sociais e políticos montados pelo espírito burguês — de velha e ilustre divisão romana do direito em público e privado. O constitucionalismo, ao tentar a conjugação entre ordem e liberdade¹, pondo em forma escrita as limitações ao poder, tentava ser uma formulação política do direito e uma formulação jurídica da política: o poder se anunciava em termos jurídicos e o Direito se apresentava como lei.

Na América Latina, os ecos do constitucionalismo coincidiriam com os fermentos românticos. Na Europa, a *constitucionalismo* fora um episódio de estilo clássico, contemporâneo da *Revolução Industrial*, do iluminismo e dos quadros de David; na América Latina ele entrara junto com a primeira geração romântica, com o conservadorismo e com as obras francesas da época da Restauração². O quadro socio-econômico, diferente do que tinha sido o da Europa nos fins do século XVIII: populações mestiças mantidas em óbvia inferioridade, minorias brancas divididas entre o interesse social e o papel de elites educadas em livros europeus. Assim no Brasil, onde as leituras francesas, que vinham sendo marcantes desde o tempo dos Arcades, aproximavam os jovens das teorias mais "avangadas", mas os colocavam, em termos de cultura pessoal e de eficiência intelectual, a enorme distância em relação ao que se chamava de povo.

Ao que se chamava de povo: aqui tentaremos colocar uma breve reflexão. Um dos pontos mais significativos do chamado legado clássico consistiu na presença do povo no centro do quadro político, como base dos processos de transformação e como ponto de referência dos valores teóricos. Isto ocorreu na Grécia, onde a liberdade (*eleutheria*) foi um valor político constante e onde o demos serviu de suporte para experiências e conceitos tomados exemplares. E ocorreu em

Roma, onde o *populus* (de onde viria o *populicus*, o público) atravessou diversas formas de governo como categoria política fundamental. Há um estudo de Guglielmo Nocera muito ilustrativo sobre isso.³

No Brasil de 1822 e 1824 o nome de "povo" não vinha de dentro da realidade política. Era colocado sobre o conjunto das comunidades nacionais a partir de uma terminologia que os letrados tiravam dos países modelos, nos quais se falava no povo e na nação como substratos da ordem constitucional.

Por sinal que na Europa moderna não se encontra uma linha uniforme de formação do direito político. Em alguns países a arregimentação de conceitos em torno da idéia da soberania significou um apoio à concentração política: este processo correspondeu ao que, com certo exagero, Carl Schmitt descreveu como originador do *Jus Publicum Europaeum*: o "Direito Público europeu" como tendo sido organizado a partir de questões espaciais — territoriais e marítimas — e formulado pelos juristas clássicos como uma espécie de "nomos da terra".⁴ Nem sempre porém isto foi um dado decisivo, tendo ocorrido outras linhas no sentido da experimentação e no plano da doutrina, inclusive com o desenvolvimento prático da concepção de política, mesmo entre mestres de língua alemã.⁵

Retornemos ao caso nacional. Sem cair no formalismo ou no juridicismo, podemos, no sentido mencionado mais acima, tomar como marco da existência do Estado brasileiro a Constituição de 1824. A origem eventual do texto, com a destituição dos constituintes iniciais e a posterior outorga tem características de alguma forma os equivalentes da própria situação vivida pelo país, entre emancipação formal e reformulação das dependências internacionais. Por outro lado, entre a preocupação com postuir uma carta política, modelada segundo as pautas predominantes, e a presença de um princípio autoritarista cercado de próprio das contradições de seu *entourage*.

Na carta de 1824, como é consabido, conviviam esquemas liberais e precários autoritaristas. A clássica separação de poderes conviveu com um certo "espírito" regalista, e essa conjugação nos lembra de algum modo o dualismo, constante na ordem medieval inglesa, entre o *gubernaculum* e a *iurisdictio*. Tal dualismo, correspondente à diferença entre o lado jurídico ou jurisdicional da monarquia e seu lado político ou autoritário caracterizou a experiência britânica na

1. Nicola Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà*, ed. Ulei, Turim, 1976.

2. Cf. Carlos Sanchez Viamonte, *Bases Esenciais del Constitucionalismo latinoamericano*, ed. Abeledo Perrot, B. Aires, 1959; David Pantoja Morán, *La idea de soberanía en el constitucionalismo latinoamericano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1973.

3. "Il pensiero pubblicistico romano", in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. II (Milão, ed. Giuffrè, 1956).

4. Carl Schmitt, *Der Nomos der Erde*, Ed. Greven, Colônia, 1950. Cf. trad. esp. *El nomos de la Tierra*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

5. Inclusive Althusser, Cf. a respeito, entre outros, Hans Gross, *Empire and sovereignty. A history of the public law literature in the Holy Roman Empire*, 1599-1804, Univ. of Chicago Press, 1973.

idade Média, muito tempo portanto antes de surgirem na história da Inglaterra as linhas do sistema que se chamaria depois "parlamentar". Como se vê, o Direito político brasileiro nasceu com uma carta onde o esquema liberal dos poderes, influido pelos autores franceses, deixava espaço para um autoritarismo centralizante. Esta situação se repetiria várias vezes em nossa história, quer com a contradição entre um executivismo ostensivo e uma detalhada regulamentação do chamado processo legislativo, quer com a elementar dissonância entre realidade política e letra constitucional.

