

CHAVE OU FECHO? O DEBATE JURÍDICO ERUDITO SOBRE A  
RESPONSABILIDADE DO PODER MODERADORWalter Guandalini Junior <sup>1</sup>**Resumo**

Este estudo aborda os debates jurídicos ocorridos na segunda metade do século XIX acerca da responsabilidade pelo exercício do poder moderador. A partir de uma análise arqueológica da estrutura e do conteúdo dos argumentos empregados, pretende-se compreender as regras que compõem a ordem discursiva no interior da qual o debate se desenvolve, e que presidiram o intrincado processo de modernização do discurso jurídico brasileiro após a independência. Ao final pôde-se concluir que as divergências entre os juristas do período não são apenas políticas ou hermenêuticas, mas refletem o contraste entre duas concepções distintas de ordem jurídica: uma racional-realista, que enxerga o direito como conjunto de relações necessárias extraídas do espírito da ordem constitucional; e outra legal-formalista, que concebe o direito como conjunto de normas positivas formalizadas no texto da constituição.

**Palavras-chave:** história do direito constitucional; Constituição de 1824; poder moderador; ordem do discurso jurídico; modernização da ordem jurídica brasileira.

**PODER MODERADOR: CHAVE OU FECHO?**

Em 1972 o Brasil comemorava o sesquicentenário de sua independência política. Embalado pelo tricampeonato de futebol, pelo milagre econômico e pela opinião pública favorável, o governo autoritário de Médici decidiu realizar uma grande festa cívica para celebrar a data: o corpo de D. Pedro I foi trazido de Portugal e, após uma série de procissões nas capitais do país, foi sepultado na cripta do monumento à independência do Museu do Ipiranga, em São Paulo<sup>2</sup>. Em meio ao ufanismo das festividades, que associavam simbolicamente o “Rei Soldado” às forças militares, o Arquivo Nacional e o Ministério da Justiça publicaram uma importante compilação

---

<sup>1</sup> Doutorado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2012). Programa de Doutorado com Estágio no Exterior (PDEE - Doutorado-sanduiche) pelo Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Università di Firenze (2010). Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e advogado sênior da Companhia Paranaense de Energia. E-mail: prof.walter.g@gmail.com

<sup>2</sup> Na ocasião se constatou que o caixão feito em Portugal era grande demais para o sarcófago preparado para contê-lo. O governo português não autorizou a redução do conjunto (composto por um caixão de chumbo com as armas de Portugal dentro de outro caixão de madeira) e as autoridades brasileiras foram obrigadas a desmontar o sarcófago e aumentá-lo em oito centímetros para o sepultamento definitivo – que na verdade só ocorreu quatro anos depois, em 1976.

de documentos históricos que registravam o papel desempenhado por D. Pedro I na redação da Constituição do Império e na sua adaptação à monarquia portuguesa – anotações, adições, emendas e cartas trocadas entre o imperador e o conselheiro Francisco Gomes da Silva (o “Chalaça”).

Os documentos eram precedidos de uma apresentação do diretor do Arquivo Nacional, Raul Lima, e de uma introdução escrita por Afonso Arinos, na qual o jurista realizava uma densa análise sobre as razões do movimento constitucionalista e a técnica jurídica da constituição. Dentre os aspectos examinados por Arinos há um, em especial, que o autor considera “o mais importante de fato e teoricamente o mais debatido dos temas políticos do segundo reinado no Brasil” (1972:s.p.): o poder moderador. Mas ao fazer essa afirmação Arinos sabia que a importância do debate extravasava os limites políticos do segundo reinado.

