

Coleção
Formadores do Brasil

José Antônio Pimenta Bueno,

MARQUÊS DE SÃO VICENTE



Organização e introdução
Eduardo Kugelmas

Apoio cultural



BANCO BBA
CREDITANSTALT S.A.
ASSOCIADO AO HVB GROUP



LEI DE
INCENTIVO
À CULTURA
MINISTÉRIO
DA CULTURA

editora  34

CAPÍTULO 2: DA SOBERANIA DA NAÇÃO, SEU GOVERNO E DINASTIA



SEÇÃO 1ª: DA SOBERANIA NACIONAL, SUA DELEGAÇÃO E REPRESENTAÇÃO

§§ 1º a 3º *Os poderes políticos: Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial* [art. 10], *no Império do Brasil, são delegações da nação. Constituição, art. 12.*

Os representantes da nação brasileira são o imperador e a Assembléa Geral. Constituição, art. 11.

§ 1º Da soberania nacional:

15. A sábia lei fundamental que rege os destinos do Brasil proscreeu, como devia, o dogma irracional dos Estados ou povos patrimoniais, do intitulado Direito Divino⁷ — *sic volo, sic jubeo, sicut pro ratione voluntas* —, dogma que o andar progressivo da civilização não tolera, e que os povos e os fatos abatem e aniquilam.

A idéia de qualquer associação nacional que se institua, não pela ação da violência, sim por sua ação normal, inclui em seu seio necessariamente a idéia conjunta de seu próprio poder, de sua própria soberania, como origem primitiva de todos os poderes políticos, como a única faculdade legítima de constituir-los e delegá-los. A soberania é o poder e a independência de um povo que pertence a si mesmo, o poder em sua origem, em seu ser primitivo, a força inteligente e suprema da sociedade, ainda não delegada.

Nem obsta que alguns fatos anormais contrariem estes princípios; eles só servem para acusar os seus autores, e não para destruir os direitos im-

prescritíveis das nações. Sem dúvida, é evidente que a sociedade nacional é uma massa coletiva de seus membros, o todo dos sócios e, conseqüentemente, o complexo de todos os direitos e forças sociais; quem pois, senão ela, terá a faculdade e o império de ditar as condições de seu modo de existir, de sua própria associação, e de fazê-las efetivas e duradouras? De que outra fonte nasceria o direito de impor servidão ou preceitos a homens livres, relacionados só pelas leis da razão e da moral, senhores de sua inteligência e de suas ações? Donde deduzir o nome de súditos e de soberano? Donde derivar a idéia de superioridade moral?

A soberania é pois um atributo nacional, a propriedade que a nação tem de sua própria inteligência, força e poder coletivo e supremo; é o indisputável direito de determinar as formas, instituições, garantias fundamentais, o modo e condições da delegação do exercício desse mesmo poder.

§ 2º Da delegação dos poderes:

16. Entretanto, como a soberania nacional repousa no seio da nação inteira, em sua universalidade, como não é possível instituir os poderes públicos de modo que sejam exercidos por ela em massa, como não haveria em tal caso governo, nem governados, revela-se natural e claramente a necessidade indeclinável de delegar a mandatários, ou representantes seus, o exercício de tais poderes.

A soberania primitiva é inalienável e imprescritível, ela existe, e, pela natureza das coisas, existirá sempre na nação, pois que os homens não podem alienar as faculdades constitutivas do seu ser moral, sua inteligência, sua vontade, não podem tornar-se brutos; feita porém a delegação, fica ela não só sem exercício imediato, mas adstrita a respeitar a ordem fundamental que para esse fim ela mesmo estabeleceu: essa é a condição de sua segurança, de seu bem-ser e do seu progresso.

O exercício dela, a inteligência e a força da ação social, passa desde então a pertencer aos poderes instituídos, aos agentes encarregados deles nos termos da respectiva Constituição; é justamente o que a nossa lei fundamental reconhece e declara.

Nossos poderes políticos são pois delegações do exercício do grande poder nacional convenientemente divididas, não são a própria soberania primitiva, sim expressões, representações dela, são faculdades animadas, entidades correlatas com a idéia de sua origem e leis constitutivas.

Pelo que fica exposto é evidente que tais poderes delegados não são propriedades individuais, sim depósitos de alto valor feito para o bem-ser da sociedade. Sem o ato legítimo desse depósito nenhuma individualidade, ou

⁷ A teoria do Direito Divino serviu de base ideológica ao absolutismo monárquico pois fazia derivar diretamente de Deus a autoridade do monarca sobre as coisas e os homens incluídos em seus domínios.

fração nacional, terá jamais direito algum de exercer o poder social: seria uma usurpação, um crime que cumpriria reprimir.

Na hipótese contrária seria forçoso concluir que a nação era escrava ou propriedade de outrem, idéia que afronta a ordem moral estabelecida pela Providência, e o bem-ser dos homens. A nossa lei fundamental procreveu para sempre esse absurdo, e para sempre firmou o princípio verdadeiro e inseparável da dignidade humana.

§ 3º Da representação da nação brasileira:

17. Assim é que o imperador e a Assembléa Geral Legislativa, como as mais altas delegações do poder nacional, são lógica e constitucionalmente os representantes da nação, são como que a soberania secundária, vigente, em ação.

O imperador representa o poder, a majestade da nação, no Império e fora dele; ele e a Assembléa Geral representam a suma autoridade nacional, decretam leis, que são verdadeiros atos de soberania. A Assembléa Geral por si só reconhece o príncipe imperial, resolve as dúvidas que possam ocorrer na successão da Coroa, escolhe nova dinastia no caso de extinção da imperante, e exerce outros atos, como depois veremos, que estão intimamente ligados com essa alta representação da soberania brasileira. É por isso mesmo que o título de cada uma das Câmaras Legislativas é o de augustos e dignísimos senhores representantes da nação. [Constituição, art. 16.]

SEÇÃO 2ª. DA FORMA DO GOVERNO NACIONAL E DINASTIA BRASILEIRA

§§ 1º e 2º *O seu governo é monárquico-hereditário, constitucional e representativo.* Constituição, art. 3.

A Dinastia imperante é o senhor 2. Pedro I, actual imperador e defensor perpétuo do Brasil. Constituição, art. 4.

§ 1º Da forma do governo nacional:

18. Nenhuma associação nacional pode subsistir na anarquia, é indispensável um governo, uma ordem pública, uma organização apropriada à sua civilização e necessidades sociais. A maneira por que a nação distribui o seu poder constitui as diversas formas do governo.

A nação brasileira, quando emancipada, livre e independente, tinha a necessidade de constituir-se, e o direito de escolher a forma do governo a

mais adequada às suas condições, ao seu desenvolvimento, às idéias do seu progresso intelectual, moral e material. Não tinha outras restrições senão as da sua razão prática, sua previdência, suas afeições e idéias morais. Na escolha que fizesse tinha por juiz somente a Deus e os futuros resultados de sua decisão.

A razão brasileira, esclarecida pela experiência dos povos, o sentimento de seus hábitos, a previsão de sua segurança e bem-ser, aconselharan-lhe que preferisse a forma monárquico-hereditária, constitucional e representativa. Aconselharan-lhe também que adotasse, aprovasse e fizesse jurar o projeto de Constituição que o senhor d. Pedro I tinha feito nesse sentido elaborar por sábios brasileiros, e que tinha submetido ao juízo nacional; aconselharan-lhe que convertesse em lei fundamental do Estado essa obra de alta sabedoria, que fazia sua, que sancionava pelo seu poder.

Foi uma resolução inspirada pela Providência. Certamente, a forma de governo que preferimos é a mais elevada, filosófica e apropriada às necessidades e porvir do Brasil: ela reúne em si todas as garantias, oferece a estabilidade e promete as maiores vantagens que um povo pode aspirar.

19. Por sua condição monárquica, isto é, de um só centro moderador e executivo, único e permanente, não só por sua vida, mas mesmo hereditariamente, como depois veremos, por essa concentração de todas as attribuições que são legislativas, em que esse centro todavia tem parte, ou judiciárias, sobre que ainda assim tem inspeção, por essa unidade central, esta forma de governo simboliza a unidade e a força nacional, a estabilidade na vida interior do Estado e nas suas relações internacionais. É o princípio homogêneo e harmonioso da ação diretora, que evita os graves inconvenientes dos centros coletivos de execução, cruzados e entorpecidos por idéias diferentes e opostas, debilitados por vontades ou forças desencontradas, ou antes pelo próprio vício de sua instituição.

20. Por seu caráter hereditário desviou do Brasil a nossa forma de governo os males que resultam, e que outros países têm sentido, das monarquias puramente vitalícias ou eletivas, e muito mais dos governos temporários, males que agitam e arruinam as nações. É a monarquia estável, como a própria nação, é o princípio da segurança e da ordem, das tradições nacionais, princípio que o art. 117 da nossa lei fundamental desenvolve, como depois veremos.

Evitando assim a imobilidade do poder, assentou os destinos da sociedade sobre base certa, firme, não disputada, base que não põe a existência e os grandes interesses da nação em questão periódica. O estudo da vida política dos povos cada vez mais demonstra que a máxima — *o monarca não*

morre — é de alta sabedoria e transcendente vantagem social; a Coroa, ou por outro a ordem pública, repousa não só sobre uma vida inteira, mas como que, sobre a perpetuidade.

21. Por sua base constitucional neutralizou os perigos da monarquia pura, da absorção de todo o poder Legislativo e Judiciário, do poder sem limites, sem contraste, do despotismo, vizinho da tirania.

Para que um governo mereça o nome de constitucional, não basta que ele seja instituído pelo consentimento nacional; é de mister além disso que a natureza e extensão dos poderes políticos e suas atribuições sejam expressamente fixadas e limitadas por disposições que estabeleçam o fundamento, a norma invariável, a regra fixa e suprema, assim do governo, como dos direitos e obrigações dos cidadãos. A Constituição é a lei fundamental, que divide, organiza e estabelece os limites e modo porque os poderes políticos devem funcionar, e as garantias dos cidadãos.

Assim procedeu a Constituição brasileira: ela dividiu os poderes nacionais, designou suas atribuições, sua independência e concurso para o bem social; enumerou as liberdades públicas, fixou a maneira constante de governar a sociedade; colocou as balizas além das quais nem um poder deve passar.

Nossa pátria não está pois sujeita à direção do arbítrio, da vontade ilimitada, da escravidão; cumpre só que ela faça observar religiosamente sua Constituição pois que é a sua religião política, e será infalível o seu progresso e prosperidade.

22. Pelo elemento representativo oferece nossa forma política uma nova e válida garantia à sociedade brasileira. Os governos têm o nome de representativos quando os cidadãos ativos participam no exercício do poder público, para que este funcione no sentido dos verdadeiros interesses sociais, já escolhendo, temporária e livremente seus representantes, mudando-os, ou conservando-os, periodicamente no corpo legislativo, cargos que também podem ocupar, já intervindo como jurados no poder Judiciário, ou como membros nas Câmaras Municipais, e já finalmente possuindo o direito de petição, e a liberdade da imprensa. Por estes variados meios exerce a nação sua influência sobre os negócios públicos, e representam os cidadãos, ou por seus mandatários ou por si mesmo, o direito que têm de ser partes componentes da soberania, e não homens estranhos à sua associação.

É uma combinação sublime, que coloca a sociedade, por mais numerosa que seja, e sem confusão, como que na gerência imediata, na cooperação, ou fiscalização ativa do governo do Estado, combinação que ramifica-se nas administrações provinciais e municipais, e cuja ação alarga-se tanto mais quanto mais liberais são as leis regulamentares.

§ 2º Da dinastia brasileira:

23. Para a sua mais alta representação escolheu a nação, como devia, a dinastia do senhor d. Pedro I. Circundado de altos prestígios, credor da gratidão nacional, esse augusto príncipe, soube ser o representante da antiga soberania nacional do Brasil e Portugal, foi o principal cooperador da independência brasileira.

Por amor do Brasil renunciava o trono português, procurava fundar um Estado livre, era o núcleo da ordem, do porvir, das esperanças do Brasil, devia pois ser o seu monarca por si e sua dinastia: ele foi, e será.

Dinastia é a série, a sucessão, a ordem desta em uma mesma família: a Providência permitia, para o bem dos brasileiros, que a que atualmente impera jamais haja de extinguir-se.

CAPÍTULO 3:
DOS PODERES POLÍTICOS,
SUA DIVISÃO, ABUSOS A RESPEITO
E FIM DA CONSTITUIÇÃO NACIONAL



SEÇÃO 1ª: DA ENUMERAÇÃO
E DENOMINAÇÃO DOS PODERES POLÍTICOS

§§ 1º e 2º Os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o poder Legislativo, poder Moderador, o poder Executivo e o poder Judicial. Constituição, art. 10.

§ 1º Da enumeração dos poderes políticos:

24. Poder político quer dizer delegação mais ou menos ampla da soberania nacional: é a competência, a força inteligente por ela criada, a autorizada para exercer as atribuições delegadas no fim da conservação e bem-estar social.

A sociedade, como já observamos, não pode existir sem ordem, justiça e paz, sem governo que vele sobre essas necessidades indeclináveis, não pode pois deixar de delegar o poder social. Criando um governo, delegando o seu poder, tem ela o direito de dividir ou concentrar este em maior ou menor número de ramos; depende disso do sistema que adota, e que sendo filho de uma concepção refletida e previdente, deve conformar-se com as normas e condições de uma boa organização social.

Nossa Constituição criou e reconheceu os quatro poderes que acima enumeramos, e a eles deu as denominações que passamos a referir no parágrafo seguinte.

§ 2º Da denominação dos poderes políticos:

25. Os poderes políticos que como tais a nossa lei fundamental reconhece, são o poder Legislativo, o poder Moderador, o poder Executivo e o poder Judicial. Todos eles são expressões naturais e necessárias da soberania nacional.

Além de suas leis constitucionais, certamente precisa a sociedade de leis secundárias, de normas que dirijam os seus diferentes serviços, que presidam as suas relações, as duas grandes classes de seus interesses, os da ordem social ou coletiva, e os da ordem particular ou civil; é pois indispensável um poder Legislativo, poder que deve ser exercido distinta e separadamente, como depois demonstraremos.

Entretanto essas leis de ordem social ou interesse coletivo, ainda quando criadas pelo poder Legislativo, não produziram seus efeitos se não houvesse uma outra autoridade encarregada de executá-las e de fazer observá-las, autoridade que, na conformidade delas, devesse providenciar sobre a segurança do Estado e satisfação das necessidades sociais; eis pois a precisão de um outro poder, do poder Executivo.

Semelhantemente as leis da ordem ou interesse particular, e também as que regulam as relações do cidadão para com a sanção penal, não produziram seus benéficos resultados se não houvesse uma magistratura especial destinada a dar-lhes vida e aplicação; daí deduz-se a impreterível necessidade de um outro poder que denomina-se Judicial.

Enfim, a conveniência de que exista um poder legítimo que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos outros poderes políticos, dá nascimento ao que é denominado Moderador.

Este, assim como os antecedentes poderes, existe sempre em toda a associação nacional, não difere senão em ser o seu exercício conjunto com o de outro poder, ou separado, sujeito a condições mais ou menos restritas, ou entre si diferentes. O poder Moderador em quase todas as Constituições faz parte do poder Executivo; quando tratarmos de cada um deles será a ocasião oportuna de analisarmos sua natureza especial.

SEÇÃO 2ª: DA DIVISÃO OU SEPARAÇÃO
E HARMONIA DOS PODERES POLÍTICOS

§§ 1º a 5º A divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, é o maior seguro mais de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece. Constituição, art. 9.

§ 1º Da razão fundamental da divisão dos poderes:

26. Quando se reflete sobre o fundo do precíto, sobre a força das expressões deste artigo constitucional, não é possível deixar de admirar a extensão de suas vistas, a alta compreensão e o vigor de sua sabedoria!

Na infância das sociedades, ou antes da sua civilização, os poderes políticos em vez de divididos são confundidos e concentrados em uma mesma individualidade, e consequentemente entregues ao impulso, e porventura desvarios de uma só vontade, por isso mesmo que em tal caso ela é ilimitada, absoluta, competente.

Os males que daí resultam são patentes e terríveis em suas consequências; a sociedade em todas as suas relações pende do arbítrio.

27. Pelo que respeita a garantias individuais é óbvio que nem uma existência, e nem pode existir contra a vontade ou contra o abuso de uma onipotência, que por seu próprio excesso torna-se irracional: aniquila-se toda a possibilidade de limites, de equilíbrio, de fiscalização, ou contenção política. Não podendo desde então haver governo livre, não pode haver também liberdades públicas nem individuais; o homem é escravo, os seus caracteres morais e intelectuais são degradados ou comprimidos. A única garantia eventual ou precária é a da virtude pessoal do governante quando bem informada.

Em relação à administração pública, a sociedade necessariamente sofre, todos os interesses se ressentem. Não prevalecem os talentos, as luzes, as virtudes em seu impulso, sim as afeições pessoais, a desteridade dos validos. Os interesses e relações sociais de ordens diversas, que a razão demanda que sejam confiados a poderes e pessoas distintas, que pressupõem habilitações e condições especiais, são confundidos, olvidados ou sacrificados; é o patrimônio pessoal mal dirigido e defraudado.

Assim, essa forma viciosa exerce nociva influência sobre os homens e sobre as coisas, sobre todas as relações da inteligência e vida dos indivíduos e do Estado.

28. Daí se manifesta claramente a necessidade essencial da divisão do poder, necessidade que uma civilização adulta trata logo de satisfazer. Essa divisão é que verdadeiramente distingue e classifica as diversas formas dos governos, que extrema os que são absolutos dos que são livres, que enfim opera a distinção real dos diferentes interesses e serviços da sociedade. Sem ela o despotismo necessariamente deverá prevalecer, pois que para o poder não abusar é preciso que seja dividido e limitado, é preciso que o poder *contenha o poder*.

Entretanto, para que a divisão dos poderes ministre seus benefícios resultados, é de mister que seja real, que prevaleça não só de direito como de fato, que seja uma realidade e não somente nominal, que seja efetiva e não uma idealidade apenas escrita. É essencial que seja respeitada, e finalmente observada, que cada poder efetivamente se contenha em sua órbita, que re-

ciprocamente zelem por suas atribuições, não tolerando a invasão e o despojo de sua competência constitucional.

Observar praticamente a sábia disposição do art. 9 da lei fundamental é o grande *Wellfartum*, é a vida real do sistema constitucional. Quanto mais exata for essa observância, mais seguras e amplas serão as liberdades brasileiras, e mais regular e bem ordenada a administração nacional, marcharemos, então, para a prosperidade; haverá crenças, espírito nacional e entusiasmo.

§ 2º Da separação do poder Legislativo:

29. Por que o poder Legislativo deve ser organizado e exercido separada e distintamente, isto é, confiado a mãos, a agentes diversos dos que exercem os outros poderes? E, entre outras considerações, porque é essencial não acumular o poder que cria a lei com os poderes que a executam, quer no sentido do interesse geral ou coletivo, quer no sentido do interesse individual ou civil.

Desde que ao poder Legislativo se acumulassem as atribuições de um ou de ambos esses outros poderes, deixaria ele de ser a alta autoridade reguladora no só sentido do interesse social absoluto, elevado, desprendido de toda e qualquer outra consideração. Perderia porventura sua alta imparcialidade, baixaria de sua região para o campo das questões de execução e dos interesses momentâneos ou pessoais. Seria forçoso alterar suas condições e prerrogativas, que aliás não devem ser alteradas; ele não poderia continuar a ser irresponsável, pois que em tal caso seria administrador, ou juiz, perigoso, sem corretivo. Seria, enfim, contrariar e confundir todas as suas condições, seria uma acumulação irracional.

§ 3º Da separação do poder Executivo:

30. Semelhantemente, o poder Executivo deve, por sua natureza, ser separado e distinto dos outros poderes; deve ser só executivo.

Cumpra que seja separado do poder Legislativo, que não possa ser incumbido de fazer a lei, por isso mesmo que esta é quem estabelece as normas pelas quais ele deve dirigir-se, que cria os direitos e obrigações que ele deve respeitar, que imprime e regula as condições legítimas dos interesses coletivos, que estabelece limites à sua ação, que resguarda os direitos individuais.