Também nos Estados Unidos da América do Norte o problema dos poderes tinha sido central na elaboração da ordem jurídico-política, e as páginas do Federalista estão como se sabe cheias de citações de Montesquieu. Mas em nosso caso não houve como lá extensos debates sobre federalismo, que se prolongaram em torno da polêmica entre Webster e Calhoun, nem as extensas discussões sobre comércio interno e sobre tributação, que alimentaram a doutrina norte-americana em certo período.⁶

Tivemos em 1824 um texto calçado sobre modelo francês, sob marcada influência, como todos sabem, da publicação de Benjamin Constant. Dizia influência resultante em parte da influência da doutrina constitucional, a instituição do poder moderador, objeto principal do presente estudo.

As disposições sobre o moderador ficavam, como se sabe, no título V ("Do Imperador"), capítulo I, da Constituição de 1824, ocupando os arts. 93 a 101. Assim dizia o art. 98:

"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 vale sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos".

Conforme escrevemos em livro editado em 1968⁷, a letra constitucional naquele artigo incluía um componente doutrinário, ao designar o poder moderador como "chave" da organização política, incidindo em curiosa alteração de um texto de Benjamin Constant. Este escrevera, em certo passo de seu *Cours de politique constitutionnelle*,

6. Nelson Saldanha, *Formação da teoria constitucional*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, cap. IV.

7. *História das Ideias políticas no Brasil*, ed. URPE, Recife.

8. *Cours de Politique Constitutionnelle*, ed. Guillaumin, Paris, 1872 (vol. I): *Principes de Politique*, esp. II, p. 18 e ss. — Augustin Thierry, comentando a *Constitutional History of England* de Hallam, escreveu extensas páginas sobre o "poder real" na Inglaterra: cf. *Dix ans d'études historiques* (junto com *Lettres sur l'histoire de France*), Bruxelles, ed. Meline, Cans et Cie, 1839, p. 424 e ss. — Para a origem do tema cf. as breves e eruditas alusões de Fernando Whitaker da Cunha, em *Direito Político Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 233 e 234.

que a distinção entre dois poderes, o *royal* e o *exécutif*, em um mesmo titular seria *peut être la clef* de toda a organização política: nossos constituintes se preocuparam mais com o moderador em si, efetivamente um poder "real", do que com a precisa delimitação entre ele e o executivo, atribuídos ambos ao monarca. Pouco se falou então, aliás, do termo delegação (a nação "delegando" poderes ao monarca e aos parlamentares), talvez substituível pelo termo atribuição, mais consentâneo com o fato de que se tratava de competências fundamentais, diretamente entregues.

Entretanto o quívoco do texto, deslocando para a alusão ao poder especificamente monárquico uma expressão com a qual Constant veiculara uma preocupação com delimitar atribuições, não seria o ponto crucial no modo pelo qual nossa carta de 1824 colocou o problema do moderador. Devemos situar a instituição deste poder dentro do quadro geral de poderes e funções positivado na carta. Não cabe imaginar que havia nela três poderes e também "mais um", e sim considerar que a estrutura foi pensada de fato para quatro partes, o que ocorreu por conta do Conselho de Estado, que transformou o poder da Constituição (projeto Antônio Carlos), onde havia três poderes, em quatro, como no art. 10 a divisão quadripartite. Mantendo-se, entretanto, a ação de que a nação, corpo fundamental, era representada tanto pela Assembleia quanto pelo Imperador.

Destarte se observa que os dispositivos sobre o moderador, na carta de 1824, estavam como que no centro de toda a sistemática político-constitucional. A partir de uma arbitrária bipartição da representação, entregue simultaneamente ao imperante e aos parlamentares, montava-se como algo decorrente o esquema dos poderes. Os poderes entretanto eram delegações da nação; e se destacavam, note-se, dentro dos dois entes que a representavam: da parte do Imperador o executivo e o moderador, da parte da assembleia o legislativo, ficando junto deles o judiciário (aliás chamado "judicial" no texto de 1824), que de certo modo cumpria também naquele contexto o papel politicamente menor que Montesquieu já registrava ao dizer, da *puissance de juges*, que é *en quelque façon nulle*.

O próprio processo político nacional, durante os dois reinados que se estenderam de 1822 a 1889, faria do exercício do poder mo-

9. Agenor de Roure acentuou a diferença entre o projeto inicial, que previa três poderes, e o do Conselho, que veio a ser positivo e que acrescentava um quarto gerando para o titular moderador uma conspícua irresponsabilidade (*Formação Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro, Tip. Jornal do Commercio, 1914, pp. 99 e 100).

10. Silvestre Pinheiro Ferreira, como é sabido, havia delineado um sistema com cinco poderes: o legislativo, o executivo, o judiciário, o eleitoral e o conserador (*Cours de Droit Public, interne e externe*, tomo I, Paris, ed. Rey et Gravier, 1830).