

O Poder Moderador na Constituição do Império (*)

(Exemplo de um desencontro
do Direito com os fatos)

Professor PAULO BONAVIDES

Dos ramos do Direito aquele que mais se presta a uma reflexão filosófica acerca dos influxos da ordem jurídica sobre a mudança política e social é indubitavelmente o Direito Constitucional. Se quiséssemos surpreender a filosofia do Estado e seus valores radicados numa sociedade, expostos porém a variações decorrentes de idéias e comportamentos humanos, nenhuma referência seria tão valiosa quanto a que se apreende das instituições estabelecidas pelo ordenamento das Constituições. É no corpo destas que se nos deparam a teoria e a positividade impostas numa determinada ocasião histórica pelos legisladores constituintes, ainda que se faça abstração do exame pertinente a aspectos sociológicos concretos, nascidos da adequação dos textos à realidade política ambiente.

Vamos, por conseguinte, buscar o modelo histórico de uma sociedade até há pouco subdesenvolvida, mas em trânsito já para a modernidade tecnológica, e examinar-lhe velhas instituições debaixo dos efeitos produzidos juridicamente pelas matrizes filosóficas de teor político, consubstanciadas em um de seus distintos documentos constitucionais. Esse modelo nos inspira o constitucionalismo brasileiro do Império, em cujos quadros acompanhamos com relativa clareza a força modificadora do Direito sobre as estruturas políticas e sociais, na medida em que esse Direito, procedendo de uma inspiração filosófica e programática, servindo a idéias e fixando valores, toma ocasionalmente no curso histórico uma peculiar feição traçada por sua aplicação costumeira, que chega a distanciá-lo por inteiro do formalismo e rigidez primitiva da letra constitucional.

(*) Trabalho extraído do livro "Reflexões — Política e Direito", recentemente lançado pela Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, sob o patrocínio da Escola de Administração.

O modelo brasileiro, extraído pois do contexto latino-americano, se faz a um tempo curioso e fecundo, porquanto reflete já no passado esse contraste dialético: um direito político comunicado por elites europeizadas a uma sociedade de raízes étnicas nativistas, com resultados de todo imprevistos, conforme veremos.

* * *

A primeira Constituição brasileira resultou de uma outorga de D. Pedro I, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil. Com efeito, a Carta de Lei, de 25 de março de 1824, mandava observar a Constituição Política do Império, que o Imperador então oferecia e jurava aos seus súditos, depois de dissolver, um ano antes, a Constituinte, convocada para o mesmo fim. Nascia o Império debaixo do signo de um golpe de Estado: a dissolução do Poder Legislativo. Mas essa origem, que poderia augurar instabilidade, teve paradoxalmente efeitos que não vieram corroborar o pessimismo inicial.

A Constituição saiu das mãos do Imperador escoimada do radicalismo passional da Constituinte. Sua filosofia política, em última análise, era a do liberalismo francês do século XIX, com um sistema representativo calçado na tese da soberania nacional. Realmente, reportando-se aos poderes e à representação nacional, ela mais se avizinhava de Siéyès que de Rousseau, do princípio francês de 1791 (soberania nacional) que daquele esposado em 1793 (soberania popular).

Os artigos 11 e 12 seriam a esse respeito verdadeiramente exemplares, se pudessem espelhar toda a verdade da Constituição: "Os representantes da nação brasileira são o Imperador e a Assembléa-Geral" ou "Todos estes poderes do Império do Brasil são delegações da nação." Mas a filosofia do poder absoluto se filtrou nas dobras constitucionais, fazendo equívoca a supremacia do princípio da representação nacional. A Constituição outorgada era uma peça engenhosa de equilíbrio. Equilíbrio no entanto de aparência, até certo ponto. Senão vejamos a inclinação pendular do artigo 10, que estabelecia como poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.

Consagrava-se ali o princípio da separação de poderes, arrancado da filosofia liberal, mas acomodado tecnicamente, conforme demonstraremos, a uma exigência básica de manter a preponderância do poder real.