Por isso mesmo que ele é o instrumento vivo, o agente político da execução da vontade nacional consignada nas leis, e não da sua vontade pessoal, é manifesto que não deve acumular o poder Legislativo. Desde que fosse incumbido dessa contraditória atribuição de fazer a lei, deixaria de ser só

poder Executivo, teríamos o mesmo vício e perigos que desnaturam o poder Legislativo quando incumbido da execução de seus próprios atos, perigo da parcialidade, da concentração dos poderes, do despotismo, teríamos o governo absoluto mais ou menos pronunciado ou disfarçado.

Além de que então poderia fazer a lei no interesse de sua própria autoridade e não no da sociedade; acresce que suas condições especiais, sua unidade e caracteres diversos dos que são necessários ao legislador, defraudariam as garantias sociais. Certamente ficaria o país privado do concurso das luzes, do contraste das opiniões e veto recíproco das duas Câmaras do Parlamento, do auxílio da imprensa, da garantia da sanção ou desaprovação da Coroa.

Se o executar deve ser ato da unidade, o resolver, deliberar, adotar a melhor norma, é sem dúvida obra de muitos. Isto deve ser sempre tarefa da inteligência coletiva, pausada e refletida; aquilo é propriedade da ação, da força, da vontade, da unidade pronta e enérgica. Cada poder tem por isso mesmo organização, condições diversas, adaptadas à sua missão, seus serviços e fins sociais; encarregá-los de atribuições heterogêneas e contraditórias seria confundir os elementos constitucionais e falsear todas as garantias que estes esmeradamente procuram fundar e robustecer.

31. Por considerações de igual valor deve o poder Executivo ser inteiramente dividido e separado do poder Judicial. São dois domínios inteiramente diferentes, das competências que defendem interesses de ordens diversas, e que não devem ser sacrificadas uma à outra.

O poder Executivo tem por missão ou domínio a execução das leis da ordem pública ou administrativa, leis que regulam e protegem os interesses coletivos ou gerais da associação; sua índole é fazer com que nas relações do cidadão com o Estado esses interesses triunfem sempre, e ainda com sacrifício dos interesses individuais.

O poder Judicial tem por encargo o domínio, a aplicação das leis, que formam o Direito Particular, a ordem civil, que regulam e compõem os interesses dos indivíduos entre si na qualidade de particulares; ele não tem outro norte senão a justiça, não examina de quem é o interesse.

Aquele é o profensor dos direitos e interesses públicos, defensor até certo ponto discricionário; seus agentes são móveis e dele dependentes; seu processo expeditivo e sem formas necessárias, sem garantias eficazes.

Este outro é o protetor dos direitos e interesses individuais, da propriedade, liberdade, honra, vida, de tudo que é caro aos homens como homens; seu poder em vez de ser discricionário é restritamente legal; seus agentes, os magistrados, são perpétuos e independentes; seu processo dirigido sempre

pelo Direito Positivo, circundado de garantias certas, de debates contraditórios e de fórmulas minuciosas, completas, providentes.

O primeiro obra independente de ser provocado, atende o tempo, os lugares, as oportunidades; põe a sua glória em prevenir, em conservar a sociedade e engrandecê-la, ainda mesmo com quebra de alguns interesses particulares.

O segundo é impassível, espera que sua ação seja provocada, não atende senão as questões existentes, os direitos em litígio; põe a sua glória em manter as liberdades e justos interesses do cidadão, em dar a cada um o que é seu, sem atender o que o governo porventura desejava.

A administração e a justiça são, pois, entidades, são poderes inteiramente diversos. Assim, e se foi para colocar os direitos individuais sob um abrigo que os subtrahisse das incertezas, discricção e vontade móvel do poder Executivo, que se criou a autoridade judiciária e separaram-se os seus distritos, a ordem estável da ordem móvel ou variável, é patente que seria falsear todas essas garantias o confundir os dois poderes.

Desde que a administração invadir o território da justiça olvidará logo a divisão fundamental das alçadas do Direito Público e do Direito Particular, dos dois interesses distintos que expusemos no título preliminar e que seria ocioso aqui reproduzir. Poria logo sua discricção, seu arbítrio em lugar do direito; embora a lei civil, por exemplo, garantisse a faculdade das associações industriais, esta ou aquela outra liberdade não cercada em prol do interesse geral, ela, a título de um interesse coletivo suposto e não preferido pela legislação, proibiria essa faculdade, quebraria as liberdades aliás garantidas, e prejudicaria o desenvolvimento da riqueza pública e bem-estar individual, sacrificando tudo à imaginação dominante.

É pois preciso que a administração não usurpe as atribuições do poder Judiciário, e que, se o fizer, não faça impunemente, para que se não reproduzam abusos que, infelizmente, já temos visto.

§ 4º Da separação do poder Judicial:

32. O poder Judicial de sua parte, e pelas mesmas considerações já expostas, pois que são recíprocas, deve também circunscrever-se em sua órbita. Ele não é autorizado a invadir as raíais do poder Legislativo, não tem por isso mesmo direito de decretar decisões por via de disposição geral, e só sim de estabelecê-las em relação à espécie que lhe é subordinada. Não possui jurisdição para decidir questões de ordem administrativa, pois que pertencem à competência exclusiva do governo.

É fácil conter o poder Judicial; no primeiro caso pela sua responsabi-

lidade, e no segundo por meio da instituição ou levantamento do conflito de atribuição, ou recurso ao governo ou Conselho de Estado; assim houvesse, como é necessário, um meio legal tão fácil para conter o poder Executivo; demorar-nos-emos mais a respeito quando tratarmos do conflito.

Tais são enfim algumas das razões fundamentais da divisão do poder social em ramos diversos e distintos, e pelas quais não convém que sejam jamais confundidos.

§ 5º Da harmonia dos poderes:

33. A par de sua independência, e distinta separação, devem todos os poderes concorrer pelo modo o mais harmonioso para o grande fim social. Sem o concurso unânime de suas vistas e esforços, jamais será possível que o maquinismo político e administrativo funcione proveitosamente.

A divisão dos poderes não é certamente instituída para gerar o choque, e o conflito não se distingue para que sejam rivais, ou hostis, sim para melhor garantir o destino e fim social, para que em justo equilíbrio trabalhem e cooperem, auxiliem-se, e conspirem pelo modo o mais esclarecido em prol do bem-ser comum.

Dividem-se, e separam-se para evitar a confusão, o olvido dos negócios do Estado, e dos direitos nacionais, para impedir a precipitação, o erro, o excesso; para que se aproveitem todas as inteligências e forças na elevação do edifício social, no desenvolvimento da prosperidade brasileira. São atividades paralelas que convergem para uma só e gloriosa missão.

SEÇÃO 3ª: DO ABUSO DA SUBDELEGAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO NO PODER EXECUTIVO

§§ 1º a 3º *O que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos é constitucional, e não pode ser alterado pelas legislações ordinárias.* Constituição, art. 178.

A separação real e efetiva dos poderes e de suas atribuições, e não a divisão puramente nominal, é quem constitui o grande princípio conservador dos direitos sociais. Cont., arg. do art. 9.

§ 1º Da contradição deste abuso, ou subdelegação com os princípios do Direito em geral:

34. Do que temos anteriormente exposto, já se manifesta que entendemos ser não só ilegítima, mas também muito nociva a subdelegação, ou antes

o manifesto abuso de que tratamos nesta seção, e que desenvolveremos com alguma extensão, por isso mesmo que ele se vai radicando em nosso país, e falseando nosso sistema de governo. É uma aberração que cumpre aniquilar. É incontestável, em face dos princípios gerais do Direito, que um mandatário ou procurador não pode subdelegar a comissão que lhe foi confiada, senão quando os seus constituintes ou mandantes derem-lhe para isso poder expresso e especial.

Esta tese, consagrada pelos séculos, e incorporada na legislação de todos os povos civilizados, é a própria razão escrita, é a salvaguarda, a garantia dos direitos dos indivíduos, e também da sociedade. Os mandantes, ou constituintes, são os proprietários dos direitos, do poder, da comissão; quem pois, senão eles, poderá ter a faculdade de escolher seus representantes, ou comissionados? Deverão os seus direitos, ou interesses, ser entregues a quem não queriam, ou não pensavam confiar?

Os mandantes não encartegam seus poderes e direitos sem examinar de antemão as garantias, condições, e habilitações que as individualidades oferecem, e se confiam nelas, para que por si mesmas executem suas incumbências; não se segue daí que confiem a faculdade de subdelegar, de importantes substituições que, ou não conheciam, ou não queriam, ou intencionalmente evitavam. Se quisessem lhe dar essa faculdade eles a teriam expressamente autorizado.

Se este princípio de eterna justiça e verdade predomina inconcusso até nos negócios de menor magnitude, como rompê-lo quando se trata dos grandes direitos e interesses nacionais, do religioso cumprimento do mandato do povo brasileiro? Como postergá-lo quando ele está intimamente ligado e confirmado por nossa lei fundamental? Esta, antes de delegar o poder Legislativo, esse primeiro atributo da soberania nacional, teve o cuidado e sabedoria de estabelecer as condições apropriadas, as habilitações que necessariamente deveriam ter, as garantias que deveriam oferecer aos respectivos mandatários; só depois, e mediante outras cautelas, foi que autorizou a delegação; como é pois que estes, defraudando todas essas providências, terão o direito de fazer-se substituir por quem tem condições diversas, por quem seus mandantes não quiseram que exercesse essa comissão? Por um outro mandatário especial e incompatível?

Nem se diga que os representantes da nação não são procuradores do povo brasileiro, ou que não estão sujeitos a esse princípio de direito, porquanto não só a teoria do governo representativo repousa inteira sobre a base do mandato, mas aí está o art. 176 da Constituição, que é bem expressivo e concludente — se ordenará aos eleitores dos deputados que nas procurações lhes

CAPÍTULO I: DA NATUREZA DO PODER MODERADOR E ATRIBUTOS DO IMPERANTE



SEÇÃO 1ª: DA NATUREZA DO PODER MODERADOR E SUA DELEGAÇÃO

§§ 1º e 2º 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 invariavelmente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos. Constituição, art. 98.

§ 1º Da natureza do poder Moderador:

265. O poder Moderador, cuja natureza a Constituição esclarece bem em seu art. 98, é a suprema inspeção da nação, é o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar o como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos. É 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-estar nacional: é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão; é enfim a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, o mais influente de todas as instituições fundamentais da nação.

Este poder, que alguns 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 retilhar 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 de ser delegado.

As questões, pois, que podem oferecer-se só terão de versar sobre a melhor delegação a fazer, ou sobre as atribuições que propriamente devam pertencer-lhe.

§ 2º Da delegação do poder Moderador:

266. Na maior parte das monarchias constitucionais e representativas o poder Moderador está reunido ao poder Executivo, de quem forma a parte a mais elevada, e que é exercida pela Coroa, pela ação e direção do monarca. É, porém, mais lógico e conveniente não confiá-lo, e menos confiá-lo, com nenhum outro poder, por isso mesmo que ele tem de inspecionar a todos, já sobre seu exercício próprio, já sobre suas relações reciprocas.

Pelo que toca à personalidade a quem deva ser confiado, não pode haver dúvida em que deve ser ao imperante, por isso mesmo que é o único poder exclusivamente próprio da Coroa, independente do ministério.

O depositário deste 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 todas as paixões, a todos interesses, a toda rivalidade, ninguém pode ter maior desejo e glória do que ele em que os outros poderes ativos funcionem segundo os preceitos fundamentais do Estado e façam a felicidade deste.

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

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

Resta, pois, somente examinar quais devam ser suas atribuições, e disso nos ocuparemos no capítulo seguinte.

SEÇÃO 2ª: DOS ATRIBUTOS DO IMPERANTE

§§ 1º a 3º A pessoa do imperador é inviolável e sagrada; ele não está sujeito a responsabilidade alguma. Constituição, art. 99.

Os seus títulos são: imperador constitucional e defensor perpétuo do Brasil; e tem tratamento de majestade imperial. Constituição, art. 100.

§ 1º Dos attributos pessoais do imperador:

267. Como o poder Moderador é sinónimo do poder imperial, com razão a Constituição em seguida dele reconheceu logo a inviolabilidade e irresponsabilidade do imperante.

Estes attributos são inseparáveis da monarchia, são dogmas políticos consagrados por justo e irrecusável interesse público. É um principio de ordem e segurança nacional, principio quanto ao poder perfeitamente resguardado pela responsabilidade ministerial, e quanto aos fatos individuais pela fundada crença de que tão alta posição, a majestade e suas virtudes e illustração jamais terão occasião de infringir as leis. Só um sofrimento moral poderia contrariar essa crença.

É por isso mesmo que a lei não institui tribunal algum a respeito, nem pudera estabelecer; nenhum poderia ser competente, nem hábil para julgar a mais alta delegação da soberania nacional, esta teria de descer, deixaria de ser tal desde que fosse obrigada a justificar-se de qualquer accusação. As razões de interesse público, que dão em parte inviolabilidade ao senador, ao deputado, e até aos membros das Assembléias Provinciais, atuam a respeito do imperante em toda a sua força: ele não é sujeito nem à responsabilidade legal, nem à censura que a lei não pode tolerar sem palpável contradição. A qualidade de imperante é inseparável da pessoa que a exerce; a inviolabilidade ou há de ser geral, ou inútil; não há meio termo, o monarca ou há de ser monarca ou deixar de sê-lo; um faccioso não deve ter o arbitrio de accusá-lo por título algum; o que seria uma Coroa chamada aos tribunais?

§ 2º Dos títulos e tratamento do imperador:

268. O imperante é a primeira e a mais elevada representação da soberania e majestade da nação; seus títulos devem ostentar esse alto poder, sua suprema autoridade interior, sua ampla independência exterior.

O título de defensor perpétuo é um título de honra que recorda os attributos do poder Moderador, mas que não attribui à Coroa nenhuma outra autoridade que não esteja estabelecida na Constituição. A qualificação de constitucional ligada ao imperante é um tributo, uma homenagem à lei fundamental do Estado.

§ 3º Das relações destes attributos e títulos:

269. É desnecessário recordar que estes attributos e títulos estão intimamente ligados com o que já expusimos sobre a delegação dos poderes, representação da nação, sua forma de governo, sua dinastia, e com o que depois observaremos sobre a successão do poder imperial.

É um só todo que embora por método, e por seguir a ordem da Constituição, analisemos em partes separadas, nem por isso deixa de constituir uma unidade, que deve ser completa em suas condições essenciaes, para que possa distribuir ao Estado todos os seus beneficios, e fazer a pública felicidade.

CAPÍTULO 2:

DAS ATRIBUIÇÕES DO PODER MODERADOR



SEÇÃO 1ª: DAS ATRIBUIÇÕES DO PODER MODERADOR EM GERAL

Parágrafo único. Observações a respeito:

270. Já notamos que o poder Moderador existe na ordem e natureza real dos direitos, e necessidades sociais, que alguém deve exercê-lo, porque não pode ser exercido pela nação em massa, e que a sua delegação não pode ser confiada senão ao imperante como prerrogativas, atos próprios e direitos da Coroa.

O que pode ser objeto, segundo também já indicamos, de alguma questão é a natureza e amplitude das respectivas atribuições.

Como o poder Moderador inspeciona e se exerce sobre todos e cada um dos outros poderes, para maior clareza dividiremos este capítulo em outras tantas seções, e tratando das atribuições assim classificadas, faremos as observações correspondentes.

SEÇÃO 2ª: DAS ATRIBUIÇÕES DO PODER MODERADOR RELATIVAS AO PODER LEGISLATIVO

§ 1º O imperador exerce o poder Moderador:

1º) *Nomeando os senadores na forma do art. 43. Constituição, art. 101, § 1º. § 2º Convocando a Assembleia Geral Extraordinária nos intervalos das sessões quando assim o pede o bem do Império. Constituição, art. 101, § 2º.*

§ 3º 3º) *Sancionando os decretos e resoluções da Assembleia Geral, para que tenham força de lei, art. 62. Constituição, art. 101, § 3º.*

§ 4º 4º) *Aprovando e suspendendo interinamente as resoluções das Assembleias Provinciais, arts. 86 e 87. Constituição, art. 101, § 4º, e Ato Adicional, art. 9.*

§ 5º 5º) Prorrogando, ou adiando a Assembleia Geral, e dissolvendo a Câmara dos Deputados, nos casos em que exigir a salvaguarda do Estado; convocando imediatamente outra que a substitua. Constituição, art. 101, § 5º.

§ 1º Da nomeação ou escolha dos senadores:

271. Esta atribuição, sem dúvida útil e consequente, não pode ser impugnada por título algum, e não deve pertencer a nenhum outro poder senão ao Moderador.

Além das conveniências que apresenta sobre a formação e caracteres do Senado, de que já tratamos em n.º 64, é um atributo lógico que deve residir em toda sua liberdade na autoridade imperial, já para que o senador independa do poder Executivo, da influência ministerial, já para que o poder Moderador possa equilibrar as opiniões no Senado ou dirigir suas previsões como as condições políticas aconselharem, já finalmente para que crie os pontos de coadjuvação, ou apoio moral, que em circunstâncias dadas, em uma mudança política, ou no exercício de outras atribuições conservadoras, pode necessitar no Senado, nas províncias, na opinião pública. É uma prerrogativa tanto mais conveniente, por isso mesmo que é limitada pela candidatura, ou apresentação do corpo eleitoral, ao que acresce que a Coroa pode ouvir a opinião do Conselho de Estado sempre que julgue útil.

§ 2º Da convocação extraordinária da Assembleia Geral:

272. Esta atribuição é também inseparável do poder Moderador; é um justo direito discricionário que não pode ser bem exercido senão por ele, e ao mesmo tempo é um meio indispensável para que possa dirigir e ocorrer às necessidades ou interesses momentosos da nação em circunstâncias imprevistas ou graves. A convocação é feita por decreto, e com a necessária antecedência.

§ 3º Da sanção das leis ou resoluções da Assembleia Geral:

273. Não devemos reproduzir o que já expusemos em n.º 180, onde demonstramos que esta atribuição é uma condição inaufervel da monarquia constitucional.

Observaremos somente que ela por sua natureza pertence ao poder Moderador, e que se assim não fora não teria este outro meio de derivar ou remover os perigos de uma medida nociva ou fatal, senão o da dissolução, meio extraordinário que tem limites na natureza das coisas, que agita muitas vezes as paixões, e que pode oferecer graves inconvenientes.

§ 4º Da aprovação ou suspensão interina das resoluções ou propostas das Assembleias Provinciais:

274. Esta attribuição não está, como alguns pensam, prejudicada pelo Ato Adicional, antes sim em seu inteiro ser e vigor.

Em n.º 212 já demonstramos que o art. 9 do Ato Adicional dera às Assembleias Provinciais, além de attribuições legislativas, a faculdade de propor as medidas sobre assuntos a cujo respeito não podem legislar, que julgassem úteis, salvas as restrições consignadas no art. 83 da Constituição.

Tem pois o poder Moderador esta attribuição, que é lógica e conveniente, e que em circunstâncias especiais pode ser de alta utilidade e evitar graves danos a uma provincia.

É uma sanção, ou não assentimento, provisória sobre providências, que se relacionam de perto com interesses gerais, e que podem demandar uma solução urgente na ausência da Assembléia Geral, isto é, quando ella não se acha reunida.

§ 5º Da prorrogação, adiamento e dissolução da Câmara dos Deputados:

275. A attribuição da prorrogação é inseparável da faculdade da convocação extraordinária, é de conveniência intuitiva ou em presença de circunstâncias graves, ou no fim de tornar possível a expedição das leis ânuas ou de utilidade e urgência.

A faculdade do adiamento está na mesma ordem: independente da effrescência de paixões pode este ser exigido, ou pela necessidade de pronunciar esclarecimentos, ou trabalhos preparatórios de importância, ou pela prevenção de circunstâncias especiais que se aproximem ou pela presença de uma peste, ou outra eventualidade extraordinária. Pode também ser aconselhada pela prudência política em uma luta de paixões, durante a irritação dos partidos, poupar uma dissolução, e ser mesmo muito preferível a esse meio. A razão recuperará sua calma e as idéas do bem social predominarão exclusivamente em tempo oportuno.

Pelo que toca à attribuição da dissolução, é preciso cerrar os olhos, não estudar a história política, não consultar a razão, nem as paixões, para poder impugná-la.