Em 1824, quando foi outorgada a Constituição do Império do Brasil, o poder moderador já não era uma novidade teórica. Entre os franceses a ideia vinha sendo gestada desde 1790, quando o grupo monarquiano sugeriu a criação de um “poder neutro” para solucionar os conflitos entre os demais nas obras de Saint-Pierre (*La Voeux d’un Solitaire*, 1790) e Clermont-Tonnerre (*Analyse Raisonnée de la Constitution Française*, 1791). Mas o grande difusor da tese foi Benjamin Constant, que em 1815 publicou os seus *Principes de Politique*, nos quais defendia a criação de um poder neutro, essencialmente conservador e passivo, voltado à manutenção do equilíbrio político.

A tese de Constant foi logo recebida no Brasil, e bem recebida. Em novembro de 1822 os Princípios de Política foram traduzidos e publicados no jornal *O Regulador Brasileiro* (como informa CATTONI, 2011:165), e a obra foi prestigiada a ponto de influenciar a redação da constituição outorgada por D. Pedro I, com referência explícita à definição original do filósofo:

Art. 98. [Constituição Política do Império do Brasil] O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

O poder ministerial, ainda que emane do poder real, possui, no entanto, uma existência realmente separada dele: e a diferença é essencial e fundamental, entre a autoridade responsável e a autoridade investida da inviolabilidade.

Mesmo sendo essa distinção consagrada por nossa própria constituição, acredito dever circundá-la de alguns desenvolvimentos: Indicada em uma obra que publiquei antes da promulgação da carta de 1814, ela pareceu clara e útil a homens cuja opinião tem para mim um grande peso. É, com efeito, em minha opinião, a chave de toda organização política (CONSTANT DE REBECQUE, 1815a:34 – tradução livre).

Mas para Afonso Arinos a tradução realizada pelo conselho de estado não foi tão cuidadosa. Na opinião do jurista o redator do texto constitucional cometeu um erro ao interpretar a palavra *clef*, cujo significado adequado ao contexto seria o de “fecho”, não o de “chave”. O erro geraria graves consequências na estruturação do

sistema político brasileiro: a transformação de um poder passivo concebido apenas para coordenar as atividades dos demais em uma força ativa de imposição política, isenta de responsabilidade jurídica; e o debate interminável entre alguns dos maiores publicistas brasileiros acerca do significado correto da norma constitucional. O autor explica:

Constant começa definindo o Poder Real como sendo “la clef de toute organisation politique”, frase que a Constituição de 1824 (art. 98) traduziu literal, e a nosso ver imperfeitamente, na expressão: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização política”. Dizemos que a tradução é imperfeita porque nos parece que no texto francês a palavra clef não quer dizer chave, em português, e sim fecho no sentido de fecho de abóbada. Esta distinção não é bizantina, porque a tradução que nos parece certa dá muito mais a ideia de apoio e coordenação do que de intervenção e imposição, como a ideia da chave que abre qualquer porta. E toda a discussão entre conservadores e liberais no Império brasileiro vem exatamente desta diferença de pontos de vista, a saber, os liberais querendo atribuir ao Poder Moderador uma força de composição, enquanto os conservadores viam nele uma força de imposição, que de fato foi, principalmente quando dissolvia a Câmara de maioria contrária ao gabinete. (MELO FRANCO, 1972:s.p. – grifos no original).

De fato, na segunda metade do século XIX o dispositivo constitucional se tornou objeto de intensos debates, que deram origem a duas posições contrapostas: de um lado, sustentava-se a necessidade de responsabilização do poder moderador, a ser realizada na pessoa dos ministros diante do princípio da inviolabilidade do monarca; de outro, defendia-se que os ministros só respondiam pelos atos do poder executivo, razão pela qual deveria permanecer juridicamente irresponsável o monarca no exercício do poder moderador. Desde então, teóricos e historiadores do direito constitucional têm se debruçado sobre a controvérsia, e a posição de Afonso Arinos é emblemática ao sintetizar o modo como ela costuma ser compreendida: como epifenômeno jurídico do embate político entre conservadores e liberais; como erro de compreensão da teoria de Benjamin Constant; como erro de interpretação do texto constitucional brasileiro.