A separação de poderes, como se sabe, foi remédio histórico e constitucional, concebido essencialmente com o propósito de limitar a competência dos reis, enfreado as prerrogativas absolutas dos antigos monarcas de direito divino. O constitucionalismo imperial no Brasil, fugindo tanto quanto possível a essa regra ou a essa inspiração, procurou, todavia, ao acolher formalmente a mencionada técnica, levantar-lhe embargos restritivos com a adoção de um quarto poder — o Moderador, concebido na linguagem da Carta como "a chave de toda a organização política".

Conferiu a esse Poder Moderador primazia sobre os demais Poderes, o que sem dúvida se arredava da teorização de Benjamin Constant, contrariando-a desde as bases. É de assinalar todavia que Antônio Carlos, embora não houvesse incluído o Poder Moderador no Projeto que elabo-

rou para a Constituinte de 1823, se acercou muito mais de um correto entendimento da natureza daquele Poder, segundo a concepção de Constant, que os autores da própria Constituição outorgada, onde o sobredito Poder é sem dúvida a nota de mais sensível originalidade, conforme têm sobejamente evidenciado alguns constitucionalistas e historiadores políticos. Mas aqueles feitores da Constituição, movidos talvez de arraigados e inconscientes pendores absolutistas, que o ânimo contraditório e impulsivo do Imperador estava a refletir, não puderam assimilar a lição liberal de Constant, cuja doutrina o nosso Príncipe parecia professar. E disso deu mostra histórica em duas pátrias como herói da liberdade e do princípio representativo, o que faz mais estranho o desvio doutrinário com que se houve na redação daquele princípio.

Já o conceito de Antônio Carlos, expendido a 23 de julho de 1823, em sessão da Constituinte, se nos afigura de todo irrepreensível. Contrastando a posição do corpo legislativo em presença da Coroa, assinalava ele peremptório: "Procurei a origem desta influência e encontrei-a na necessidade de um poder vigilante e moderador nos governos representativos. Mostrei que este poder que, como atalaia da liberdade e direito dos povos, inspeciona e contrabalança todos os demais poderes para que se conttenham nos limites marcados por sua mesma natureza, e não se tornem danosos à nação, não fora desconhecido dos mais sábios legisladores da antiguidade. Que, nas Repúblicas, ele deveria estar separado do Chefe da Nação, mas, nas monarquias constitucionais, era dele inseparável, para o conservar na alta preeminência em que esta forma de governo necessariamente o coloca." (1)

Ao contrário disso, a teoria do Poder Moderador, no contexto da Carta outorgada, consagra em verdade uma deformação das idéias de Constant. Engana-se quem toma a função moderadora unicamente qual se acha ela definida à primeira vista, com toda aparência de fidelidade ao pensamento do publicista francês, aparência que logo se desvanece quando o observador se volve para o exame de conjunto do mecanismo constitucional, para a competência atribuída aos Poderes políticos ou para o modo como a Constituição estabeleceu a titularidade desses Poderes, em ordem a conjugar dois na pessoa única do Imperador — o que constituía uma verdadeira afronta teórica a Montesquieu, porquanto este tomara justamente tal união abusiva como ponto de partida ou critério mesmo para a identificação dos poderes opressores e sua ulterior invalidação.

Efetivamente, a Constituição brasileira de 25 de março de 1824, depois de afirmar de maneira categórica, em seu artigo 98, que o Poder Moderador "é delegado privativamente ao Imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que, incessantemente, vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes públicos", fazia no artigo seguinte um impressionante acréscimo de poder e autoritarismo, se atentarmos que instituiu também o Imperador por chefe do Poder Executivo (artigo 102).

(1) Ver "O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e Portugal". Ministério da Justiça. Arquivo Nacional, 1972. A citação é extraída da Introdução de Afonso Arinos de Melo Franco, de páginas que não apresentam numeração.

Esse acréscimo flui do seguinte dispositivo: "A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito a responsabilidade alguma" (artigo 99). Nenhuma responsabilidade portanto no exercício do Poder Moderador, no qual estava compreendida a copiosa soma de atribuições do artigo 101, literalmente tais como nomear Senadores, convocar a Assembléia-Geral extraordinária nos intervalos das sessões, quando assim o pedisse o bem do Império, do qual ele ajuizava, sancionar os decretos e resoluções da Assembléia-Geral, para que tivessem força de lei, aprovar e suspender interinamente as resoluções dos conselhos provinciais, prorrogar ou adiar a Assembléia-Geral, e dissolver a Câmara dos Deputados, nos casos em que o exigisse a salvação do Estado, convocando imediatamente outra que a substituísse, nomear e demitir livremente os Ministros de Estado, suspender magistrados, perdoar ou moderar as penas impostas aos réus condenados por sentença e conceder anistia em caso urgente, quando assim o aconselhasse a humanidade e bem do Estado. Tudo isso sem contar aquelas conferidas no artigo 102, que ele, como chefe constitucional do Poder Executivo, exercitava pelos seus Ministros de Estado, pessoas nomeadas e demissíveis *ad nutum* do mesmo Imperador, conforme vimos.