A Câmara dos Deputados é, e deve ser, a guarda avançada, o baluarte das liberdades públicas, o motor enérgico dos progressos sociais. Sua missão é indispensável, mas por sua força mesma não é sem perigos, a razão e a história o demonstram.

Desde que ella se põe em luta com o ministério, e muito mais quando essa luta é animada de paixões veementes, de excessos, de idéas irritantes,

de aspirações frenéticas, qual o meio de evitar os males resultantes desse despotismo ou intolerância? Estará sempre a razão da parte della, e nunca da parte do ministério, para que seja sempre este quem deva retirar-se?

É sem dúvida uma prerrogativa indispensável e essencialmente ligada ao poder Moderador. Predomine ou não uma facção, intente ou não uma política fatal, desde que se dá um desacordo inconciliável entre a Câmara dos Deputados e o ministério, o poder Moderador é, pela natureza das coisas, chamado a examinar, e em sua consciência apreciar onde entender a razão. Se da parte da Câmara cumpre dissolver o ministério; se da parte deste cumpre dissolver aquella, e destarte consultar a nação, para que uma nova eleição manifeste o seu juízo e desejos. Se a nova maioria vem animada das mesmas idéas, então o ministério deve retirar-se; se pelo contrario é de diverso pensar, o acerto da dissolução fica demonstrado, e a harmonia restabelecida.

A Constituição diz com razão, que a dissolução só deve ter lugar em casos graves, por isso mesmo que é medida grave já em si, já em sua origem, que pode estar na má política, ou nos abusos do ministério, porventura já presentidos pelo país.

É assunto em que a audiência do Conselho de Estado deve ser sempre útil, como observaremos na última seção deste capítulo.

À medida da dissolução deve succeder a convocação immediata da nova Câmara.

SEÇÃO 3ª: DAS ATRIBUIÇÕES DO PODER MODERADOR EM RELAÇÃO AO PODER EXECUTIVO

§§ 1º e 2º *O Imperador exerce o poder Moderador, nomeando e demittindo livremente os ministros de Estado.* Constituição, art. 101, § 6º.

§ 1º Da influencia do poder Moderador sobre o poder Executivo:

276. Embora o imperante, o poder Moderador, seja chefe do poder Executivo, estes dois poderes são, e devem ser distintos; senão teríamos apenas uma fraseologia, e não uma realidade diferente.

O imperante sem o ministro não é poder Executivo, nem os atos deste poder têm vigor sem a assinatura ministerial, sem a responsabilidade, que é garantia indispensável da sociedade.

Compreende-se que o poder Moderador, chefe do poder Executivo, deixe todos os detalhes, toda a administração secundária aos ministros, já

para não distrair sua alta atenção fixada sobre os grandes interesses do Estado, já para que as pequenas questões, os pequenos interesses e paixões individuais, pesem só sobre os ministros, tanto no sentido prático da Constituição, como em todas as relações, já finalmente para evitar delongas sumamente prejudiciais; é o que acontece com as presidências, que estão abaixo do ministério. É, porém, também fácil de compreender que o poder imperial tem a missão de influir muito sobre todos os grandes interesses do Estado, como chefe que é do poder Executivo.

Na dependência de sua vigilância permanentemente estão as instituições, os progressos da civilização, as necessidades sociais, o bem-estar geral. É a alta direção, o espírito elevado, a apreciação da política e da administração superior, enfim o pensamento de impulsão que prefixa a harmonia dos poderes, que tudo antevê, que previne a vigilância nacional.

É o pensamento com que Napoleão I organizava fortemente a França, e Luís Felipe⁴¹ desenvolvia os seus grandes recursos e interesses materiais, para elevar a riqueza nacional, e com ela o poder francês; e é por certo manifesto que antes de exercer-se a atribuição da admissão ministerial, cumpre que os ministros saibam em tempo qual o pensamento que devem ter em vista, ou para que sejam em tudo fiéis a ele, ou para, retirando-se, não o estorvem, no que cometeriam uma falta inqualificável.

§ 2º Da nomeação e demissão dos ministros:

277. O atributo da livre nomeação e demissão do ministério, no todo ou em parte, é de tal modo inerente à Coroa que não é possível compreender o exercício dela sem essa prerrogativa.

Demittir ou dissolver um ministério é mudar o pessoal do poder Executivo, menos o chefe desse poder; e muitas vezes é mudar a marcha política e administrativa do governo em maior ou menor amplitude.

A dissolução de um ministério é e deve ser um ato que independa de dificuldades, desde que os próprios ministros a solicitem ou que o poder Moderador a julgue conveniente. A composição porém, de um ministério é muito difícil. É preciso descobrir pessoas não só dotadas das habilitações precisas, mas que tenham idéias análogas, as mesmas vistas sobre os negócios públicos, os mesmos princípios; é preciso que essas idéias tenham apoio nas Câ-

⁴¹ Luís Felipe, ex-combatente dos exércitos revolucionários e membro do clube dos jacobinos, foi proclamado rei dos franceses pela Câmara dos Deputados, reinou entre 1830 e 1848. Para Napoleão ver nota 1.

maras e no país. Sem essas e outras condições o ministério ver-se-á em breve sem adesões, sem força, sem poder dar conta de sua árdua missão. Em regra a Coroa designa o presidente do Conselho de Ministros, ou o compositor do ministério, e o encarregado sob sua inspeção de compô-lo.

SEÇÃO 4ª. DAS ATRIBUIÇÕES DO PODER MODERADOR EM RELAÇÃO AO PODER JUDICIAL

§ 1º O imperador exerce o poder Moderador:

1º) *Suspendendo os magistrados nos casos do art. 154.* Constituição, art. 101,

§ 7º.

§ 2º 2º) *Perdando e moderando as penas impostas aos réus condenados por ven-*

lença. Constituição, art. 101, § 8º.

§ 3º 3º) *Concedendo anistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade e bem do Estado.* Constituição, art. 101, § 9º.

§ 1º Da suspensão dos magistrados:

278. Havendo queixa contra os magistrados ou incorrendo eles em responsabilidade, depois de serem ouvidos, das informações necessárias e consulta do Conselho de Estado, se se mostra precisa a sua suspensão, é de necessidade que ela seja determinada, e a ninguém pode com mais propriedade de competir essa atribuição do que ao poder Moderador.

O poder Judicial é independente, mas por isso mesmo é de mister que ele seja deitado em seu abuso, que não contrarie sua missão, que não perturbe e viole impunemente as leis que tinha, por dever, cumprir e fazer respeitar.

É medida reservada para os casos graves, mas que neles deve ser empregada; e medida conservadora em relação à ordem e poder Judicial.

§ 2º Do perdão ou moderação das penas:

279. Depois de analisar a natureza desta atribuição em suas diversas partes, procuraremos demonstrar a necessidade dela e sua relação com o poder Moderador.

O perdão ou graça é a remissão da condenação, da pena pública: pode ser total ou parcial; ele supõe o delito e a culpabilidade já julgada, e impede a execução.

Pode ser concedido a um ou a muitos, sem que por isso se confunda com a anistia, como depois veremos; não exime a obrigação de indenizar a parte

ofendida, como declara o art. 66 do Código Criminal, e como é de justiça. Pela nossa legislação, o perdão total reintegra o condenado em seus direitos da data dele em diante, pois que em nenhum caso pode ter efeito retrativo, que a própria lei não tem. Segundo algumas legislações a graça não opera senão sobre a remissão da pena, não desfaz as incapacidades civis e políticas, que pendem do processo de reabilitação.

Em vez do perdão total pode ele, como já dissemos, ser parcial, conservando a natureza da pena, mas minorando sua duração ou pelo contrário transformar a pena mais grave em outra menos pesada, caso em que o perdão parcial toma o nome de comutação.

280. Embora alguns impugnem esta faculdade da graça, a razão prática, os ditames da equidade a defenderam sempre. Qualquer que seja a perfeição ou bondade da lei penal, ela jamais poderá prever e apreciar *a priori* todas as circunstâncias que podem acompanhar um crime e a pessoa do criminoso, circunstâncias que podem ser excepcionais e demandar uma modificação mais ou menos ampla na inflexibilidade da lei; é impossível prever tudo; e a pena não deve prevalecer senão quando é útil à sociedade, quanto serve de exemplo e preenche seus fins.

É pois de mister que haja possibilidade de conciliar a lei com a equidade de imitar em nossas imperfeitas instituições humanas esses atributos da Divindade, que anda ao lado da sua justiça.

A quem deverá porém pertencer esta atribuição? Não será ela mais própria do poder Executivo e da responsabilidade ministerial, por isso mesmo que no caso de abuso pode ser muito prejudicial? Sem que desconhecamos a força de algumas das razões que são alegadas, sem impugnar-mos a necessidade que há de grande discernimento para evitar a surpresa, para bem apreciar todas as circunstâncias, a necessidade que o coração generoso tem de prenuir-se contra as inspirações da compaixão quando não merecida, ainda assim entendemos que é um atributo apropriado ao caráter e natureza do poder Moderador, salva a audiência, ou consulta do Conselho de Estado, que julgamos ser sempre indispensável, e muito principalmente, em certas classes de crimes.

A responsabilidade ministerial a este respeito seria sujeita a muitos inconvenientes, seria preciso estabelecer regras, assemelhar esta atribuição a um novo julgamento; e seria além disso muito difícil, ao mesmo tempo que poderia empecer, ou excitar o exercício de tão bela faculdade quando não conviesse, quando ela não devesse partir senão da inspiração própria da alta inteligência do imperante.

Conforme a lei de 11 de setembro de 1826, a pena de morte jamais é

executada sem que primeiro seja interposto o recurso de graça. O decreto de 9 de março de 1837 e o art. 501 do regulamento de 31 de janeiro, confirmam essa justa disposição.

§ 3º Da concessão da anistia:

281. A anistia é o olvidado, a abolição do crime antes mesmo do julgamento dos indivíduos que nele têm tido parte; ela previne a condenação fazendo com que o juízo criminal não proceda ulteriormente; aos ofendidos só resta a ação civil.

A anistia, quando expressamente não excetua algum, compreende todos os delitos concomitantes, e mesmo os que já estão julgados. Quando em vez de geral é limitada, observa-se então os termos dela, ou de sua limitação.

É uma grande atribuição aconselhada assim pela humanidade como pelo bem do Estado, quando se reconhece que os delinquentes procedem mais desvariados, ou arrastados pelas paixões políticas, ou causas extraordinárias, que pela imoralidade ou inspirações dos crimes. É medida que não deve ser tomada senão quando a ordem pública permite, e quando há razão de presumir que ela produzirá seus úteis efeitos.

É um ato de alta política; algumas vezes um importante meio de governo, de calma, de conciliação; convém empregá-lo a propósito para que não perca a sua eficácia.

SEÇÃO 5ª: DA RESPONSABILIDADE PELOS ATOS DO PODER MODERADOR

§ 1º Os conselheiros de Estado serão ouvidos em todas as ocasiões em que o imperador se proponha exercer qualquer das atribuições próprias do poder Moderador, indicadas no art. 101, à exceção da 6ª. Constituição, art. 142.

§ 2º São responsáveis os conselheiros de Estado pelos conselhos que derem opiniões às leis, e ao interveio do Estado, manifestamente doboas. Constituição, art. 143.

§ 1º Da garantia da audiência do Conselho de Estado:

282. A sabedoria da Constituição, ao tempo que reconhecia e consagrava a existência do poder Moderador, reconhecia também que suas atribuições não deviam, à exceção da 6ª, ser exercidas sem prévia audiência do Conselho de Estado, e certamente ninguém duvidará que essa audiência necessária era uma garantia, já para o menor uso de tão importantes atribuições, já para neutralizar inspirações ministeriais porventura inconve-

nientes, e já enfim porque ella se ligava com a responsabilidade dos conselheiros de Estado.

O nosso Ato Adicional, entre outros erros, em seu art. 32, sem razão, sem fundamento, sem previsão alguma, suprimiu o Conselho de Estado constitucional, como que ignorando o que esta instituição é, e quanto necessária se faz sua existência mormente em um Estado constitucional. Conservar o poder Moderador e suas attribuições e abolir o Conselho de Estado, a audiência necessária a garantia e responsabilidade do exercicio de tais attribuições, e isto a título de liberdade política, é realmente uma aberração original e inexplicável!

Hoje a audiência do Conselho de Estado pela lei de 23 de novembro de 1841 é puramente facultativa!

§ 2º Responsabilidade dos conselheiros de Estado:

283. O poder Executivo é separado e distinto do poder Moderador. Os ministros de Estado não são agentes, nem intervem no exercicio deste último poder, pelo menos essa é a presunção, ou crença constitucional; assinando tais atos seu nome não apparece senão para autenticar o reconhecimento, a veracidade da firma imperial, não são pois responsáveis por elles.

Ora, em principio geral, e salva uma ou outra excepção, em que a responsabilidade equivalera a denegação de uma attribuição indispensável, nem um ato do poder deve deixar de ter quem por elle se responsabilize. Foi por isso que a Constituição fez necessária a audiência do Conselho de Estado, e consagrou a responsabilidade dos conselheiros em sua dupla categoria, isto é, ou quando seus conselheiros são opostos às leis, a quem juraram fidelidade, ou quando no silencio delas são elles manifestamente dolosos.

Nem se diga que sua audiência é de pouca importância, por isso que seu voto é puramente consultivo, e pode por isso ser preterido. Posto que puramente consultivo é uma soma de votos de alta garantia; se não é unânime, obtém-se a segurança da responsabilidade dos que se pronunciaram em favor da medida adotada; se é unânime, nunca ou quase nunca essa unanimidade, essa força moral será preterida.

É sem dúvida preciso contar com a imperfeição das instituições humanas, mas é essencial reduzir essa imperfeição à menor expressão possível, e não aumentá-la.

Quando não há uma responsabilidade legal, há, qualquer que seja a teoria, a vontade a mais reta, inconvenientes os mais palpitaes, ou uma responsabilidade moral, que é altamente prejudicial.

CAPÍTULO 3: DA SUCESSÃO DO IMPÉRIO E DA REGÊNCIA



SECÇÃO 1ª. DA SUCESSÃO DO IMPÉRIO

§ 1º O senhor D. Pedro I, por unânime aclamação dos povos, imperador constitucional e defensor perpetuo, imperará sempre no Brasil. Constituição, art. 116.

§ 2º Sua descendência legitima succederá no trono, segundo a ordem regular de primogenitura e representação, preferindo sempre a linha anterior ás posteriores; na mesma linha o grau mais próximo ao mais remoto; no mesmo grau o sexo masculino ao feminino; no mesmo sexo a pessoa mais velha à mais moça. Constituição, art. 117.

§ 3º Extinta a linha dos descendentes legitimos do senhor D. Pedro I, ainda em vida do último descendente, e durante o seu império, escolherá a Assembléa Geral nova dinastia. Constituição, art. 118.

§ 4º Nenhum estrangeiro poderá succeder na Coroa do Império do Brasil. Constituição, art. 119.

§ 5º O casamento da princeza herdeira presuntiva da Coroa será feito a aprazimento do imperador; não existindo o imperador ao tempo em que se tratar deste casamento, não poderá elle effectuar-se sem aprovação da Assembléa Geral. Seu marido não terá parte no governo, e somente se chamará imperador depois que da imperatriz tiver filho ou filha. Constituição, art. 120.

§ 1º Da perpetuidade da monarquia:

284. A expressão do art. 116 é a reprodução do principio fundamental consagrado nos arts. 3 e 4 da Constituição, e sobre que já fizemos anteriormente algumas observações.

É o principio monárquico hereditário, ou perpetuado na dinastia do fundador do Império, que assim imperará sempre no Brasil. É o principio de ordem e de segurança da nossa monarquia constitucional e representativa, que fixa o direito da transmissão do poder imperial, que evita toda a incerteza, toda a dúvida, todos os perigos de qualquer outro sistema.

CAPÍTULO I: DA NATUREZA E DIFERENTES CARACTERES DO PODER EXECUTIVO



SEÇÃO 1ª: DA NATUREZA E DELEGAÇÃO DO PODER EXECUTIVO

§§ 1º a 3º O imperador é o chefe do poder Executivo, e o exercita por seus ministros de Estado. Constituição, art. 102.

§ 1º Da definição ou natureza do poder Executivo:

310. O poder Executivo é a delegação da soberania nacional encarregada não só da execução das leis de interesse coletivo da sociedade, mas também da deliberação e impulsão, da segurança e gestão da alta administração do Estado.

Tem pois uma dupla natureza, uma dupla competência, duas ordens de atribuições que se ligam estreitamente, mas que nem por isso deixam de ser distintas.

Como encarregado e fiscal da execução das leis sua competência compreende, salvas as exceções expressas, todas as leis de interesse geral, tanto políticas como administrativas, isto é, todas as leis do Estado, à exceção das que por sua natureza pertencem à ordem judiciária, por isso que respeitam não ao interesse social coletivo, sim aos interesses individuais entre si, ou das que, embora de interesse genérico, estão expressamente incorporadas à ordem judiciária, como as leis penais.

Como agente da deliberação e impulsão, como guarda da segurança interna e externa e diretor da alta administração do Estado, sua missão é muito elevada e ampla, é quase indefinível. É quem deve promover, dirigir e secundar todos os diferentes interesses sociais, internos e externos, perante o poder Legislativo, nos países estrangeiros e no seio da sociedade nacional; é quem deve remover todos os males e perigos intestinos ou estranhos; é enfim quem deve em tudo e por tudo encaminhar a sociedade a seu fim social. É a força da ação social, que deve ser forte, mas que não ameace a liberdade.

Posto que o poder Executivo ou administrativo seja uma e a mesma coisa, ou sinônimos, todavia alguns publicistas, para melhor assinalar seu duplo caráter reservam-lhe para o caso em que ele é mero executor a denominação de poder administrativo, e para o caso em que ele promove e impõe a primeira impulsão ao Estado a de governo ou poder governamental. Com efeito, no primeiro caráter não é senão um simples administrador ou executor das leis respectivas e de suas consequências; no segundo é muito mais importante, é o governo do país, menos a confecção das leis e ação da justiça particular, e salva a inspeção do poder Moderador e Legislativo.

Posteriormente veremos quais as variadas e importantes atribuições que se derivam destas duas missões gerais: por ora só acrescentaremos que a constituição deste importante poder, as atribuições de que ele é dotado, o modo por que as exerce são as condições que estabelecem a diferença entre os governos, entre a república, a monarquia constitucional ou a monarquia pura.

§ 2º Da delegação do poder Executivo:

311. O poder Executivo é delegado ao imperador com seus ministros de Estado. Ele é o chefe, mas não o exerce por si, sim por estes agentes necessários e constitucionais, que completam e respondem por este poder. Sem que os ministros referendem ou assinem os atos desta delegação nacional, eles não são executáveis. Constituição, art. 132.

Estas condições do poder Executivo não só oferecem as garantias que são indispensáveis à sociedade, mas são também elas que distinguem e separam este do poder Moderador.

Daí também se infere que nos assuntos de maior importância faz-se necessário o acordo do pensamento do chefe do poder com os ministros, já porque ele tem o direito de demiti-los desde que falta esse acordo, já porque estes não podem nem devem em tais assuntos ir de encontro à sua convicção e consciência, e pelo contrário preferir desde então dar a sua demissão antes do que trair os seus deveres para com os direitos e públicos interesses.

§ 3º Da necessidade da delegação deste poder em ambas as suas partes:

312. A necessidade desta delegação, da existência do poder Executivo pelo que toca à ação das leis, à tarefa de realizá-las, de dar-lhes vida prática, é de simples intuição. É manifesto que o poder Legislativo não decreta as medidas sociais necessárias para que fiquem inativas e sem observância, sim para que efetivamente atuem sobre a sociedade e tenham a devida existência, os seus úteis resultados. É pois indispensável que haja um instru-

mento organizado que anime essas medidas, que seja o motor de sua vitalidade real.

Pelo que toca à missão de impulsão, de velar sobre a segurança do Estado, de dirigir a sociedade, missão indispensável e que por sua natureza não pode ser bem circunscrita, a quem confia-se a este mesmo poder, e tanto mais quando ela está ligada com a sua primeira incumbência? Nenhum outro poder tem a vida permanente, nem os meios de illustração e de ação que ele possui.