É claro que o julgamento de Afonso Arinos deve ser compreendido em seu contexto. Jurista liberal, udenista clássico, crítico da ditadura que seu partido havia auxiliado a instaurar e político atento à identificação ideológica que se pretendia realizar entre a liderança de D. Pedro I e o regime militar, não parece inferência exagerada a suposição de que mirasse no imperador para acertar o ditador. Ao criticar abstratamente a inadequação jurídica da concentração de poderes de governo em um órgão sem qualquer responsabilidade, permitia a transposição da crítica ao sistema político-constitucional então vigente, que pelo menos desde 1968, com o AI-5, concedia ao Presidente da República poderes extraordinários para decretar o recesso do Congresso, das Assembleias e das Câmaras. Com isso a concentração excessiva de poderes no Executivo deixava de ser apenas uma opção política inadequada para se tornar um erro teórico, cometido pela já reconhecida dificuldade dos intelectuais brasileiros de implantar no país ideias estrangeiras – reforçando-se a crítica política com a velha crítica filosófica das “ideias fora do lugar”.

No entanto, reduzir a importante controvérsia jurídica a um simples erro de tradução seria uma interpretação simplória da mais importante discussão de direito público ocorrida no Brasil imperial. A polêmica envolveu intelectuais altamente qualificados, que com grande profundidade teórica e ampla riqueza argumentativa esgrimiram destramente em torno do significado preciso e da extensão adequada dos efeitos do art. 98 da Constituição do Império. Entre tantas qualidades, estes intelectuais obviamente também conheciam a língua francesa, assim como as possibilidades de tradução da expressão empregada por Constant – como indubitavelmente demonstra a análise de Zacarias de Góes e Vasconcellos:

Bem triste ideia teriam dado de sua capacidade os autores da Constituição se, no desígnio de estabelecer, como estabeleceram, uma monarquia limitada, talvez a mais livre de que haja exemplo, devendo tomar todas as providências legalmente possíveis para que na prática o resultado não desdissesse suas intenções, procedessem como o arquiteto que, no remate de custosa fábrica, no assentar a pedra que tem de cerrar-lhe a abóbada, deixasse de tomar precauções para que essa pedra se não abatesse, arrastando à ruína todo o edifício (VASCONCELLOS, 1862:35 – sem grifos no original).

De qualquer modo, a discussão sobre a capacidade dos constitucionalistas do império de compreenderem a filosofia política francesa, ou de interpretarem a norma constitucional brasileira, em nada contribui para a compreensão da questão. Toda crítica realizada nesse sentido incorre em anacronismo, pois é obrigada a pressupor um significado “verdadeiro” da teoria do poder moderador, ou uma interpretação “correta” do texto constitucional, como parâmetros em relação aos quais a interpretação dos juristas do império pode ser avaliada; ao fazer isso, projeta sobre o passado os valores e percepções do presente acerca de tais questões, impedindo-nos de enxergar a maneira como o próprio passado as percebia e compreendia.

Da mesma forma, tratar a discussão jurídica como mero efeito superestrutural de um confronto político nos faz perder de vista a espessura característica do direito como elemento constitutivo da realidade a que se refere. Sem ignorar a interferência da política no campo jurídico e a realidade do direito como produto social, é preciso reconhecer a espessura do espaço jurídico como campo portador de uma racionalidade própria, dotado de regras específicas de funcionamento e capaz de limitar e orientar o exercício concreto do poder em uma formação social determinada.

Em suma, para uma abordagem histórico-jurídica do debate, mais importante do que julgar o seu conteúdo é compreender a sua racionalidade intrínseca, a função discursiva que delimita o campo no interior do qual o enunciado jurídico se situa e que define o regime de materialidade que o constitui. Em outras palavras, realizar uma investigação arqueológica das regras de formação e desenvolvimento do debate jurídico-constitucional para compreender as especificidades do processo de formalização jurídica dos graves conflitos materiais que fraturam a sociedade brasileira durante o império.