Sendo pois poder inviolável e irresponsável, que a par de funções propriamente executivas, podia também na qualidade de Poder Moderador dissolver a Câmara dos Deputados, prorrogar ou adiar a Assembléia-Geral, nomear Senadores e nomear e demitir livremente os Ministros de Estado, não se compatibilizava de modo algum com aquele quarto poder da filosofia política de Benjamin Constant, a tutelar um liberalismo puro e sem mácula. Aqui o rei, ao invés do Imperador constitucional do Brasil, deveria figurar como autoridade neutra e intermediária entre poderes disputantes, a cujo equilíbrio caberia prover com alto descortino e sabedoria. Seria, no entender de Constant, o poder judiciário dos demais poderes, visto que "quando os poderes públicos se dividem e estão prestes a se prejudicar, faz-se mister uma autoridade neutra, que faça com eles o que o Poder Judiciário faz com os indivíduos".⁽²⁾ E apontava o publicista francês para aquilo que se lhe afigurava o vício de todas as Constituições: o de não haver criado um poder neutro, mas colocado o cume da autoridade de que este devia achar-se investido na cabeça de um desses poderes ativos, "interessados", politicamente militantes.⁽³⁾

O Poder Moderador do constitucionalismo brasileiro do Império exorbitava assim, em teoria, da função meramente corregedora de poder neutro que lhe fora traçada pela concepção teórica de Constant, desde que era um poder politicamente militante. E tal acontecia em virtude dos distintos fundamentos político-filosóficos com que se empregava no Império do Brasil a velha técnica da liberdade constitucional, uma vez que, em última análise, a Constituição outorgada mal podia encobrir algumas raízes absolutistas, sua origem no consentimento de um Príncipe português que,

(2) Benjamin Constant, "Cours de Politique Constitutionnelle", Paris, Librairie de Guillaumin, 1861, pág. 179.

(3) Benjamin Constant, "Principes de Politique" in "Oeuvres", Bibliothèque de la Pléiade, 1957, Librairie Gallimard, págs. 1.114/1.115.

por amor do povo, desprezava o passado, mas por amor da realeza não fora tão longe nem tão generoso que lograsse se desfazer da competência cautelosamente ressalvada em vários artigos da Constituição, nos quais conjugara a titularidade de dois Poderes — o Executivo e o Moderador — em sua real pessoa. Se a separação de poderes constitui algo mais que uma técnica de organização do poder, no exemplo constitucional brasileiro ela veio menos para referendar uma nova filosofia política — a do liberalismo, como se acreditava no século passado, do que em realidade para sancionar o que ainda restava de uma concepção de autoridade, já historicamente abalada em seus mais sólidos fundamentos, a saber, a das monarquias absolutas, em manifesto declínio desde a Revolução Francesa.

A experiência brasileira do Império foi porém surpreendente em mostrar como o instrumento jurídico-constitucional, posto que escorado nas vigas de uma concepção do poder que em muitos pontos traspassava formalmente os artigos da doutrina liberal, logrou todavia acolher com flexibilidade usos políticos, que acabaram configurando um novo direito constitucional de assentamento costumeiro, bastante apartado da rigidez do texto formal, e a cuja sombra, por exemplo, prosperaram com desenvoltura o bipartidarismo político do Império (liberais e conservadores), a forma *sui generis* de governo parlamentar e, enfim, o funcionamento mesmo do Poder Moderador, no Segundo Reinado, com perfil autônomo.

Atuando fora do autoritarismo que os quadros constitucionais lhe consentiam, é que o Poder Moderador exercido com parcimônia e sabedoria política, segundo fizeram ver alguns analistas das instituições do Império, pôde na prática avizinhar-se mais do modelo de Constant, do que talvez na Constituição autoritária do príncipe outorgante, donde se originara.