SEÇÃO 2ª: DOS DIFERENTES CARACTERES DA AUTORIDADE EXECUTIVA

§ 1º Da autoridade mais ou menos plena do poder Executivo:

313. O poder Executivo, ou ele opere como poder puramente administrativo, isto é, como simples administração, ou opere como poder político, governamental, como administração ativa ou direção superior, expressões que são equivalentes, pode atuar em uma de duas posições, em uma de duas órbitas. *Prima*, pode agitar exercer os atos de sua competência por modo que não fica, que não ofenda nenhuma lei e consequentemente nenhum direito, e então sua autoridade é plena e soberana. *Secunda*, pode exercer os atos, posto que de sua competência, por modo que vão de encontro ou ofendem alguma lei e, consequentemente algum direito, e então sua autoridade, por isso mesmo que excedeu seus limites, não é soberana, e pelo contrário é suscetível de contestação legal.

Nós passamos a especializar melhor esta distinção nos parágrafos seguintes e a demonstrar na continuação deles a diversidade de recursos que daí se deriva.

§ 2º Da autoridade dos atos do poder Executivo não suscetível de reclamação contenciosa:

314. O poder Executivo, mormente quando dirige o governo do Estado, sua marcha política, suas relações exteriores, sua segurança, ou quando promove os interesses coletivos sociais ou mesmo trata de realizá-los ou regulamentá-los; quando ele é a alta direção moral dos interesses gerais da nação, o instrumento de sua vida social, seu órgão de iniciativa, apreciação e impulsão, seu espírito e pensamento, pela natureza das coisas precisa ter uma ampla latitude de ação, livre escolha dos meios. Sem isso não é possível que ele possa preencher bem a sua missão, servir bem a sociedade.

As instruções e as leis de um Estado civilizado prevêem e reconhecem esta necessidade e, consequentemente, dão-lhes essa latitude, essa esfera não arbitrária, mas de uma discreção ilustrada, salvos sempre os limites dos poderes políticos e os direitos dos indivíduos.

É uma latitude essencial, pois que o poder Executivo tem muitas vezes a necessidade de dirigir-se pelo direito das gentes, diplomático ou eclesiástico, tem de estudar, compreender e adotar as medidas sociais porventura não as melhores possíveis, sim as melhores que pode realizar; tem enfim a necessidade de remover dificuldades ou perigos não previstos, e alguns mesmo impossíveis de prever-se.

Ora, enquanto sua ação ou atos são ditados dentro dessa órbita, enquanto respeitam os limites dos poderes, as leis e os direitos dos indivíduos, gozam não só de uma autoridade incontestável, mas produzem uma obrigação formal de inteira e inquestionável obediência, são atos ou determinações de inteiro império.

Não importa que esses atos prejudiquem interesses particulares, subordinando-os ao serviço ou interesse público, pois que este deve predominar, e os simples interesses não são direitos. É útil conciliá-los todos, mas na impossibilidade de ceder ao interesse coletivo.

Em tal caso não é admissível reclamação alguma contenciosa da parte dos cidadãos, resta-lhes apenas o recurso gracioso.

Podemos figurar o caso na demissão de um empregado, a respeito do qual o poder Executivo tenha o direito de prover ou demitir *ad nutum*; ⁴⁵ qualquer que seja o prejuízo ou interesse do demitido, ele não pode contestar a legitimidade de um ato tal de mero império; e se estes atos pudessem ser contestados por via contenciosa, a ação administrativa seria enervada, tornar-se-ia incapaz de preencher sua alta missão, não teria a faculdade que lhe foi conferida.

§ 3º Da autoridade dos atos do poder Executivo suscetível de impugnação contenciosa:

315. Quando pelo contrário os atos do poder Executivo, em vez de conterem-se só nessa latitude, ou órbita, infringem leis do Estado e, consequentemente, direitos individuais ou fórmulas protetoras desses direitos, então sua autoridade é suscetível de contestação de recurso contencioso.

⁴⁵ À vontade.

Desde então a questão não é mais de mero interesse, é de um direito, da infração de uma lei, de um abuso, é de justiça e não de discricção administrativa. Nem outro deve ser o princípio, pois que desde então há, da parte da administração, violação de lei e a obrigação de reformar o seu ato; o contrário seria constituir a vontade ministerial como superior à lei, inutilizar ou aniquilar o poder Legislativo, e falsear, ou antes, destruir todo o sistema e garantias constitucionais, não haveria segurança de direitos.

Enquanto a administração não suscita tais reclamações é indiferente, como bem pondera Vivien;⁴⁴ examinar se suas medidas partem de sua autoridade limitada, ou de sua latitude discricionária; desde porém que há reclamação contenciosa cumpre reconhecer se, com efeito, trata-se de um simples interesse ou de um direito. Qualquer que seja o assunto sobre que a administração, ou governo opere, desde que se reclama em virtude de um direito, se este existe dá-se um recurso contencioso e muito legal, que deve ser deferido com inteira justiça.

É desnecessário ponderar que os direitos ou são constituídos pela lei, ou são expressões da natureza moral do homem por ela reconhecidos explicita ou implicitamente como tais não têm outras fontes, mas desde que realmente desta se derivam, é claro que não exista, a esse respeito, a pretendida autoridade discricionária, pois que esta nunca se estende a derrogar as leis, ou a destruir os direitos.

§ 4º Algumas observações a respeito dos parágrafos antecedentes:

316. Posto que a matéria dos parágrafos antecedentes possa parecer mais própria do direito administrativo, todavia ela pertence também ao direito público; e julgamos convenientemente resumir-la ao menos no que indicamos para orientar a defesa dos direitos dos cidadãos em suas relações para com os governantes. O direito administrativo explicará os termos do recurso gracioso, que tem sempre lugar ante a Coroa, e os do recurso contencioso, que deve ser interposto por via do Conselho de Estado, bem mal organizado em nosso país; e que ainda assim tem prestado muitos, e muitos valiosos serviços. No que expusemos deixamos de indicar a inspeção que o poder Legislativo em todo o caso exerce sobre o poder Executivo, e o recurso de responsabilidade ministerial, porque de uma dessas condições constitucionais já tratamos, e de outra falaremos ainda de novo posteriormente.

⁴⁴ Alexandre François Vivien (1799-1854), homem de Estado francês, foi deputado, conselheiro de Estado e ministro da Justiça.

§ 5º De outros caracteres ou condições do poder Executivo:

317. Assim como o poder Legislativo deve ser organizado mediante as condições que observamos para que possa bem preencher sua missão, também, o poder Executivo demanda atributos essenciais à sua natureza, e sem os quais não poderia satisfazer os valiosos serviços que lhe são cometidos. Entre os seus principais caracteres, ou condições, figuram os seguintes:

Necessidade de unidade de ação, ou antes de execução em seus diferentes graus.

A deliberação é, e deve ser obra de muitos, que discutam e ilustrem as resoluções; a ação ou execução deve ser confiada a uma unidade, a um centro único; é condição que tem por si não só a experiência, mas a previsão. Sem isso não é possível a harmonia de vistas, a celeridade ou prontidão, enfim a força.

Se na deliberação a morosidade é compensada pelo acerto das resoluções, na execução ela não tem outro efeito senão de paralisar e enfraquecer; a ação não se concilia com o concurso de opiniões encontradas, e demais entorpece a responsabilidade.

É, pois, essencial reunir, na administração central, sob a ação do monarca e, nas províncias, sob a ação da presidência, tudo quanto respeita ao governo geral e provincial, de modo que prevaleça a unidade de vistas, a prontidão, e a energia; nada de centros coletivos de execução.

Convém que o próprio poder Executivo tenha em seus diferentes graus os seus conselhos consultivos, para que precedentemente se ilustre, e evite a precipitação; mas desde que se julgar esclarecido, a sua ação deve ser livre e pronta.

Independência: Por isso mesmo, e porque é responsável, é também essencial que sua ação se mantenha independente de todo e qualquer estorvo, quanto aos meios que são precisos para exercer suas atribuições. Em sua esfera legal não deve sofrer obstáculo algum; se os outros poderes tivessem o direito de opô-los ficaria à mercê deles, e impossibilitado de preencher sua missão.

Subordinação aos seus agentes: A condição de ramificar-se por meio de seus agentes em todo o território, de modo que nem uma parte deixe de estar debaixo de sua ação pronta e eficaz, é de necessidade intuitiva; a consequente necessidade da subordinação de tais agentes é ainda mais palpante. É essencial que sejam fiéis e obedientes, pois que aliás em vez de coadjuvarem, criariam obstáculos, enervariam o governo, a ordem e os interesses sociais. Essa subordinação pela natureza das coisas acompanha as hierarquias e competências administrativas, e estabelece os respectivos direitos de inspeção, reforma e revogação dos atos dos subordinados. São os meios de

corrigir as omissões, os erros, e de manter a unidade, a ordem, e justiça administrativa.

Os agentes do poder administrativo, que por qualquer motivo não quiserem cumprir suas determinações, ou dar o seu concurso a suas idéias, ou política, têm o direito e o dever de demitir-se; enquanto porém servem os cargos que por ele lhe foram confiados, estão na rigorosa obrigação de ser subordinados e fiéis.

Centralização indispensável, mas não a concentração administrativa, que seria fatal: A centralização política, que fortifica e perpetua a ação do governo nas relações políticas do Estado, quer internas, quer externas, deve ter um só foco: todas as relações dos serviços e interesses gerais da nação devem ser agitados em perfeita harmonia por uma só inteligência. O motor político e nacional não pode ser senão um e único.

Competências ou meios suficientes para uma missão: Pois que é de primeira necessidade dar a cada poder as faculdades, ou recursos, que são precisos, para que possa desempenhar seus deveres, é por isso mesmo que as questões contenciosas da administração devem ser por ela decididas.

Organização harmoniosa e completa: Que marche e funcione sempre de acordo, e que se reproduza, ou agite em todas as localidades do Estado, onde a ação administrativa deve ter vida, ou movimento.

CAPÍTULO 2:

DAS ATRIBUIÇÕES POLÍTICAS E GOVERNAMENTAIS DO PODER EXECUTIVO



SEÇÃO 1ª: DAS ATRIBUIÇÕES POLÍTICAS E GOVERNAMENTAIS DO PODER EXECUTIVO EM GERAL

Parágrafo único. Observações a respeito:

318. O poder Executivo, como já observamos, pode ser considerado por duas faces distintas, como entidade política e governamental, ou como mero administrador.

Na qualidade de poder político e governamental tem ele atribuições correspondentes à sua missão, atribuições que se relacionam com o poder Legislativo, Judicial, eclesiástico ou espiritual. Tem também atributos indispensáveis à direção e serviço das relações internacionais, à segurança externa do Estado. No seu caráter de motor político e governamental sua missão abrange tanto a política interior como exterior em todas as suas dependências.

Neste capítulo exporemos cada uma dessas atribuições em seção correspondente. Em capítulo posterior consideraremos este poder na outra qualidade sua de simples administrador, e indicaremos então quais sejam suas respectivas funções.

SEÇÃO 2ª: DAS ATRIBUIÇÕES DO PODER EXECUTIVO EM RELAÇÃO AO PODER LEGISLATIVO

§ 1º São suas principais atribuições:

Convocar a nova Assembleia Geral ordinária no dia 3 de junho do terceiro ano da legislatura existente. Constituição, art. 102, § 1º.

§ 2º Oferecer ao poder Legislativo as propostas que julgar convenientes para que se convertam em projetos de lei. Constituição, art. 53.

§ 3º *Apresentar anualmente o balanço e o orçamento da receita e despesa do Estado* [Constituição, art. 172], e a informação necessária para a fixação das forças de mar e terra. Constituição, art. 15, § 11º.

§ 4º *Pazzer a promulgação das leis e sua remessa às câmaras competentes.* Constituição, arts. 68 e 69.

§ 5º *Expedir os decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das leis.* Constituição, art. 102, § 12º.

§ 6º *Decretar a aplicação dos rendimentos destinados pela Assembléa Geral aos vários ramos da pública administração.* Constituição, art. 102, § 15º.

§ 1º Da convocação da nova Assembléa Geral:

319. A nova Assembléa Geral podia, como já observamos em n.º 141, ser convocada de pleno direito, ou só pela ação da lei independente desta atribuição do poder Executivo; entretanto é um ato importante, que não deve efetuar-se sem sua intervenção, sem essa harmonia da Coroa com a liberdade pública.

Demais, se houvesse demora na regularidade da renovação da Câmara eleitiva, o Senado cumpriria o dever que lhe é imposto, como já observamos no citado número.

Vê-se pois que o dever de convocar a Assembléa Geral não importa o direito de deixar de convocá-la, direito que seria incompatível com a sequência da ordem constitucional.

§ 2º Das propostas do poder Executivo:

320. Não reproduziremos o que a este respeito já expusemos em n.º 134 e 168. Acrescentaremos somente que esta faculdade é inseparável da impulsão que o poder Executivo deve dar a todas as medidas necessárias aos interesses e serviços públicos. Seria mesmo pouco racional proibir que o poder que está mais habilitado para bem sentir as necessidades sociais, e apreciar os meios de satisfazê-las, pudesse oferecer as proposições correspondentes e auxiliar eficazmente o bem-ser geral, objeto e fim que todos os poderes públicos devem ter em vistas.

§ 3º Da apresentação dos orçamentos, balanços e informações para a fixação de forças:

321. Como já em n.º 95 observamos, é o poder Executivo que tem de realizar os diferentes serviços públicos, quem está mais habilitado para indicar e orçar as despesas necessárias ao Estado.

É demais ele que preside à execução das leis do orçamento, que respon-

de pela legalidade das despesas e boa fiscalização da receita, quem deve apresentar os respectivos balanços e prestar as devidas contas.

Sua audiência ou informação para a fixação de forças é também indispensável, por isso mesmo que é ele o encarregado de manter a segurança interna e externa do Estado, e auxiliar a ação da administração judicial, como já expusemos em n.º 100 e seguintes.

§ 4º Da promulgação das leis e remessa de seus exemplares:

322. A promulgação é, como já demonstramos em n.º 189, um ato indispensável para fixar-se o tempo em que a lei começa a ser obrigatória. Nesse mesmo número e seguinte também observamos que este ato deve ser seguido de sua necessária publicidade.

Não reproduziríamos a matéria deste, e dos três parágrafos antecedentes, se não fora a conveniência de enumerar todas as atribuições do poder Executivo que fazem objeto desta seção, ao menos remissivamente.

§ 5º Dos regulamentos, decretos e instruções necessários para a boa execução das leis:

323. Já vimos anteriormente que a divisão dos poderes políticos, e sua exata e real separação, é a primeira e essencial condição da veracidade do sistema constitucional. Já observamos também em n.º 81 que ao poder legislativo, só e exclusivamente a ele, compete decretar os princípios gerais, as normas, ou disposições reguladoras da sociedade, dos direitos e obrigações dos indivíduos; que tudo que é criar, ampliar, restringir, modificar, ou extinguir direitos, obrigações ou penas, é do privativo domínio da lei. Fixados estes princípios, torna-se fácil reconhecer onde pára a esfera da atribuição regulamentar dada ao governo; nós indicaremos primeiramente a necessidade desta atribuição, e depois sua definição e seus limites.

324. *Necessidade da atribuição:* Seria não só inconveniente, mas porventura mesmo impossível, que o poder Legislativo, tendo de decretar a lei, previsse e descesse a todos os detalhes de sua execução. Seria inconveniente, porque fora tolher toda a ação do poder Executivo demandada pelas necessidades e condições locais e móveis, ou pelas variadas circunstâncias do público serviço. Seria quase impossível, por isso mesmo que as leis abraçam todo o Estado, todas as suas localidades e condições diversas, que não podem ser apreciadas de antemão, e só sim em face das ocorrências que existem medidas e detalhes mutáveis, e não disposições fixas, como são as da lei. Conseqüentemente, como a lei em sua execução demanda providências, detalhes variáveis, mobilidade conveniente, para que preencha bem os seus

fins, para que não encontre obstáculos, com razão atribuiu a Constituição do Império, ao poder Executivo, a tarefa de expedir os atos necessários para a boa execução dos preceitos legislativos.

É mesmo uma atribuição indispensável ao governo, um dos modos por que ele consegue preencher sua missão executiva, por que segura a observância da lei, remove as dificuldades e imprime sua impulsão, ou direção administrativa.

325. Sua definição: Os regulamentos são pois atos do poder Executivo, disposições gerais revestidas de certas formas, mandadas observar por decreto imperial, que determinam os detalhes, os meios, as providências necessárias para que as leis tenham fácil execução em toda a extensão do Estado. São instruções metódicas circunscritas, e não arbitrárias, que não podem contrariar o texto, nem as deduções lógicas da lei, que devem proceder de acordo com os seus preceitos e conseqüências, que não têm por fim senão empregar os expedientes accidentais e variáveis, precisos para remover as dificuldades e facilitar a observância das normas legais. São medidas que regulam a própria ação do poder Executivo, de seus agentes, dos executores, no desempenho de sua missão; são atos, não de legislação, sim de pura execução, e dominados pela lei.

Em todos os graus da hierarquia administrativa os respectivos depositários do poder têm a necessidade e o encargo, dentro das condições e limites legais de tomar as medidas necessárias, as que são reclamadas, para que as leis, cuja guarda lhes é confiada, sejam cumpridas e observadas; é uma atribuição que resulta da necessidade de desempenhar o serviço.

Eis o que são os regulamentos, estes atos da magistratura executiva, estes meios estabelecidos para a boa execução das leis.

326. Limites da atribuição: Do que temos exposto, e do princípio, também incontável, que o poder Executivo tem por atribuição executar, e não fazer a lei, nem de maneira alguma alterá-la, segue-se evidentemente que ele compete a grave abuso em qualquer das hipóteses seguintes:

1º) Em criar direitos, ou obrigações novas, não estabelecidos pela lei, porquanto seria uma inovação exorbitante de suas atribuições, uma usurpação do poder Legislativo, que só poderá ser tolerada por câmaras desmoralizadas. Se assim não fora, poderia o governo criar impostos, penas, ou deveres, que a lei não estabeleceu, teríamos dois legisladores, e o sistema constitucional seria uma verdadeira ilusão.

2º) Em ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações, porquanto a faculdade lhe foi dada para que fizesse observar fielmente a lei, e não para introduzir mudança ou alteração alguma nela; para manter os direitos

e obrigações como foram estabelecidos, e não para acrescentá-los ou diminuirlos, para obedecer ao legislador, e não para sobrepor-se a ele.

3º) Em ordenar, ou proibir o que ela não ordena, ou não proíbe, porquanto dar-se-ia abuso igual ao que já notamos no antecedente número preliminar. E demais, o governo não tem autoridade alguma para suprir, por meio regulamentar, as lacunas da lei, e mormente do direito privado, pois que estas entidades não são simples detalhes, ou meios de execução. Se a matéria como princípio é objeto de lei deve ser reservada ao legislador; se não é, então não há lacuna na lei, sim objeto de detalhe de execução.

4º) Em facultar, ou proibir, diversamente do que a lei estabelece, porquanto deixaria esta de ser qual fora decretada, passaria a ser diferente, quando a obrigação do governo é de ser em tudo e por tudo fiel e submisso à lei.

5º) Finalmente, em extinguir ou anular direitos ou obrigações, pois que um tal ato equivaleria à revogação da lei que os estabeleceu ou reconheceu; seria um ato verdadeiramente atentatório.

327. O governo não deve por título algum falsar a divisão dos poderes políticos, exceder suas próprias atribuições, ou usurpar o poder Legislativo. Toda e qualquer interrupção fora destes limites é fatal, tanto às liberdades públicas, como ao próprio poder.

O abuso dos regulamentos de 25 de julho de 1830 em França devia ter imposto grave pena sobre os ministros prevaricadores, que por esse meio traíram seus deveres sagrados para com Carlos X.⁴⁵ É um dos maiores abusos pois que se deriva justamente do poder, que mais deveria zelar da lei; é ele então o primeiro que a corrompe.

Desde que o regulamento excede seus limites constitucionais, desde que ofende a lei, fica certamente sem autoridade porquanto é ele mesmo quem estabelece o dilema ou de respeitar-se a autoridade legítima e soberana da lei, ou de violá-la para preferir o abuso do poder Executivo.