E é esse o objeto do presente estudo: afinal, a controvérsia é uma das mais fecundas de nossa história constitucional, e se apresenta em condições privilegiadas para o analista interessado em compreender as

características da cultura jurídica brasileira do século XIX. Para além de uma simples oposição política entre conservadores e liberais; para além de uma simples divergência hermenêutica na interpretação do texto constitucional; para além de um simples erro de compreensão da filosofia política francesa; o que se percebe no debate é também o contraste entre concepções distintas de ordenamento jurídico-constitucional, que refletem a complexidade do pensamento jurídico brasileiro no século XIX. Desse modo, a sua análise pode contribuir não só para lançar luz sobre o significado atribuído à principal peculiaridade do regime político-constitucional brasileiro pós-1824, mas também, e principalmente, como via de acesso às regras que compõem a ordem do discurso constitucionalista no Brasil imperial, e que presidiram o intrincado processo de modernização do direito brasileiro após a independência.

### O PODER MODERADOR NO PENSAMENTO DE BENJAMIN CONSTANT

Segundo Christian Lynch (2005:613), todo o debate político francês durante a Revolução de 1789 foi atravessado pela busca de um terceiro poder, situado acima do Executivo e do Legislativo, e que fosse capaz de mantê-los nos limites previamente definidos pela ordem constitucional. A grande questão da filosofia política do século XIX era definir como conciliar os princípios da boa revolução de 1789 com a autoridade governamental, fundando-se um governo estável capaz de oferecer tranquilidade à burguesia vitoriosa. Como recorda Ambrosini (2004:30), a sucessão de constituições do período revolucionário e pós-revolucionário (1791, 1793, 1795, 1800, 1814, 1815) é testemunha do impasse político, e nenhuma das assembleias constituintes deixou de ter a sua legitimidade questionada pelos setores que se julgavam prejudicados. Desse modo, a redefinição do papel do monarca e dos seus ministros no governo era condição indispensável para que as elites liberais tivessem a quantidade de voz adequada no campo político, tornando-se possível o abandono das soluções pela força e, finalmente, a conclusão da revolução.

A necessidade de se reconhecer também em termos jurídicos o poder de agência da burguesia vitoriosa foi traduzida pela filosofia política nos termos do sistema representativo liberal: a lógica do sistema exigia que fossem criados mecanismos capazes de permitir ao “povo soberano” o controle sobre as ações de seus mandatários, impedindo que extrapolassem os limites de seus mandatos e assegurando a representação da vontade geral. No entanto, sem transbordar dos limites da democracia representativa em direção a um modelo inaceitável de participação direta<sup>3</sup>, a solução passava necessariamente pela definição do Poder do Estado

<sup>3</sup>Um modelo “antigo”, diria Constant (1819:13). Em tradução livre: “Que o poder se resigne, então; precisamos da liberdade, e a teremos; mas como a liberdade de que precisamos é diferente daquela dos antigos, essa liberdade necessita de uma organização diferente da que poderia convir à liberdade antiga. Naquela, quanto mais o homem consagrasse tempo e forças ao exercício de seus direitos políticos, mais ele se considerava livre; na espécie de liberdade à qual somos suscetíveis, quanto mais o exercício de nossos direitos políticos nos deixe tempo para nossos interesses *privados*, mais a liberdade nos será preciosa.

Daí decorre, Senhores, a necessidade do sistema representativo”.

competente para representar a vontade soberana em caso de conflito, organizando-se a distribuição do poder político entre ele e os demais e, desse modo, atribuindo-se-lhe o poder de proferir, com a voz da elite econômica, a decisão final sobre a preservação da ordem política.