O Poder Moderador no Brasil somente pode ser estimado nas consequências incomparáveis que teve para a consolidação da unidade nacional e para a estabilidade do sistema político do Império, se o examinarmos à luz do costume constitucional. Foi este que lhe moldou feição própria, bem diferente daquela a cujo reconhecimento seríamos induzidos, depois de proclamá-lo, em termos teóricos, como já o fizemos, uma distorção da doutrina de Constant. A tanto nos abalancaríamos movidos de uma consideração tão-somente literal do texto da Constituição.

Em verdade, a Constituição do Império racionalizou na época o liberalismo, impôs ao País um compromisso, de que resultou formalmente o governo monárquico hereditário, constitucional e representativo, com separação de poderes e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos, sendo do ponto de vista político o cimento de uma nação livre e independente, o esteio jurídico contra a recolonização, a base da unidade nacional nas ocasiões críticas e convulsas, assim na política interna — a abdicação do Primeiro Imperador, a Guerra dos Farrapos e a maioridade antecipada de D. Pedro II — como na política externa, a saber, os problemas militares da Bacia do Prata e a Guerra do Paraguai.

Enfim, representou a expressão de um direito constitucional positivo, que nunca pesou sobre a consciência do País nem entrou a ação reformista do costume, muito mais sensível e delicado em seus resultados

que a obra ostensiva do poder constituinte constituído, o qual raramente se exercitou.

Tudo isso bem distinto do que se passou ao depois no período republicano, quando as Constituições não lograram com igual maleabilidade e bom êxito atender determinadas exigências reformistas, nem tampouco abrir vias largas à ação renovadora, convertendo-se por esse efeito o instrumento constitucional primeiro num obstáculo fatal do que propriamente num expediente jurídico de prevenir crises e consolidar instituições.

Com efeito, no Império, houve uma única Constituição e uma só reforma constitucional, ao longo de seus 65 anos de existência. Nenhum texto do século XIX sobreleva em clareza e limpidez a lição que ele trouxe sobre o que seja matéria constitucional e matéria da Constituição. Desfez um equívoco em que ainda incorrem juristas despreparados na velha teoria constitucional. Rezava assim com alta técnica jurídica o artigo 178: "É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos: tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas, pelos legisladores ordinários." Esse texto fazia a singularidade da Constituição do Império: a um tempo flexível e rígida.

Mas a Constituição não estabelecia expressamente um controle de constitucionalidade das leis, omitindo toda disposição a esse respeito, abrindo margem pois a que o costume pudesse com o tempo exercer função criadora. Aliás, nenhuma Constituição rígida na época se ocupava desse aspecto, ausente das preocupações do constituinte e para o qual o constitucionalismo só despertou com a ação dos tribunais, nomeadamente depois do exemplo americano, a partir da contribuição jurisprudencial firmada nos arestos de Marshall.

A Constituição do Império no decurso de sua larga vigência foi mais criadora do que transformadora. Nisso assentou sem dúvida seu maior merecimento e prestígio: produziu desde a Independência um Estado unitário, mantido com o simultâneo empenho de prevenir a restauração do domínio português e posteriormente de resistir a todo ensaio de esfacelamento da união interna.

Em suma, criou a nação, sendo o unitarismo a mais alta lição de sabedoria política legada pelo Príncipe outorgante. Sem a Constituição centralizadora, a unidade nacional jamais vingaria. O federalismo precoce da Constituinte e da Abdicação teria minado e solapado as bases da consolidação política do País. Os agentes da idéia nova contida no princípio federativo, na época tão intimamente associado ao princípio da liberdade política e tão aparentado com a concepção republicana de poder, estiveram a pique de ultimar seu programa radical da reforma. Mas a acomodação e o bom senso acabaram prevalecendo desde o compromisso do Ato Adicional, na medida em que este foi atenuado pela célebre Lei de Interpretação. Ali, a reforma, aqui, a contra-reforma. De ambos porém um resultado necessário e louvável: o equilíbrio institucional, chave das quatro décadas de quase perfeita estabilidade política em que não houve mais necessidade de tocar na Constituição.