Desde então o deixar de observar o regulamento não é resistir à ação ministerial, é obedecer ao preceito da lei. A autoridade judiciária não tem o direito de declará-lo nulo, por medida geral ou revogá-lo, mas tem o dever de declará-lo inaplicável no caso vertente; pois que ela é também guarda da

⁴⁵ Carlos X, rei da França de 1824 a 1830, foi obrigado a abdicar em consequência da eclosão de um movimento revolucionário liberal. Os fatos se precipitaram depois que o rei assinou as três ordenanças de julho, pretendendo dissolver a Câmara dos Deputados, abolir a liberdade de imprensa e modificar a lei eleitoral.

lei em sua aplicação e adstrita a respeitar os direitos e obrigações individuais, e não um instrumento cego e bruto da arbitrariedade; é obrigada a defender a lei, a não violá-la.

Os cidadãos ofendidos em tal caso têm demais, ou além dos tribunais, o recurso contencioso ao poder Legislativo, ou ao imperante em seu Conselho de Estado. Se não podem, por esse meio, atacar tais regulamentos em sentido geral, para que sejam revogados, podem inquestionavelmente, recorrer deles no sentido da ofensa do seu direito particular para que ou não lhe seja aplicado, ou seja, essa ofensa reparada.

Tem mesmo por via graciosa a faculdade de pedir sua inteira revogação, demonstrando a sua ilegalidade ou mesmo seus erros, e inconvenientes.

Quando pelo contrário os regulamentos circunscrevem-se, dentro das respectivas atribuições, são perfeitamente obrigatórios; participam da força da respectiva lei, e com ela como que se confundem.

A Constituição inglesa e a americana denegam esta atribuição, alias necessária a seus poderes Executivos; é uma lacuna prejudicial, e é a razão por que as leis desses países são tão difusas e minuciosas.

A Constituição francesa de 1830 e a portuguesa são, a este respeito, semelhantes à nossa. A Constituição belga, além de semelhante, acrescenta em seu art. 107, que as cortes e tribunais observarão os regulamentos *quando conformes às leis*. Esta conformidade resulta de duas circunstâncias, isto é, que o administrador, de que eles emanam, tenha poder legal e que circunscreva suas disposições dentro dos limites de suas atribuições.

Por isso mesmo que os regulamentos não são leis e sim meios de execução destas, nem sempre têm um caráter estável e permanente; podem portanto variar, e acomodar-se às circunstâncias emergentes. O poder Executivo, que está sempre em ação, sempre informado das necessidades e conveniências públicas, tem pois o direito de alterá-los, e muito mais de interpretá-los, salvas sempre as disposições legais. É esta uma das razões por que a infração dos regulamentos por si só não pode fundar a concessão de uma revista; não são leis.

328. Pelo que respeita aos decretos e instruções ministeriais, observaremos somente que os decretos são atos redigidos em nome do monarca, por ele assinados e referendados pelo respectivo ministro, que, segundo os estilos de cada Corte, são reservados para medidas mais importantes, que não devem depender somente da assinatura ministerial. As instruções são atos ministeriais que se destinam a desenvolver o pensamento dos regulamentos ou ordens do governo, ou suas idéias sobre o modo de resolver as dificuldades que possam ocorrer na execução das leis ou realização dos atos admi-

nistrativos. São avisos detalhados que prescrevem a marcha que os agentes da administração devem seguir para bem do público serviço, para que haja unidade, harmonia e atividade governamental.

Concluiremos observando que em n.º 90 já notamos que o abuso ministerial a título desta atribuição, por mais de uma vez tem pretendido usurpar o direito de interpretar as leis, e demais disso obter do poder legislativo delegações que a Constituição não permite para erigir-se em legislador, como também já ponderamos.

Esta faculdade regulamentar é necessária, mas deve conter-se em seus limites constitucionais e jamais ultrapassá-los.

§ 6.º Da aplicação das rendas públicas aos diversos serviços administrativos:

329. A faculdade que o governo tem de decretar a aplicação dos rendimentos destinados pelo poder Legislativo aos vários ramos da pública administração é a reprodução da mesma atribuição regulamentar especializada em relação a essa importante parte do serviço do Estado.

Ele não pode ultrapassar os limites das respectivas leis, ou dos créditos abertos, alterar os seus destinos, ou deixar de fazer os serviços determinados. É uma faculdade que lhe é outorgada para a boa execução das leis de finanças, e nunca deverá ser exercida por modo inverso a seu fim.

Podem ocorrer circunstâncias que obriguem a pedir à Coroa em seu conselho ministerial a abertura de créditos, para suprir a escassez dos que foram autorizados pela lei do orçamento, ou para o ajuste de contas de um exercício, ou mesmo para despesas urgentes e não previstas.

No primeiro caso esses créditos têm a denominação de suplementares. São os que no decurso do serviço do exercício dos ministros na ausência das Câmaras pedem ao monarca que autorize, atenta a insuficiência dos fundos afetados ao respectivo serviço pela lei de finanças. Tais autorizações devem ser apresentadas ao corpo legislativo logo que ele se reúne, para que sejam convertidas ou aprovadas em lei, depois de justificada a sua necessidade pelo respectivo ministro, e sob sua responsabilidade.

Dá-se o nome de créditos complementares aos que ao tempo da liquidação das contas de um exercício são necessários para saldar os serviços dele, quando os fundos votados não são para isso suficientes. Estes créditos podem ser provisoriamente autorizados pela Coroa em conselho dos ministros, mas devem ser regularizados pelo corpo legislativo na lei de aprovação das contas.

Denominam-se créditos extraordinários, por oposição aos contempla-

dos pelo *budget*⁴⁶ que se chamam ordinários, os que os ministros pedem para serviços não previstos, nem contemplados nele, mas que se tornam urgentes e indispensáveis. Podem ser autorizados como os suplementares e como deles sujeitos ao *bill* de indemnidade⁴⁷ à aprovação do corpo legislativo, depois de justificados.

É manifesto que as Câmaras devem fiscalizar com inteira atenção estes atos ministeriais, e obstar os abusos a respeito, que podem ser fatais.

SEÇÃO 3ª: DAS ATRIBUIÇÕES DO PODER EXECUTIVO EM RELAÇÃO AO PODER JUDICIAL

§ 1º São suas atribuições:

Nomear magistrados. Constituição, art. 102, § 3º.

§ 2º *Os magistrados não podem ser suspensos senão pelo poder Moderador* [Constituição, arts. 101, § 7º, e 154] *nem demitidos sendo nos termos do art. 155 da Constituição.*

§ 1º Da nomeação dos magistrados:

330. Posto que o poder Judicial seja um poder independente e diretamente delegado pela nação, nos termos dos arts. 10, 12 e 151 da Constituição, todavia esta com razão deu ao poder Executivo a atribuição de nomear os magistrados, mediante as condições estabelecidas pelas leis.

Se essa nomeação fosse feita por eleição popular, ressentir-se-ia de muitos e graves inconvenientes. Para que fosse realizada sob proposta ou apresentação do Supremo Tribunal de Justiça faltariam a este, quanto à primeira instância, informações indispensáveis, e seria mesmo dar-lhe uma atribuição menos própria de sua instituição.

É o poder Executivo, e só ele, quem está habilitado para prover com acerto os lugares da primeira instância; quanto à segunda, a nossa lei de 26 de junho de 1850 é providente: as nomeações para o Supremo Tribunal são determinadas somente pela antiguidade.

⁴⁶ O *budget* é o orçamento de despesas do Estado.

⁴⁷ Chamava-se *bill de indemnidade* a proposição ou projeto de lei apresentado ao Parlamento para que se approvasse algum ato ministerial não legal, mas justificável pelas circunstâncias.

Não há pois inconveniente nessa faculdade, que é regulada pelo art. 44 do Código do Processo e pela lei de 3 de dezembro de 1841,⁴⁸ art. 21; e quando um ou outro abuso possa dar-se, é fora de dúvida que eles seriam mais graves se a atribuição fosse cometida a outrem.

§ 2º Da suspensão e demissão dos magistrados:

331. Embora o poder Executivo tenha a atribuição que acabamos de referir, desde que o magistrado é nomeado perde toda a ação sobre ele, pois que desde então passa a ser membro de um poder distinto e independente.

Em relação aos empregos administrativos o direito de nomeação, em regra, inclui o de suspensão e demissão, por isso mesmo que são agentes subordinados e da confiança do poder que os nomeia. Os magistrados porém não são agentes desse poder, sim membros de um outro; sua suspensão não pode ser determinada senão pelo poder Moderador, como já observamos no n.º 278, ou pelas Assembleias Legislativas Provinciais, nos termos expressados pelo Ato Adicional.

Eles não podem ser demitidos senão em virtude de sentença que os declare incurso em crimes a que a lei tenha imposto essa pena.

Quando tratarmos do poder Judicial voltaremos sobre este assunto; nosso fim na actualidade foi somente de indicar as atribuições do poder Executivo, e suas limitações quanto ao poder Judicial a este respeito.

SEÇÃO 4ª: DAS ATRIBUIÇÕES DO PODER EXECUTIVO EM RELAÇÃO AO PODER ESPIRITUAL

§ 1º Compete ao poder Executivo:

Manter a religião católica apostólica romana, e a tolerância dos outros cultos. Constituição, arts. 5, 103 e 179, § 5º.

§ 2º *Nomear bispos e prover os benefícios eclesiásticos.*⁴⁹ Constituição, art. 142, § 2º.

§ 3º *Conceder ou negar beneplácito aos decretos dos concílios e letras apostólicas, e quaisquer outras constituições eclesiásticas que se não opuserem à Constituição;* pre-

⁴⁸ A lei de 3 de dezembro de 1841 reformou o Código do Processo Criminal.

⁴⁹ O benefício era um officio eclesiástico ao qual se anexava uma renda.

§ 2º Dos seus serviços especiais:

383. É uma importante repartição, que com o desenvolvimento do Império há de necessariamente ter uma progressiva expansão; seus principais encargos são os seguintes:

- 1º) Inspeção de suas repartições consultivas, conselho naval, comissões de melhoramentos e outras.
- 2º) Justiça criminal da Armada, auditoria da Marinha, Conselho Supremo Militar, e presas marítimas.
- 3º) Quartel-general da Marinha, intendências e serviços respectivos.
- 4º) Instrução, academia e escolas da Marinha, artilharia da armada, pilotagem, observatórios astronômicos, biblioteca.
- 5º) Pessoal da Armada, marinhagem, imperiais marinheiros, aprendizes menores, fuzileiros, disciplina, exercícios, promoções, reformas, vencimentos.
- 6º) Engajamentos, recrutamento, e inscrição marítima.
- 7º) Repartições de saúde, hospitais e enfermarias da Marinha, inválidos.
- 8º) Repartição eclesiástica do serviço da Armada.
- 9º) Material da Armada, sua força, conservação, melhoramento, matas, cordoarias, estações navais, maquinismos, modelos de construção.
- 10º) Estabelecimentos de construção e armamento, arsenais, oficinas, diques, artifícios de embarque.
- 11º) Direção e movimentos das forças, commissários de fornecimentos.
- 12º) Policia e serviços dos portos e costas, capitania, melhoramentos deles, praticagem de barras, fardós e atalajas de sinais.
- 13º) Policia de navegação e da pesca, providências sobre naufrágio.
- 14º) Obras marítimas e mais serviços respectivos.

Observação comum:

384. Os diferentes serviços deste e dos outros ministérios, sua ordem, regularidade e detalhes, assim como a organização das repartições por onde eles se verificam, formam o corpo e objeto do direito administrativo, que compreende também as relações que por ocasião desses serviços se agitam entre a administração e os cidadãos.

CAPÍTULO 5: DO CONSELHO DE ESTADO



SEÇÃO 1ª. DA NATUREZA E NECESSIDADE DESTA INSTITUIÇÃO

§§ 1º a 3º *Haverá um Conselho de Estado, composto de conselheiros vitalícios, nomeados pelo imperador.* Constituição, art. 137; lei de 23 de novembro de 1841, arts. 1 e 2.

§ 1º Da natureza desta instituição:

385. O Conselho de Estado é uma importante instituição que tem por destino auxiliar o governo e a administração nacional com suas luzes, experiência e opiniões ou pareceres; é o conselheiro o coadjuvador de suas tarefas; e também o fiscal das competências administrativas, e o seu tribunal em matéria contenciosa de sua alçada.

A Constituição em seu art. 137 e seguintes havia criado um Conselho de Estado com as condições que esses artigos revelam; o Ato Adicional em seu art. 32 suprimiu pura e simplesmente essa instituição, e isso a título de *uma garantia à liberdade pública*. Se a reforma constitucional estabelecesse ao menos que a última parte do art. 142 da Constituição seria observada mediante a audiência do Conselho de Ministros, mediante a responsabilidade do art. 143, teríamos uma garantia substituída por outra, embora menos conveniente; mas suprimir pura e simplesmente a garantia que existia, quando as atribuições do poder Moderador ficavam subsistindo quais eram, é realmente notável!

Posto que uma lei ordinária não pudesse restabelecer o Conselho de Estado como instituição constitucional, podia, todavia, estabelecê-lo como instituição ordinária, e foi o que felizmente fez a lei de 23 de novembro de 1841, que, todavia, não constituiu a audiência do Conselho como necessária nas matérias do art. 142 da lei fundamental, como dantes era. Essa restrição ficou extinta, mas ainda assim a lei de 1841 diminuiu o mal dessa in-

fundada e prejudicial supressão; o regulamento que acompanha essa lei é datado de 5 de fevereiro de 1842.

§ 2º Da necessidade desta instituição como auxiliar do governo e da administração:

386. Basta reflectir-se por um pouco sobre as importantes funções do poder Moderador e do Executivo, sobre a extensão de sua alta missão, para reconhecer-se a necessidade que elles têm de semelhante auxiliar.

O poder Moderador tem em suas mãos a chave de toda organização política, o nível do equilibrio e harmonia dos demais poderes, e altas e enérgicas attribuições, para que possa desempenhar tão elevada missão. Quem poderá supor que qualquer dessas attribuições, salva a do § 6º do art. 101 da Constituição, deva prescindir de maduro Conselho e profundos esclarecimentos? O poder Executivo tem attribuições políticas de imenso alcance, em que precisa antever tudo, dominar o futuro, até as eventualidades e contingências. Tem attribuições administrativas de sumo valor, pois que do exercício delas depende a realização do seu pensamento político, ou a sua contrariedade.

Em tudo o poder Executivo precisa de luzes variadas, de conselhos sábios e independentes, que esclareçam a sua resolução e a sua marcha, que facilitem todo o acerto e exatidão.

O Conselho de Estado ministra grande coadjuvação nos assuntos da política e da administração, tanto interna como externa.

Em matéria de legislação e regulamentos que demandam profundos e variados estudos, é também elle quem prepara os projectos, discute as difficuldades e conveniências, e coadjuva poderosamente o governo e a administração.

Elle resolve e esclarece as dúbidas por seus pareceres ou consultas; e faz-se indispensável para a existência de uma marcha estável, homogênea, para unidade de vistas e de sistema. É o corpo permanente, ligado por seus precedentes e princípios, que conserva as tradições, as confidências do poder, a perpetuidade das idéias; é portanto, quem pode neutralizar os inconvenientes resultantes da passagem muitas vezes rápida, da instabilidade dos ministros, depositários móveis da autoridade que tem vistas e pretensões administrativas, às vezes não só diferentes, mas até opostas.

Outro e grande serviço do Conselho de Estado é o que elle presta em beneficio da uniformidade na intelligência e applicação das leis administrativas, pois que a esse respeito é como que o supremo tribunal dessa classe de leis. É, enfim, o julgador dos conflitos de attribuições, serviço importantissimo, pois que se destina a evitar a confusão dos poderes políticos.

Em resumo, é um precioso guia e auxiliar para o governo e para cada um dos ministérios, como a análise de suas attribuições pode melhor demonstrar.

§ 3º Da necessidade do Conselho de Estado como tribunal de justiça administrativa:

387. Além de necessária como guia e auxiliar, esta instituição é de mais indispensável como julgador do contencioso da administração, julgador que de um lado resguarde a independência do poder administrativo, mas que de outro segure o direito das partes com inteira imparcialidade e exata justiça.

Para que o poder administrativo possa cumprir sua missão de defender os interesses coletivos da sociedade, é sem dúvida de mister que elle possa conhecer e julgar das reclamações opostas a suas determinações. Desde que esse julgamento fosse attribuído a outro poder, elle ficaria subordinado à vontade deste, e entravado em sua marcha não poderia mesmo ser responsável.

Entretanto, desde que essas reclamações não se fundarem só em conveniências individuais, e sim em direitos propriamente ditos, é de mister que essa faculdade sua seja exercida por modo e mediante garantia que façam respeitar as leis e esses direitos individuais.

Daí procede a necessidade indeclinável de tribunais e de um processo administrativo que satisfaçam essa missão de justiça. O Conselho de Estado é o superior desses tribunais, ou o tribunal superior dessas reclamações.

Por qualquer face que se encare pode talvez asseverar-se que é preciso não conhecer bem esta instituição para pronunciar um voto por sua supressão.

SECÇÃO 2ª. DA COMPOSIÇÃO DO CONSELHO DE ESTADO

§ 1º Do número de conselheiros:

388. O Conselho de Estado é composto de 12 conselheiros de serviço ordinário; número, sem dúvida, insufficiente; e de 12 de serviço extraordinário, isto é, que são chamados nos impedimentos daqueles, ou quando convém para alguma consulta, sendo todos elles de nomeação do imperador [lei, arts. 1 e 3; Constituição, art. 138]. Nesse número de conselheiros ordinários não se conta com o príncipe imperial, que logo que tem 18 anos é por direito membro do Conselho, nem com os demais príncipes da Casa Imperial, que o imperador pode nomear, mas que só servirão no Conselho reunidos quando para isso convidados [lei, art. 6; Constituição, art. 144].

Convém por mais de uma razão extinguir a diferença entre conselheiros de serviço ordinário e extraordinário, que além de infundada tem inconvenientes; basta que haja número duplo do necessário, e que a Coroa tenha o direito de chamar ao serviço aqueles que preferir.

Os ministros de Estado, ainda quando não são membros do Conselho, têm assento nele [Lei, art. 1; Constituição, art. 139].

§ 2º Das condições para a nomeação e duração do cargo:

389. Para que possam ser nomeados devem ter as habilitações exigidas para o cargo de senador [Lei, art. 4; Constituição, art. 140].

Este importante cargo é, e deve ser vitalício, para que possa ter independência [Lei, art. 2; Constituição, art. 137]; o imperador, porém, pode dispensar qualquer conselheiro de suas funções por tempo indefinido [dito, art. 2]. Esta dispensa, e mesmo a passagem do serviço ordinário para o extraordinário, convém que seja efetuada por decreto, ouvido o Conselho de Ministros; é uma garantia necessária à importância e independência do cargo de conselheiro, garantia que obsta os abusos ministeriais.

§ 3º Do juramento e responsabilidade dos conselheiros:

390. Antes de entrar em serviço, os conselheiros prestam o juramento determinado pela lei, art. 5 [Constituição, art. 141].

Eles são responsáveis pelos conselhos que derem ao imperador opostos à Constituição e aos interesses do Estado, nos negócios relativos ao exercício do poder Moderador [Lei, art. 4; Constituição, art. 145]. O tribunal que conhece de sua responsabilidade é o Senado nos termos da lei de 15 de outubro de 1827.

Quanto aos negócios dependentes do poder Executivo, ou administrativo, toda a responsabilidade pesa só sobre os ministros, pois que têm inteira liberdade de ação, e o dever restrito de não infringir a lei, nem prejudicar os interesses nacionais; não têm, portanto, pretexto algum por que declinem essa responsabilidade.

§ 4º Das honras, distinções e vencimentos:

391. Nos atos públicos, e funções da corte, ocupam os conselheiros de Estado o primeiro lugar depois dos ministros, gozam das mesmas honras, tratamento e uniforme destes [Lei, art. 8; regulamento, art. 57].

Os conselheiros de Estado que estão em exercício de serviço ordinário percebem a gratificação anual de 4 contos de réis.

§ 5º De seus impedimentos, substituições e incompatibilidades:

392. Quando um conselheiro de Estado, de serviço ordinário não pode exercer suas funções por mais de 15 dias contínuos, é substituído por um conselheiro de Estado de serviço extraordinário. Cessando o impedimento, cessa a substituição independente de nova ordem [regulamento, art. 53].

Os conselheiros de Estado que servem de ministros, ou que são empregados em outras comissões incompatíveis com as funções do Conselho, consideram-se impedidos [regulamento, art. 54].

Foram muito para desejar que nossa lei declarasse as funções do Conselho de Estado incompatíveis com o exercício de empregos administrativos ou judiciários; são acumulações de serviços diversos, e por, vezes opostos; acumulações, conselho, administração e julgamento, que complicam os negócios, afetam o caráter da inamovibilidade do conselheiro, confundem a divisão dos poderes, afrouxam a responsabilidade e distraem a atenção e zelo para muitos assuntos diferentes.

§ 6º Dos referendários ou auditores:

393. O nosso Conselho de Estado, bem como quase todas as nossas instituições, é por ora acanhado.

O gênio de Napoleão I via tudo em grande, e em toda a extensão; parava de antemão os homens que deviam prestar os grandes serviços, aproveitando-os, no entretanto, mesmo para julgá-los.

Ele compreendeu facilmente que não convinha multiplicar muito os cargos de conselheiros de Estado, mas que não era possível ter menos que os necessários; que seria útil incluir no Conselho os talentos que se formavam para auxiliar os conselheiros, diminuindo seu trabalho, verificando e insinuando os negócios, e que assim não só poupava aquele número, mas criava hábeis administradores para os diversos serviços superiores. Era fundar uma grande escola da alta administração, do exame, discussão, e preparação dos projetos de leis, regulamentos e questões administrativas. Esses talentos que iam completar assim o seu desenvolvimento, inspecionados pelos conselheiros, sob os olhos do governo, dariam a prova de sua capacidade, penetrar-se-iam dos princípios e máximas da administração, criariam mesmo úteis dedicacões, e quando fossem encarregados de funções públicas es-tariam bem habilitados e amadurecidos.

Estes funcionários adjuntos prestam, no entretanto, um trabalho auxiliar muito importante, pois que verificando, instruindo e relatando os negócios que lhes são cometidos, abreviam a solução deles. Seu concurso poupa o número e a diferença dos vencimentos dos conselheiros de Estado, que aliás

seriam necessários. Eles preenchem também as funções do Ministério Público, de procuradores da Coroa, no contencioso da administração perante o Conselho de Estado, o que é indispensável.

Esta instituição de Napoleão, como muitas outras, tem sido geralmente adotada. Tais funcionários comumente denominados auditores ou referendários constituem duas classes, isto é, funcionários de 1ª e 2ª classe, passando de uma a outra por acesso. Não podem ser nomeados sem que tenham as necessárias habilitações, e percebem a devida gratificação.

Só na exposição, ou estudo do direito administrativo, seria possível entrar em mais amplos detalhes a respeito.

§ 7º Dos advogados do Conselho de Estado:

394. O nosso Conselho de Estado tem dez advogados, e só a eles é permitido assinar as petições e quaisquer outros artigos ou razões que tiverem de ser presentes ao conselho, ou às seções; só eles, como tais, podem assinar aos depoimentos e mais atos do processo administrativo [Regulamento de 5 de fevereiro de 1842, art. 37].

O advogado que faltasse ao devido respeito ao Conselho, seção, ou a algum conselheiro em matéria de ofício, além de demitido, seria demais punido nos termos legais [art. 38].

Nenhum deles deve apresentar como contenciosos negócios que não tenham esse caráter, nem recorrer ao Conselho sobre assuntos que sejam da competência de outra autoridade.

A instituição é direito exclusivo de tais advogados, tem por fim impedir que homens obscuros agitem pretensões injustas ou infundadas, envolvendo as partes em sacrifícios e perdas, só pelo desejo do ganho. Destina-se pois a dar-lhes homens que ministrem garantias por seu saber e qualidades morais; pensamos, entretanto, que as partes que forem formadas em direito poderão sem dúvida assinar suas petições e sustentar por si mesmas suas reclamações.

§ 8º Do secretário e secretaria do Conselho de Estado:

395. O Conselho de Estado tem por secretário um dos conselheiros que é para isso nomeado, e que é quem escreve os atos ditos [Regulamento, art. 52].

O nosso Conselho de Estado não tem ainda uma secretaria e arquivo próprio, de que muito precisa, assim como de oficiais seus, que façam as intimações às partes, aos advogados, e cumpram as demais ordens e diligências do serviço.

Conviria que os pareceres e consultas do Conselho sobre negócios não contenciosos fossem divididos em duas classes, conservando-se reservada a que demandasse segredo, e tendo publicidade a que não exigisse essa reserva.

Quanto aos pareceres ou consultas sobre matérias contenciosas, é claro que devem ter toda a publicidade, pois que assim requer o direito das partes, e reclama a jurisprudência administrativa. O Conselho de Estado de França, mormente no tempo da realza, fornece um exemplo digno de ser imitado.

SEÇÃO 3ª: DAS DIVERSAS ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO DE ESTADO

§ 1º O art. 142 da Constituição, que se acha substituído pelo art. 7 da lei de 25 de novembro de 1841, incumbe às ações ou ao Conselho de Estado de dar seu parecer ou consultar sobre todos os negócios em que o imperador houver por bem ouvi-lo, e especialmente sobre os seguintes.

§ 2º Sobre os assuntos ou ocasiões em que o imperador se propuser a exercer qual-quer das atribuições do poder Moderador indicadas no art. 101 da Constituição.

§ 3º Sobre decretos, regulamentos e imbrúgos para a boa execução das leis, e sobre propostas que o poder Executivo tenha de apresentar à Assembleia Geral.

§ 4º Sobre declaração de guerra, ajustes de paz, e negociações com as nações estrangeiras.

§ 5º Sobre quaisquer matérias da administração interior.

§ 6º Sobre assuntos de natureza quase contenciosa, como questões de prezas, de indenizações, conflitos entre as autoridades administrativas, e entre estas e as judiciais, e abusos das autoridades eclesiásticas.

§ 7º Sobre negócios de justiça administrativa contenciosa.

§ 1º Das atribuições do Conselho de Estado em geral:

396. O Conselho de Estado, como anteriormente já notamos, tem atribuições ou incumbências de ordens diferentes, por isso mesmo que deve dar seu parecer ou consulta sobre todos os assuntos em que o imperador quiser ouvi-lo, e mesmo preparar trabalhos ou resolver questões, conforme a matéria que lhe for cometida.

Para maior clareza ou método separaremos essas atribuições em classes distintas nos termos dos parágrafos seguintes.

Observaremos, porém, antes de descer a esses detalhes, que a maior ou

menor extensão das atribuições de um Conselho de Estado, a obrigação ou mera faculdade em ouvi-lo em alguns ou muitos assuntos, a natureza somente consultiva ou deliberativa de seus pareceres ou consultas, tudo isso depende do Direito Público ou leis especiais de cada Estado. Entretanto, a razão e teoria da alta administração devem ser ouvidas sempre que se tratar de constituir ou melhorar tão valiosa instituição, que não deve por certo ter outro fim digno que não seja o do bem-ser nacional.

§ 2º Das atribuições do Conselho de Estado em relação às funções do poder Moderador:

397. O art. 142 da Constituição fazia, como já observamos, necessária a audiência do Conselho de Estado para o exercício das funções do poder Moderador, salva a única exceção da nomeação ou demissão do ministro. O art. 7 da lei actual enumera essa audiência, não como indispensável, só sim como especial; procedendo assim diversamente do que havia determinado a disposição constitucional que vigorava antes da reforma.

Quando tratamos das atribuições do poder Moderador já fizemos algumas reflexões a este respeito. Embora porém tal audiência seja puramente facultativa, é claro que a sabedoria da Coroa jamais deixará de ouvir o Conselho de Estado desde que a magnitude do negócio assim demandar.

Posto que já enumerássemos as diversas funções do poder Moderador, faremos por integridade deste parágrafo uma rápida reprodução delas em relação ao Conselho de Estado.

É o imperante quem escolhe os senadores, na forma do art. 45 da Constituição, pois que é um importante ato deixado a seu pensamento, à sua illustração, às vistas e relações que elle julga deverem predominar na consideração do bem público; todavia, o Conselho de Estado tem o dever de manifestar-lhe sua opinião motivada, quando elle a consulte sobre a preferênciã dos candidatos ou outra qualquer dúvida, pois que pode querer conhecer essa opinião ou algum desses fundamentos que porventura não lhe tenham occorrido.

A atribuição da convocação extraordinária da Assembléa Geral está no mesmo caso; entretanto é também um ato muito importante; pode o completo das necessidades politicas e administrativas de um lado, e o estado dos partidos ou paixões de outro, ser tal que o imperante deseje ouvir as opiniões do Conselho de Estado. Em todo o caso essa audiência nunca pode ser prejudicial.

Semelhantemente é a aprovação ou suspensão das resoluções das Assembléas Provinciais, nos termos dos arts. 9, 16, 17 e 20 do Ato Adicional; a prerrogativa ou adiamento, e sobretudo a dissolução da Câmara dos De-

putados, dependem de estudo e considerações politicas valiosas, e segundo as circumstancias de previsões ponderosas sobre o estado e tendências dos partidos e resultados das futuras eleições, da conservação da ordem e paz públicas.

A suspensão dos magistrados, de que trata o art. 101, § 7, e o art. 154 da Constituição, é uma outra atribuição que demanda toda a justiça e madureza; é necessário reconhecer previamente e com toda a precisão os fundamentos e conveniência dessa medida, a força das razões dadas pelo magistrado que deve ser ouvido, e o pensamento ministerial a respeito. A acção moderadora de um poder politico sobre outro é sempre objeto de séria meditação.

O perdão, ou moderação das penas, deve ser sempre fundado, em razões de conveniência pública, ou alta e discreta equidade; é conveniente que o coração do imperante seja premunido contra suas próprias impressões de clemência, ou contra sugestões ministeriais, pela audiência do Conselho de Estado.

A concessão de uma anistia envolve considerações ainda mais importantes e por isso mesmo ainda mais necessária se torna a opinião dos conselheiros de Estado.

Concluirmos observando que o parecer ou consulta do Conselho de Estado não passa de um meio de illustração e acerto, não tem outra força senão de opinião, que pode ser ou não adoptada.

§ 3º Das atribuições do Conselho de Estado em relação a matérias legislativas ou regulamentares:

398. O poder Executivo tem, para preencher a importante atribuição que o art. 53 da Constituição lhe confere, um valioso auxiliar no Conselho de Estado. É ele quem consulta, prepara, ou esclarece as propostas ou projectos de lei que o governo julga conveniente oferecer à Assembléa Geral. Como um dos centros de luz administrativa, em contacto com as vistas do governo e com as necessidades públicas, ninguém melhor que elle pode concorrer para o aperfeiçoamento da legislação do Estado, e impulsão de seus melhoramentos.

Em conformidade do art. 11 de seu regulamento, elle consulta também, ou prepara os decretos, regulamentos, ou instruções necessárias para a boa execução das leis. Convém muito que seja mesmo sempre ouvido a respeito, não só pelo auxilio de suas luzes, como para que por seus estudos anteriores, suas idéias e hábitos, defenda a unidade das regras administrativas, e harmonia e concordância desses atos com as leis existentes, a ordem, clareza, o bom regime da administração.

Incumbe-lhe também, pelo art. 21 de seu regulamento, examinar as disposições das leis provinciais, para que as assembléias respectivas não usurpem atribuições dos poderes gerais, ou não prejudiquem os interesses nacionais. É uma tarefa que ele deve desempenhar com muita atenção e zelo, pois que importa muito à existência e bem do Estado, como o art. 20 do Ato Adicional bem reconhece.

Em regra, o Conselho de Estado não tem iniciativa; quando porém no exame dos negócios as seções entendem que é necessária alguma lei, regulamento, decreto ou instruções, tem a faculdade de propor o respectivo projeto, formulando as disposições e expondo circunstanciadamente os motivos e conveniências da medida [regulamento, art. 23].

§ 4º Das atribuições do Conselho de Estado em relação às funções políticas do poder Executivo:

399. O Conselho de Estado é obrigado a consultar sobre todos os negócios políticos ou medidas governamentais, em que o imperador houver por bem ouvi-lo [Lei, art. 7; Constituição, art. 142].

Esta classe de matérias compreende graves assuntos, tais como a declaração de guerra, os ajustes de paz, as negociações ou relações com nações estrangeiras, ou com o poder espiritual ou chefe da Igreja Católica.

Cada um desses assuntos pode oferecer variadas e graves questões, afetar princípios internacionais de alto valor e mesmo as leis fundamentais do Império.

Convém pois que ele seja sempre ouvido a respeito, salvo algum caso excepcional, por isso mesmo que estes assuntos demandam variadas luzes, e experiência bem amestrada no serviço do Estado.

§ 5º Das atribuições do Conselho de Estado em relação às matérias de administração interior:

400. O sobreditos arts. 7 da lei e 142 da Constituição incumbem o Conselho de Estado de consultar sobre todos os negócios administrativos, quando o imperador haja por bem ouvi-lo, ou alguma lei assim recomende.

Conseqüentemente, tem a este respeito atribuições tão extensas e multiplicadas quanto são os atos administrativos.

Os melhoramentos gerais, estradas de ferro, navegação, colonização, o sistema de impostos, os estabelecimentos de crédito, a organização do Exército ou Armada, e muitos outros assuntos de magnitude, têm por vezes de ocupar a atenção dos conselheiros. Só o estudo do direito administrativo poderia entrar em detalhes a este respeito.

§ 6º Das atribuições do Conselho de Estado em relação aos negócios quase contenciosos:

401. Há alguns assuntos administrativos que participam de caráter contencioso, sem que todavia possa este predominar sempre, já porque não se dá propriamente litúgio, já porque alguma vez é necessário conservar a administração uma certa liberdade ou latitude de ação a respeito, como indispensável aos interesses públicos. Neste caso estão as questões de presa, os conflitos de atribuições, as questões de competência entre autoridades administrativas, e os recursos por abuso das autoridades eclesiásticas.

402. *Presas*: O julgamento das presas marítimas pertence pela natureza das coisas ao poder administrativo. Além de que seu processo deve ser pronto e expeditivo para não prolongar indevidamente o cativo ou prisão da tripulação, e para não deixar deteriorar-se ou destruir-se o valor das embarcações e carregamentos aprisionados; acresce que esse julgamento é muitas vezes subordinado a considerações diplomáticas de alta importância, e que só pelo governo podem ser avaliadas.

A inteligência do direito internacional, a interpretação de tratados, os precedentes, e estado de relações internacionais, não devem ser preteridos na consideração de tais decisões, pois que cumpre prever todos os resultados.

É por isso mesmo que semelhante assunto deve pender da atribuição e alta competência do Conselho de Estado, como declara a lei de 23 de novembro de 1841, art. 7, § 3º, e o regulamento, art. 32, que lhe comete as decisões em primeira e última instância.

403. *Conflitos de atribuição*: O conflito de atribuição é a luta que se eleva entre uma autoridade administrativa e outra judiciária, que disputam competência sobre uma questão dada. Ele se denomina positivo quando ambas as autoridades se julgam competentes para conhecer da questão, e negativo quando ambas se julgam incompetentes, deixando por isso mesmo de expedir os negócios e fazer justiça às partes.

A teoria ou sistema de intervir e decidir o conflito da atribuição é uma necessidade, um meio de direito público instituído no interesse da ordem política e social, para manter-se a distinção e independência recíproca dos poderes e de suas funções.

Qual deverá porém ser o poder que tenha o direito de moderar e decidir essa luta? O poder Legislativo não, porquanto isso não é função legislativa, e demais ele não está reunido continuamente. Se fosse o Supremo Tribunal de Justiça, ele seria juiz e parte interessada, subordinaria a si o governo.

Resta o governo, e embora ele seja também juiz e parte interessada, que pode tirar aos tribunais algumas atribuições, esse inconveniente será menor,

e corrigido pela ação das Câmaras, além do que cumpre circundar essa atribuição de condições e regras fixas e convenientes.

A Constituição francesa de 4 de novembro de 1848 em seu art. 89 criou um tribunal misto, composto de membros da Corte de Cassação⁵⁷ e do Conselho de Estado, para julgar os conflitos sob a presidência do ministro da Justiça. O regulamento de 26 de outubro de 1849 determinou o modo de proceder deste tribunal. A nova Constituição imperial inutilizou tais disposições, porventura bem fundadas.

Por nosso direito [Lei, art. 7, § 3º; e regulamento, art. 24 e seguintes], só os presidentes das províncias, e na Corte só o procurador da Coroa *ex officio*, ou a requerimento da parte, podem levantar o conflito; convinha com efeito restringir este direito para evitar abusos que seriam muito prejudiciais. Em regra, o conflito não deve ser levantado sem que primeiro seja oposta a exceção declinatória, e sem que se aponte a lei ou princípio que atribui à administração a atribuição contestada.

Depois de ouvir a autoridade judiciária, o presidente da província, ou o procurador da Coroa, vendo que as razões não procedem, e que pelo contrário, ela usurpa atribuições administrativas, deve officiar-lhe para que so-bresteja em procedimento ulterior, até que, mediante os necessários termos sumários, decida provisoriamente; remetendo desde logo sua decisão e papéis ao Ministério da Justiça para que ouça a respectiva seção do Conselho de Estado.

Nossa lei não providencia senão sobre o caso em que a autoridade judiciária invade sobre a autoridade administrativa: seria bem útil que ela atendesse o caso oposto de invasão da autoridade administrativa sobre a judiciária; o interesse público reclama tanto uma como outra providência.

Nossas leis confundem às vezes os conflitos de atribuição com os de jurisdição, quando são bem diversos, e essa falta de precisão na linguagem da lei só serve para gerar questões prejudiciais.

Concluiremos observando que o Conselho de Estado na decisão do conflito limita-se a reivindicar a atribuição administrativa, e não anula os julgados senão indiretamente, e só naquilo em que houve incompetência, ou usurpação da autoridade do governo.

404. *Questões de competência entre autoridades administrativas*: Pode dar-se o caso de suscitarem-se tais questões entre as próprias autoridades adminis-

trativas, entre dois ministérios, entre uma presidência e uma câmara municipal, ou entre outros funcionários. Em tais casos o Conselho de Estado é quem deve interpor a sua opinião, para que se estabeleça a decisão imparcial; é como que a Corte de Cassação, o Supremo Tribunal da Administração, que deve manter a ordem legal de tais competências [Lei, art. 7, § 4º].

405. *Recurso por abusos das autoridades eclesiásticas*: Este recurso é um importante meio de direito, uma valiosa garantia que se interpõe, e invoca a proteção da Coroa em seu Conselho de Estado contra o uso ilegítimo da jurisdição eclesiástica, qualquer que seja, a fim de fazer cessar ou reprimir o abuso. É uma salvaguarda dos direitos e liberdades públicas e individuais, que aproveita aos próprios eclesiásticos quando oprimidos.

Este recurso é filho do Direito Público, e funda-se na prerrogativa e obrigação natural e política que tem o soberano de proteger os seus súditos e livrá-los das violências perpetradas por quem quer que seja; funda-se na indeclinável missão de manter ileza a soberania nacional, e conservar segura a ordem e tranquilidade do Estado, direito e dever que é inseparável da Coroa. Tal é o nosso Direito Público desde os antigos tempos da monarquia, como atestam as Ordenações, liv. 1, tít. 90, § 12º; tít. 65, § 28º; o rept. vol. 3, p. 158, vol. *Juíza da Coroa*; decreto de 21 de maio de 1821; lei de 22 de setembro de 1828; regulamento das relações de 1833; dito de 19 de fevereiro de 1838; lei e regulamento do Conselho de Estado; e ultimamente o decreto n.º 1.406, de 3 de junho de 1854.

Assim, pois, a Coroa, independente das concordatas celebradas com a Santa Sé, tem pela natureza das coisas, por poder próprio, o direito natural e positivo de conhecer de tais abusos, de toda e qualquer infração das leis do Estado e de sua ordem pública.

É um recurso que não tem caráter contencioso propriamente dito, sim político e administrativo, recurso universalmente reconhecido em todos os Estados e pelo próprio poder eclesiástico.

Nossas leis com razão declaram competentes para conhecer deles as presidências e o Conselho de Estado; cumpre porém notar que esta jurisdição quanto aos abusos não contraria as jurisdições ordinárias, quando além de abusos há crimes, pois que a respeito destes prevalece a ação da justiça criminal competente.

Este meio de direito pode ser invocado ou interposto, tanto pelo ofendido, ou seja eclesiástico ou secular, como *ex officio* pelo procurador da Coroa no caso de usurpação de jurisdição ou violação das leis do Estado.

Tem lugar este recurso em toda e qualquer causa, ou seja judicial ou extrajudicial, temporal ou espiritual, e qualquer que seja a autoridade, juí-

⁵⁷ Ver nota 11.

zo ou instância eclesiástica; uma vez que respeite ao culto. Conseqüentemente vigora também, ou se trate de uma sentença, ordem, decisão, pastoral, ou sermão.

Desde que houver usurpação de jurisdição ou violência dá-se fundamento para a repressão. Pode isso acontecer em muitos casos que se compreendam nas seguintes classes:

Excesso de poder, que envolve sempre abuso; contravenção às leis ou regulamentos do Estado, seus costumes e privilégios, pois que isso perturba a ordem pública; infração das regras consagradas pelos cânones ou normas eclesiásticas recebidas, pois que à Coroa pertence defender a sua exata observância; atentados contra as liberdades e fraquezas da Igreja nacional, violências no exercício do culto, ou ataques contra o exercício de outros cultos.

O regulamento do Conselho de Estado, art. 30, e a disposição a que ele se refere, determinam a ordem do respectivo processo, os efeitos do recurso e os meios de sua execução.

§ 7º Das atribuições do Conselho de Estado em relação aos negócios propriamente contenciosos:

406. Não só pela disposição geral do art. 7 da lei, como pelos arts. 45 e 46 do regulamento, incumbe ao Conselho de Estado consultar, mediante a interposição de recurso, assim sobre as resoluções ou decisões dos presidentes das províncias, ou ministros de Estado, como sobre todos e quaisquer negócios desta espécie em que o imperador queira ouvi-lo. Mesmo quando a questão tenha sido decidida por decreto sem audiência do Conselho, se o decreto é embargado tem lugar a audiência [art. 48 e 49].

Em n.º 313 já indicamos a grande diferença que há entre a justiça administrativa e a simples administração. Com efeito uma coisa é a pura administração mais ou menos discricionária que prepara, coordena e decide do interesse coletivo ou social sem ofensa das leis, e sim na órbita de suas atribuições, embora afete alguns interesses individuais; e outra muito distinta é a justiça, a questão de dar a cada um o que é seu, o que lhe está garantido por um direito; isto nada tem de comum com o poder discricionário.

Já observamos também que contra as decisões da administração pura, ou discricionária, não há senão a via do recurso gracioso, que ela pode atender ou não, como julgar melhor a bem do interesse coletivo da sociedade. Nessa parte o cidadão não tem a faculdade de contariá-la, de pôr em litígio sua decisão.

Pelo que toca porém à justiça administrativa, à obrigação que o governo tem de não infringir as leis que seguram direitos individuais, de resguardar

estes em seus atos, o caso é diverso. Então o cidadão tem o direito de legítima contradição, de litigar com ela, e de requerer a reforma de sua decisão.

Toda a reclamação contra um ato administrativo que viola um direito individual garantido por lei, regulamentos, contratos feitos com a administração; ou que viola as competências, formas de instrução, ou regras de decisão; ou que usurpa jurisdição, forma parte do todo dessas contestações que tomam o nome de contencioso administrativo. A violação de qualquer lei administrativa pode dar lugar a uma tal reclamação; o cidadão é, por exemplo, obrigado a pagar o imposto ou a sofrer a desapropriação, mas não a pagar mais do que ela ordena, ou ceder sua propriedade fora dos casos previstos, ou contra as fórmulas prescritas, o ato que assim infringisse seu direito seria suscetível de contradição, tomaria o caráter de contencioso.

O contencioso administrativo não é pois um todo distinto, sim o complexo de todos e quaisquer atos da administração em que ela viole um direito perfeito. Desde que há um ato administrativo, um tal direito por ele ofendido é competência do Estado, há contencioso, ou questão de justiça na administração. É indiferente que se trate de rendas públicas, minas, pensões, estradas, recrutamento, ou qualquer outro assunto, não há mais administração pura, ou de mero império, e sim o dever de justiça, de respeito à lei, ao direito se realmente existe.

Os próprios atos, que em geral se denominam de mero império, ou ação governamental, podem tornar-se excepcionalmente contenciosos por isso que ofendam uma lei, um direito rigoroso. Um regulamento do poder Executivo que atacasse um direito tal, autorizaria sem dúvida o cidadão ofendido a recorrer à Coroa em seu Conselho de Estado por via contenciosa, não para pedir a revogação geral, mas sim especial em relação a seu direito, para que não lhe seja aplicada. Com efeito seria inadmissível e insustentável a transgressão da lei e a postergação do direito.

407. Alguns publicistas têm opinado que toda a questão contenciosa deve ser subordinada aos tribunais judiciários, e que o contencioso administrativo não é senão uma usurpação feita à justiça ordinária; outros porém têm demonstrado com toda a evidência a diferença essencial que há entre a contestação administrativa e a judiciária, assim como a necessidade de atribuir o conhecimento daquela ao governo pelo seu Conselho de Estado.

O contencioso judicial não inclui, nem tem porque compreender senão as questões dos particulares entre si por amor de seus interesses individuais, e só pode subordinar a administração no único caso em que ela figura como um mero particular.

Pelo contrário, o contencioso administrativo afeta, não só os atos do poder administrativo como tal, mas também os interesses do Estado como Estado, o bem social, o interesse coletivo em suas relações com os administrados.

Se alguma exceção dá-se nesta linha divisória, ela é rara, deve ser expressa, e motivada por poderosa conveniência social.

Resolver as questões administrativas ou governamentais é administrar ou governar; dar esta importante parte da administração ou governo à autoridade judiciária e a seu processo moroso seria enervar, subordinar e aniquilar toda a força governamental, impossibilitá-la de preencher sua grande missão e tornar injusta toda a sua responsabilidade. O que faria o governo sobre o contrato de fornecimento de víveres para um exército, sobre a reparação de uma ponte, a abertura de uma estrada, ou serviços semelhantes, enquanto a questão pendesse dos tribunais?

408. Outra questão tem também sido agitada, e com melhores fundamentos. O Conselho de Estado deve decidir as contestações desta ordem por voto puramente consultivo, ou por voto deliberativo, como um tribunal supremo? Os que opinam por este último expediente alegam que o cidadão, quando reclama contra o ministério pela ofensa de um direito perfeito, não deve ter por juiz a parte interessada, o ofensor poderoso; que embora se diga que é parte de uma natureza especial, não por interesse próprio, sim por interesse público, ainda assim seu juízo não oferece a desejada imparcialidade, a garantia contra o erro já cometido, contra o pensamento e orgulho já prevenido. A lei francesa de 3 de março de 1849, art. 6, decretou que o Conselho de Estado estatuiria em última alçada sobre o contencioso administrativo.

Não obstante, porém, à força dessas razões, pensamos, como outros, que o voto do conselho de estado, mesmo neste assunto não deve ser senão consultivo. A opinião contrária de um lado enerva a ação ministerial, subordinando-a ao Conselho de Estado, o que poderia alguma vez ser de grave perigo; e de outro limita a responsabilidade ministerial, que não poderia mais existir nessa hipótese.

A estas considerações acresce que o voto do Conselho de Estado em tais matérias será sempre de muita força, que o ministério terá o corpo de delicto feito quando o contrariasse sem razão palpante, e que o poder Legislativo não está inibido de reparar a injustiça que o ministério fizesse, contrariando o voto justo do Conselho de Estado.

Nossa lei e seu regulamento é muito imperfeita em relação ao contencioso administrativo; não cria, como devia, uma seção especial no Conselho

de Estado; não há organização, nem processo completo para tão importante serviço.

SEÇÃO 4ª: DAS DIFERENTES FORMAS PORQUE O CONSELHO DE ESTADO TRABALHA

§ 1º Da reunião plena do Conselho e sua presidência:

409. O Conselho de Estado, conforme a natureza das matérias e ordens do imperador, trabalha em reunião plena e por consulta, ou em seções e por pareceres [Lei, art. 1].

Quando trabalha em reunião plena, junta-se nos paços imperiais no lugar e tempo que lhe é determinado [Regulamento, art. 19].

Para que haja conferência é preciso que estejam presentes pelo menos sete conselheiros em efetivo serviço [Regulamento, art. 12], pois que o maior número deles dá mais força e peso às consultas.

O Conselho assim reunido é presidido pelo imperador [Lei, art. 1]; parece porém que a lei não deve obstar que ele seja presidido pelo ministro presidente do Conselho, quando o imperador, por incômodo, ou outra razão que o impeça, assim ordenar.

§ 2º Dos avisos e esclarecimentos para a reunião plena do Conselho:

410. Os avisos para a reunião ou consulta são pelo ministério dirigidos à seção ou seções a que os negócios tocam, quer elas já tenham dado ou não parecer a respeito [Regulamento, art. 10]. Elas em todo o caso devem desde logo colgir e coordenar todos os esclarecimentos que possam obter, e ilustrar o Conselho em seus debates [dito, art. 10].

Nos avisos aos demais conselheiros são-lhes também comunicados, e com antecipação sempre que é possível, os assuntos da consulta [Regulamento, art. 14].

Estas condições ordinárias podem todavia ser dispensadas, ou quando há urgência, ou quando a natureza do negócio assim exige [Regulamento, art. 15].

§ 3º Da discussão, votação e presença dos ministros:

411. Os conselheiros de Estado, exposto o assunto, falam e votam quando o imperador lhes dá a palavra ou ordena [Regulamento, art. 16].

Os ministros de estado, ainda quando o imperador lhes dá a palavra, e por isso tomem parte na discussão, não votam, nem mesmo assistem à vota-

ção quando a consulta versa sobre a dissolução da Câmara dos Deputados ou do ministério [Regulamento, art. 18].

§ 4º Da consulta, votos separados e sua resolução:

412. Findos os debates e votação, as consultas são redigidas pelas seções a que seu objeto toca e assinadas pelos conselheiros que foram presentes [Regulamento, art. 19].

Não havendo unanimidade, os membros divergentes podem redigir, e fundamentar por escrito o seu voto separado e assiná-lo [Regulamento, art. 17].

O imperador com oportuna e ilustrada madureza resolve sobre a consulta, e sua resolução é expedida por decreto [Regulamento, art. 20].

§ 5º Do trabalho do Conselho por seções e sua divisão e presidência:

413. Fora do caso de reunião plena ou consulta, de que tratamos nos parágrafos antecedentes, o Conselho de Estado trabalha por seções.

Para esse fim ele se divide em quatro seções, cada uma das quais é composta de três conselheiros, que devem ser para isso designados por decreto e por ele removidos quando convenha, de uma para outra, segundo seus talentos especiais e necessidades do serviço, para que não penda isso de sim-ples arbítrio dos ministros.

Essas quatro seções são as seguintes:

- 1º) Seção dos Negócios do Império.
- 2º) Seção dos Negócios da Justiça e Estrangeiros.
- 3º) Seção dos Negócios da Fazenda.
- 4º) Seção dos Negócios da Guerra e Marinha.

Vê-se pois que temos a indesculpável lacuna de uma seção especial para o contencioso administrativo. As seções a quem o negócio toca ocupam-se de tais questões contenciosas por modo muito incompleto, moroso e sem garantias. Não há seções regulares para o expediente da justiça administrativa e direitos dos cidadãos; nem é possível que haja unidade de jurisprudentia. A necessidade de uma seção especial do contencioso é visível, já para que as outras seções ministeriais não sejam impedidas de auxiliar os ministros nos assuntos de suas repartições, já para que não sejam elas mesmas, de antemão prevenidas, que ministrem parecer sobre assuntos de rigorosa justiça, que acharão maior imparcialidade em uma seção própria. Esta deve ter uma organização especial, auditores que perante ela sirvam de commissários da Coroa, que assistam a todas as sessões, que sustentem o interesse da lei e do Estado, e as formas do respectivo processo; enfim, deve

ter ordem, reuniões regulares, e ser um tribunal, embora consultivo, de exalta justiça.

Quando se reflecte o que é o nosso Ministério do Império, e vê-se apenas uma seção de três membros para auxiliar todos os serviços e trabalhos dessa repartição, que, além de tantos e tão valiosos assuntos, compreende a instrução pública, agricultura, comércio, trabalhos públicos e artes, assuntos que demandam grandes e variadas habilitações, tem-se o pesar de reconhecer que nossas coisas estão talhadas em muito estreitas vistas ou dimensões.

As seções são presididas pelos respectivos ministros [Lei, art. 19; e regulamento, art. 3]. Seria bom que, quando o ministro estivesse impedido, e visse que sua presença não era indispensável, pudesse a seção trabalhar sob a presidência de um de seus membros por ele designado.

O ministro é quem designa o lugar, dia e hora da reunião da seção.

Quando a importância ou complicação dos negócios demanda, podem reunir-se duas ou três seções de baixo da presidência do ministro que exige a reunião, e que se entende a respeito com os outros ministros [Regulamento, art. 4].

§ 6º Dos relatores das seções e esclarecimentos precisos:

414. O respectivo ministro nomeia para relator de cada negócio o membro da seção que julga conveniente [Regulamento, art. 7], e deve fornecer-lhe todos os esclarecimentos necessários para o acerto das deliberações. O relator e mais membros devem também pedir e coligir todos os demais esclarecimentos que possam auxiliar seu estudo [Regulamento, art. 10].

Podem mesmo ouvir a quaisquer empregados públicos, ou pessoas que julguem necessárias, as quais não devem denegar-se a prestar todas as informações verbais, ou por escrito [Regulamento, arts. 22 e 58].

§ 7º Da discussão, votação e parecer da seção:

415. Depois das necessárias conferências, debates e votação respectiva, o relator apresenta o parecer minutado, o qual depois de aprovado é assinado; salvo o voto separado, havendo; o ministro não vota [Regulamento, art. 8].

Quando o parecer versa sobre projeto de lei, regulamento, ou instruções, deve apresentar e fundamentar esses trabalhos com inteiro desenvolvimento para que possa ser bem e completamente apreciado [Regulamento, art. 11].

Outro tanto deve verificar-se quando se trate de questões ou reclama-

ções de caráter contencioso, pois que as decisões de justiça devem ser bem claras e fundamentadas.

§ 8º Da resolução do parecer da seção:

416. Apresentado pelo respectivo ministro ao imperador o parecer da seção, tem ele em seu Conselho de Ministros o direito de resolvê-lo como for mais acertado, sem ouvir, ou ouvindo previamente o Conselho de Estado pleno.

A resolução imperial tomada sobre o parecer da seção é também expedida por decreto [Regulamento, art. 20].

SEÇÃO 5ª: DO PROCESSO PERANTE O CONSELHO DE ESTADO

§ 1º Do processo administrativo em geral:

417. O processo perante o Conselho de Estado segue as condições do processo administrativo em geral, de que faz parte.

A autoridade administrativa, para poder preencher sua variada e importante missão, pôr em prática seus pensamentos, realizar suas medidas e decisões, tem como os demais poderes necessidade de meios de informação, de exame e discussão, conforme a natureza dos negócios.

Precisa ver as coisas em suas diferentes faces, em suas diversas combinações, em seus meios de execução, e precisa também ser justa.

O seu processo, que deve ser rápido, isto é, calculado no sentido dos interesses públicos, mas também no sentido dos direitos dos cidadãos, pode ser dividido em duas espécies, processo de administração ativa ou pura, e processo do contencioso administrativo.

§ 2º Do processo de administração ativa ou pura:

418. O processo administrativo puro, isto é, não contencioso, e que também se pode chamar ativo ou gracioso, não tem termos, fórmulas, nem dilações ou condições fixas. É o complexo dos meios mais apropriados para esclarecer o assunto, ou a reclamação de que se trata, ordenado segundo a natureza do negócio pela autoridade competente. Ou seja para tomar uma resolução, ou para atender à petição de um cidadão que reclama a favor de seus interesses, não há dúvida que assim o ministério, como o Conselho de Estado ou suas seções, devem circundar-se de todos os esclarecimentos convenientes e combinar os interesses coletivos com os individuais quanto possível.

Não há leis precisas a respeito; as regras, o método de ilustração são indicados pela natureza da matéria, experiência e discretas instruções ministeriais.

É preciso verificar bem o verdadeiro interesse público, quando mesmo não se trate de execução de lei é necessário não atropelar as conveniências individuais. O interesse público é muito complexo, compõe-se dessas conveniências, não atende só o presente, deve coordenar todas as previsões.

Este processo tem como que duas partes, as informações e a apreciação. Como meios de informações pode a autoridade ouvir os que têm ou devem ter conhecimento da matéria, recorrer à publicidade da imprensa, a concursos, inquéritos, planos, orçamentos, exame de peritos, coligir as observações das localidades, como no caso da direção que deva ter uma estrada, enfim usar dos meios mais apropriados para o acerto da deliberação ou decisão.

A apreciação e consequente determinação compete peremptoriamente à autoridade. Como no caso deste processo não se trata de direitos e só sim de interesses, como já indicamos, a autoridade tem a inquestionável faculdade de formular sua decisão como for inspirada pela utilidade ou interesses coletivos da sociedade. Finalmente, suas decisões em tais assuntos ou reclamações não têm caráter definitivo, isto é, imutável, pois que podem ser alteradas de ofício ou por nova reclamação.

Quanto temos exposto é aplicável assim às consultas, como aos pareceres do Conselho de Estado, ou suas seções, quando se trata de negócios da administração pura.

§ 3º Do processo contencioso e sua divisão:

419. Quando se trata não de simples interesses ou de administração pura, sim de direitos rigorosos ou justiça administrativa, então é manifesto que as condições do processo devem ser outras, por isso mesmo que os direitos, a justiça nunca podem ser assuntos de jurisdição discricionária, não podem ter como norma reguladora senão a autoridade da lei. Desde então deve prevalecer sempre um processo regular em que as fórmulas fixas e tutellares da citação, contestação, discussão, provas e sentença motivada sejam necessariamente mantidas.

O processo contencioso pode ser dividido em duas espécies: ordinário e especial. O ordinário ou comum, que encerra aqueles termos essenciais, é o processo de que deve usar todo e qualquer particular que quiser recorrer de um ato ou decisão administrativa, desde que ele ferir um direito seu subordinado a tal poder. O especial é aquele que a lei formula, com mais ou

menos modificação destes termos, para certos negócios que não são perfeitamente contenciosos e que por seu caráter demandam regime particular. Nós exporemos resumidamente os trâmites de um e outro.

§ 4º Do processo contencioso ordinário e seus termos:

420. Em conformidade do regulamento de 5 de fevereiro de 1842 os termos deste processo são os seguintes:

Interposição do recurso: A parte que quer interpor seu recurso ao Conselho de Estado, ou seja contra as resoluções das presidências de províncias, ou das decisões dos ministros, arts. 45 e 46, deve apresentar na respectiva secretaria de Estado a sua petição convenientemente instruída. Ela deve conter a exposição sumária dos fatos, expressar as razões demonstrativas do gravame sofrido e da existência do direito em que funda o recurso intentado, expor suas conclusões ou deferimento que pretende, referir os nomes e residências das partes, e não só ajuntar as decisões de que recorrer e mais documentos com que pretende justificar sua intenção, como indicar os demais meios de prova de que pretende apoiar-se [regulamento, art. 37]. Tal petição deve ser assinada por um dos advogados do Conselho de Estado [art. 37]. Estas condições todas são calculadas no interesse público e individual, e na conveniência de uma pronta apreciação e decisão dos negócios.

421. *Prazo para a interposição ou apresentação do recurso:* Para fixar bem este prazo é preciso distinguir os dois casos ou hipóteses seguintes:

1º Quando o recurso é intentado contra a decisão do ministro tomada por ele imediatamente, isto é, quando não é tomada sobre recurso já interposto das presidências. Neste primeiro caso o prazo designado às partes para que possam interpor ou apresentar seu recurso, quando residam na Corte ou seu termo, ⁵⁸ é de dez dias [regulamento, art. 39]; quando residam fora da Corte têm prazo maior, que o regulamento não define, mas que por seu art. 40 confiou ao Ministério da Justiça o definir segundo as distâncias.

Observaremos primeiramente que esse prazo de dez dias deve ser contado da intimação ou publicação da medida, quando não tenha lugar aquela; e que nos parece prazo muito curto para coligirem-se os documentos necessários, achar-se advogado do Conselho de Estado, organizar-se e instruir-se o recurso; um mês não seria demais. Observaremos, em relação ao subrepto art. 40, que até hoje a sua disposição ainda não está cumprida!

⁵⁸ *Termo* é o nome dado a uma subdivisão de comarca ou à circunvizinhança de uma cidade.

2º Quando o recurso é intentado contra a decisão do ministro tomada sobre reclamação já interposta das presidências é applicável o que acima dissemos quanto ao prazo da interposição; cumpre porém fazer algumas observações a respeito.

Notaremos que a dilação para recorrer das resoluções ou decisões das presidências é também de dez dias [regulamento, art. 45]; o que se deve entender residindo a parte na capital ou seu termo [argumento do art. 40]; que interposto o recurso é o presidente quem deve remetê-lo com sua informação à respectiva secretaria de Estado; e finalmente que o ministro, em vez de confirmar, revogar ou modificar a decisão da presidência, pode limitar-se a levar o assunto ao Conselho de Estado.

422. *Remessa do recurso à seção do Conselho de Estado:* Entregue o recurso na secretaria do Estado deve ele ser inscrito em um registro, que deve existir por ordem de datas, na do dia de sua apresentação, do que se deve fazer naquela a conveniente anotação. Se o ministro, usando da autorização referida pelo art. 46 do regulamento, não quer cometer o negócio ao Conselho de Estado, pode resolvê-lo mesmo por decreto, que é embarçável nos termos dos arts. 47 e 49; aliás deve remetê-lo à respectiva seção do Conselho, ou antes à secretaria deste, *quando ele a possuir*; e sem dúvida convém que a lei marque prazo para isso, a fim de que o direito das partes não fique dependente ou olvidado pela incuria ou desleixo ministerial.

423. *Recebimento e exame preliminar:* Recebida a petição de recurso e examinada, tem a seção de declarar se ela é ou não atendível [art. 34]. Julgando-se que não é atendível, é desprezada, isto é, indeferida. É desnecessário notar que a seção deve observar a respeito normas fixas e justas. Pode o recurso não merecer atenção: 1º por não ser a matéria contenciosa; 2º por falta de qualidade, de ação ou interesse da parte; 3º por ser apresentado fora de tempo ou não vir em forma; 4º por insuficiência das peças dos meios ou outras razões procedentes, que devem ser enumeradas nos regulamentos.

Convinha determinar que as petições fossem remetidas à secretaria do Conselho de Estado, que convém criar; que aí fossem inscritas em um registro na data de seu recebimento e dentro em dois dias entregues ao respectivo relator, notando-se isso mesmo no registro; e enfim que fossem os negócios, quanto possível, relatados pela ordem de sua inscrição, salvo o caso de urgência ou dilações necessárias.

424. *Audiência dos interessados:* Julgando-se que o recurso é atendível, devem ser ouvidos os interessados, para o que deve ser expedida a necessária determinação e intimação [art. 34]. Em regra, pode essa ordem ser entregue ao autor, para que este faça retificar a intimação por um oficial de jus-

tiça do juízo da localidade; seria conveniente que a lei determinasse prazo, tendo em vista as distâncias, dentro do qual devesse ser feita a notificação.

425. Dilação para a contestação: A parte interessada, caso resida na Corte, tem a dilação de dez dias contados da intimação para responder ou contestar, e quando resida fora, a que for designada nos termos do art. 40. Cumpre atender que nem sempre a parte será singular, que pode ser coletiva, como uma municipalidade, confraria, tesouro público, etc., e que nesse caso a dilação deve ter em vista essa circunstância.

A contestação deve ser entregue na secretaria do Conselho, quando exista, e aí inscrita em sua data; durante a dilação, devem os documentos ser franqueados, para que possam ser aí examinados. Já observamos que o governo deve ter um auditor, que como agente da Coroa, seja sempre ouvido no interesse da lei e do Estado.

426. Dilação para as provas: Para a produção das provas assina o art. 40 do regulamento a necessária dilação; os advogados das partes assistem às inquirições quando têm lugar.

427. Esclarecimentos coligidos pela seção: A seção, independente de requerimento das partes ou em consequência dele, pode requerer de seu presidente os esclarecimentos que julgar necessários, como avaliações, depoimentos, interrogatórios e mais diligências, e proceder nelas por si mesma quando assim for de mister, ou incumbi-las aos tribunais [regulamento, art. 35]. Pode ouvir novamente o ministério diretamente ou por intermédio do auditor, e fim reunir todas as informações precisas para o acerto de sua deliberação.

428. Trâmites do processo: Na marcha do processo devem ser observadas todas as disposições que, contribuindo para o descobrimento da verdade, se combinem com a celeridade indispensável à marcha administrativa e não se oponham às disposições do regulamento [argumento do art. 31].

Conseqüentemente, quando não houver inconveniente, produzidas as provas e antes do relatório de que em seguida trataremos, pode a seção assinar um prazo curto às partes e ao auditor para que, examinando dentro da secretaria as peças e referidas provas ajuntem suas razões ou análise que illustrem a matéria.

429. Relatório: Na sessão designada, depois de ulimadas as diligências, o relator apresenta a sua exposição ou relatório em presença das partes ou seus advogados e do auditor, que podem fazer as observações que forem justas e pedir a verificação delas, a reificação de qualquer engano ou lacuna, ou esclarecimento de alguma dúvida. Não vemos inconveniente em conceder-se mesmo aos advogados das partes uma defesa ou recapitulação oral resumida.

Findos estes atos é que o relator deve apresentar a sua opinião, ou projeto de decisão, redigido e fundamentado, para que em sessão particular, com assistência somente do auditor ou procurador da Coroa, se discuta e delibere o que for de justiça.

430. Resolução imperial: Redigido o parecer da seção e voto separado se houver, é ele levado por intermédio do ministro ao conhecimento do imprador, que pode ouvir o Conselho pleno a respeito, ou tomar sua resolução independente disso, e fazê-la publicar por decreto [arts. 20 e 47].

431. Embargos à resolução: A parte pode opor embargos à resolução, para que se não execute, mas só nos dois únicos casos seguintes:

1º) Por não ter sido notificado alguns dos prejudicados;

2º) Por ter corrido o processo à revelia sem culpa que possa ser imputada ao condenado [art. 47].

Tais embargos só podem ter lugar antes que o decreto seja remetido à autoridade judiciária, ou dentro de dez dias contados do dia em que for feita a intimação ao condenado [regulamento, art. 48]. Os embargos são apresentados na secretaria de Estado e pelo ministério ao Conselho, que consulta se devem ser desatendidos, ou se a resolução deve ser reformada, ou enfim se a matéria deve ser de novo examinada pela respectiva seção [art. 49].

432. Efeito dos embargos: No caso de serem os embargos procedentes, de modo que a resolução imperial, quando não reformada, deva pelo menos ser de novo examinada, pode sua execução ser suspensa pelo respectivo ministro, uma vez que da demora não resulte perigo, e da execução possa resultar dano irreparável [art. 50].

Observaremos, por esta ocasião, que o recurso contencioso nunca tem efeito suspensivo, salvo se por exceção esse feito for expressamente estabelecido em algum caso, ou deixado por lei à apreciação do ministério ou do Conselho.

433. Execução: Quando tem de ser executada, a resolução imperial é remetida ao juízo respectivo, e aí cumprida como uma sentença judiciária e pela mesma forma por estas são executadas. O tribunal porém nada pode alterar nas disposições dela. Quando a administração é vencida e condenada, então a execução é feita administrativamente [regulamento, art. 51].

434. Revista: O regulamento, ou lei do Conselho de Estado, deve definir com precisão os únicos casos e termos em que deve admitir o recurso de revista. Cormenin,⁵⁹ expondo o direito francês a respeito, indica além do caso

⁵⁹ Ver nota 13.

de preterição de fórmulas essenciais: 1º) o caso de ser a decisão dada sobre documentos falsos; 2º) o caso de ter sido a parte condenada por falta de apre-sentação de documento decisivo, ocultado e retido pela parte adversa.

§ 5º Dos incidentes que podem ocorrer no processo contencioso:

435. O processo contencioso não deve ser suspenso senão nos casos previstos, pois que a marcha administrativa deve ser livre e rápida; estes casos são os seguintes [Regulamento, art. 41].

Falciamento da parte ou seu advogado. Em tal caso cumpre sem dúvida dar o tempo necessário para que os respectivos herdeiros se habilitem, ou para que se nomeie novo advogado; o caso de impedimento repentino e manifes-to deste merece a mesma consideração.

Incidente de falsidade: Opondo-se a arguição de falsidade contra qualquer documento ou testemunha, cumpre que a seção do Conselho examine se esse meio de prova é indispensável para a decisão do negócio e consequentemente se é de mister ou não a decisão prévia do incidente; no caso afirmativo, e não querendo a parte que produziu o documento ou testemunha que se argüi de falso, renunciar essa prova, suspende-se o processo até que em juízo com-petente se decida a falsidade [Regulamento, art. 42].

Se a seção, porém, entende que pode prescindir do documento ou tes-temunha, por isso que não são indispensáveis para a decisão do negócio, continua o processo sem embargo da sobrevida organização; art. 43. Esta mesma disposição verifica-se quando a parte que produziu o documento ou testemunha que se argüi de falso, ou desiste disso, ou sendo ouvida nada responde em tempo [art. 44], pois que se rejeita o documento ou testemu-nha, e continua o processo.

Outros incidentes: Quanto a outros incidentes que possam ocorrer, co-mo de intervenção ou opposição de terceiro, perempção ou desistência, cum-pre aplicar as regras do processo comum, que não forem opostas ao re-gulamento do Conselho de Estado, nem à natureza do direito e processo administrativo.

§ 6º Do processo administrativo ou contencioso especial:

436. Certos assuntos que não são propriamente contenciosos, como já ponderamos, que são como que mistos, e ao mesmo tempo muito importan-tes, demandam, e têm um processo e discussão especial apropriada à sua condição, e esclarecimentos necessários para o acerto da decisão; tais são os seguintes:

Processo de pretaia: Este processo pode ser considerado em diversas hipó-

teses, como a de presas em tempo de guerra, ou por ocasião do criminoso tráfico dos africanos, ou por causa de pirataria.

A legislação que regia a competência e processo das presas feitas em tempo de guerra, consta dos alvarás e disposições de 7 de dezembro de 1796, 9 de maio de 1797, 19 de janeiro de 1803, 4 de maio de 1805, 1º de abril de 1808, que criou o Conselho Supremo Militar; 4 de outubro de 1819, 30 de dezembro de 1822, sobre o curso; 5 de dezembro de 1823, 17 e 21 de feve-reiro de 1824, 29 de novembro de 1837; e pelo que toca ao recurso de graça especialíssima, acresciam as disposições de 5 de novembro de 1799, 18 de setembro, 4 e 11 de outubro de 1827 e 21 de maio de 1828.

Em consequência desta legislação, os auditores da Marinha, e na falta deles as justiças territoriais, preparavam o processo de presas em primeira instância, e era ele julgado em segunda pelo Conselho Supremo Militar, co-mo tribunal do almirantado. Atualmente o processo é preparado semelhan-temente pelo auditor da Marinha, e na falta dele pelo respectivo juiz de Di-reito, e julgado em primeira e última instância pelo Conselho de Estado [re-gulamento, art. 32].

Os principais termos do processo são os seguintes: logo que entra no porto a presa, dá-se parte ao auditor da Marinha, ou dito juiz de Direito, que vai logo a bordo, e aí recebe dos apresadores e apresados, assim como de quaisquer outros interessados, que convida por editais, todos os papéis aprendidos e esclarecimentos necessários. Procede na vistoria determina-da pelo § 20 do alvará de 7 de dezembro de 1796, faz lavar auto de tudo, e manda que as partes aleguem, contestem e proveam sua intenção, ou preten-sões, dentro de 8 dias, que assina a cada uma delas; feito o que lhes dá igual prazo para suas conclusões ou razões finais. Preparado assim o processo, envia-o ao governo para ser presente ao Conselho de Estado, que, ouvidas novamente as partes e o procurador da Coroa, e depois dos demais escla-recimentos que entende necessários, julga a final. O julgamento pode ser embargado, e o recurso de graça especialíssima subsiste sempre no sentido de que o governo pode mandar rever o julgado, conformar-se ou não com ele, e por último providenciar como for justo e mais adequado aos interes-ses do Estado.

437. *Pela que toca à pretaia feita por nativo do tráfico de africanos:* É esta matéria regulada pelas leis de 7 de novembro de 1831, 4 de setembro de 1840, regulamento de 14 de outubro do mesmo ano, e disposições posteriores.

Estas apreensões são processadas e julgadas em 1ª instância pelo auditor da Marinha, e em sua falta pelo respectivo juiz de Direito, e em 2ª e última instância pelo Conselho de Estado; lei de 4 de setembro, art. 8.

Apresada a embarcação, o apressador inventaria e guarda, selados, rubricados e lacrados, todos os papéis; fecha as escotilhas quando possível, e logo que chega ao porto, declara por escrito ao auditor o fato do apresamento, dia, hora e lugar dele, bandeira com que a embarcação navegava, sua fuga à vista, resistência e enfim todas as demais ocorrências. A autoridade vai logo a bordo, examina os livros e papéis, procede na vistoria e busca necessária, inventaria, guarda tudo e faz os devidos interrogatórios.

Havendo escravos verífica o número, procede nos convenientes exames e faz depósito seguro deles.

Finalmente, coligidas as provas e ouvidas as partes julga em 1ª instância e transmite o processo ao governo para ser presente ao Conselho de Estado, que julga em 2ª e última instância em termos análogos aos das outras presas.

438. Parece-nos que a competência dos auditores e Conselho de Estado estende-se semelhantemente ao caso de apresamento de embarcação empregada no crime de pirataria, ainda mesmo em tempo de paz.

439. *Processo no conflito de atribuição:* Anteriormente já indicamos a competência do Conselho de Estado a este respeito e a diferença que há entre o conflito de atribuição e o de simples jurisdição ou competência; trataremos pois somente do respectivo processo.

Quando o presidente de uma província, ou o procurador da Coroa na Corte, tiver notícia de que uma autoridade judiciária está efetivamente cunhecendo de algum objeto ou negócio administrativo, exigirá dela os esclarecimentos precisos, bem como a exposição das razões pelas quais julga ter jurisdição sobre tal assunto [regulamento, art. 24].

Examinados esses esclarecimentos e razões produzidas, se se mostram improcedentes, ordenará o presidente, ou o procurador da Coroa, que cesse todo o ulterior procedimento, e sejam citados os interessados, para que em prazo razoável deduzam seu direito sobre a competência legal [regulamento, art. 25].

Findo o prazo e em face da conveniente discussão, se o presidente ou procurador da Coroa entender que o negócio é administrativo, assim o resolverá provisoriamente, remetendo todos os papéis ao Ministério da Justiça, para serem presentes ao Conselho de Estado. Se porém entender que não é administrativo, à vista dos últimos esclarecimentos que tiver obtido, declarará que não tem lugar o conflito e que portanto continue o processo no foro judicial [regulamento, art. 26].

No primeiro caso, remetidos os papéis à seção do Conselho de Estado e ouvidas por esta as partes, caso requirem, interpõe ela seu parecer [art.

27]. Quando o conflito for negativo, isto é, a julgar-se tanto a autoridade judiciária, como a administrativa incompetentes, procede-se semelhantemente [art. 28].

440. *Processo de conflito de jurisdição, ou competência entre autoridades administrativas:* A decisão neste conflito, ou antes questão de competência, pertence também ao Conselho de Estado, e o respectivo processo segue termos análogos aos que acima indicamos. As autoridades administrativas entre quem estabelecer-se semelhante questão, devem logo dar parte a quem lhes for superior à presidência ou na corte ao ministério, da dúvida ou contestação em que laboram.

Quando o conflito, ou questão de competência tem lugar entre autoridades judiciárias, a decisão não é da alçada do Conselho de Estado, sim do poder Judiciário. Se a contestação ocorre em primeira instância, a resolução é afetada à relação do distrito⁶⁰ [Lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 6º, e regulamento das relações, art. 9, § 9º e art. 61]; nas províncias em que não há relações, parece que compete aos presidentes delas decidir, isso provisoriamente, enviando logo os papéis à relação do distrito [Lei de 3 de outubro de 1834, art. 5, § 11º]; embora seja uma intervenção anormal da autoridade administrativa na ordem judiciária, pode ela ser considerada como filha da necessidade.

Quando a questão de competência dá-se entre relações, o julgamento é da alçada do Supremo Tribunal de Justiça [Constituição, art. 164, § 3º; e lei de 18 de setembro de 1828, art. 5, § 3º e arts. 34 e 35].

441. *Processo por abusos cometidos pela autoridade eclesiástica:* Os presidentes de província e o Conselho de Estado, em última alçada são os competentes para conhecer destes abusos, e conseqüente recurso à Coroa, como já expusemos.

Este recurso era processado nos termos da lei de 18 de janeiro de 1765, 21 de maio de 1821 mandada observar pela de 20 de outubro de 1823, e posteriormente nos termos do regulamento de 19 de fevereiro de 1838. Este regulamento expõe com clareza a marcha a seguir-se, e muitos de seus termos são ainda aplicáveis não obstante a competência administrativa, que substituiu a das relações.

Independente do recurso ao juízo da Coroa por violências, injustiças e usurpações de jurisdição, podem ocorrer questões, e porventura graves, de jurisdição ou competência entre prelados e autoridades eclesiásticas. Nos

⁶⁰ As relações eram tribunais de segunda instância.

termos do art. 9, § 10º do regimento das relações, e da lei de 22 de setembro de 1828, art. 2, § 6º, a attribuição do decidir tais questões era conferida às relações; hoje porém deve entender-se que isso também pertence ao Conselho de Estado; entretanto nem a lei, nem o regulamento respectivo são bem expressos como convinha.

Quando cumprir que o poder temporal intervenha a respeito, e isso pode ser mais de uma vez indispensável, parece fora de dúvida que deve intervir por meio da autoridade administrativa, e não da judiciária.

Finalmente o dito regulamento de 19 de fevereiro de 1838 providencia sobre os termos da execução das decisões do Conselho de Estado, que sem dúvida devem ser exatamente cumpridos, ainda quando a autoridade eclesiástica queira opor contumácia.

CAPÍTULO 6: DA ADMINISTRAÇÃO PROVINCIAL E MUNICIPAL

SEÇÃO 1ª: DA ADMINISTRAÇÃO DAS PROVÍNCIAS

§ 1º e 2º Haverá em cada provincia um presidente nomeado pelo imperador, que o poderá remover, quando entender que assim convém ao bom serviço do Estado. Constituição, art. 165.

§ 3º a 5º A lei designará as suas attribuições, competência e autoridade, e quanto convier ao melhor desempenho della administração. Constituição, art. 166.

§ 1º Da necessidade dos centros administrativos provinciaes:

442. A administração ministerial ou central tem a seu cargo todos os serviços sociais que pertencem ao interesse coletivo, ou geral, mas ella por si mesma não tem ubiqüidade. Os serviços estão espalhados por toda a superficie do Estado, movem-se em grandes distâncias e não é possível que ella possa exercer a necessária impulsão, inspecção e fiscalização, senão por meio de suas ordens, e de intermediários ou agentes de sua escolha e confiança. É pois preciso que tenha tais agentes, que elles sirvam de centros locais, que executem fielmente suas ordens e instruções, que inspecionem os diversos importantes serviços administrativos.

Para esse fim é de mister repartir convenientemente o território em grandes divisões ou provincias, como já observamos.

Acresce ainda a necessidade que há de dar-se um centro de vida e ação aos negócios puramente provinciaes, de que também já tratamos.

§ 2º Da livre nomeação e demissão dos presidentes de provincia:

443. Esses agentes da administração central são os motores, as sentinelas avançadas da ação executiva, os encarregados de esclarecer o governo geral, de guardar a ordem, a paz pública, de promover os interesses, o progresso, o bem-ser das provincias, de coadjuvá-lo enfim em suas impor-