Foi nesse contexto que os monarquianos Bernardin de Saint-Pierre (1790) e Stanislas de Clermont-Tonnerre (1791) desenvolveram o conceito de Poder Moderador, atribuindo à Coroa, como representante máxima da soberania nacional, a responsabilidade por resolver esses conflitos. A nova concepção pretendia conciliar as novas ideias de soberania popular com a tradição nacional francesa, atribuindo ao monarca o poder necessário para a proteção do povo e da constituição contra as oligarquias políticas, e convertendo a monarquia absoluta em um governo constitucional e representativo. Benjamin Constant retoma a tese de Tonnerre buscando estabelecer o melhor arranjo entre soberania popular, estrutura da organização política e liberdades fundamentais, para a construção de um governo que não degenera em despotismo e garanta a liberdade dos indivíduos. Assim, o argumento do autor inicia pela crítica à tese rousseauniana de uma soberania popular absoluta (que havia culminado nos excessos do terror jacobino), resultado, em sua opinião, de uma falta de atenção à realidade do modo como o poder é exercido concretamente. Segundo Constant (1815a:11), ainda que a soberania seja conferida abstratamente à totalidade dos cidadãos, a partir do momento em que se deve proceder a uma organização prática da autoridade o povo é obrigado a delegar esse poder a outras pessoas. Disso resulta uma desigualdade quanto ao exercício e à submissão ao poder entre as distintas partes do corpo soberano, o que pode levar ao arbítrio se não houver uma definição clara dos limites impostos ao exercício desse poder. Desse modo, a soberania não pode ser ilimitada; existe um aspecto da existência humana que deve permanecer imune a qualquer possibilidade de intervenção social ou decisão soberana: o campo das liberdades e dos direitos individuais (1815a:14).

É claro que o estabelecimento desse princípio impõe outra questão: como limitar, na prática, o exercício do poder político? Constant não tem dúvidas de que a limitação abstrata da soberania não é suficiente; é preciso organizar instituições políticas que combinem os interesses dos diversos depositários do poder de modo a tornar mais vantajoso que cada um se mantenha nos limites de suas atribuições respectivas (1815a:17). A solução proposta consiste em combinar com a separação de poderes a existência de um poder superior, forte o suficiente para manter o equilíbrio entre os demais, mas sem nenhum poder de governo, de modo a se manter sempre em estado passivo e sem possibilidade de ação independente. Trata-se do “poder neutro” atribuído ao chefe de Estado das monarquias constitucionais, responsável por garantir que os demais poderes ajam em harmonia:

O poder executivo, o poder legislativo e o poder judiciário são três molas que devem cooperar, cada uma de seu lado, ao movimento geral: mas quando essas molas se perturbam e se cruzam, se entrecrocaram e se entavam, é necessária uma força que as recoloca em seu lugar. Essa força não pode estar em uma das molas, pois ela se serviria dela para destruir as demais. É preciso que esteja fora, que seja neutra, para que a sua ação se aplique

necessariamente em todos os lugares onde seja necessário que ela seja aplicada, e para que ela seja preservadora, reparadora, sem ser hostil. A monarquia constitucional cria esse poder neutro na pessoa do chefe de Estado. O verdadeiro interesse desse chefe não é, de modo algum, que um dos poderes derrube o outro, mas que todos se apoiem, se compreendam e ajam em concerto (CONSTANT, 1815a:20 – tradução livre).

Como se percebe, o poder neutro depende de uma combinação equilibrada entre irresponsabilidade e passividade. Afinal, apenas um poder completamente irresponsável terá força suficiente para impor a sua decisão, como representante da vontade popular, quando houver conflito entre os demais; por outro lado, apenas a um poder absolutamente passivo se pode reconhecer tal força sem que ele degenera em despotismo, usurpando as competências dos demais. Em um regime como esse restam aos monarcas poucas prerrogativas discricionárias, ligadas apenas à conservação da forma do Estado: nomear e destituir os ministros do poder executivo; sancionar as resoluções das assembleias representativas; adiar as assembleias representativas e dissolver as assembleias eletivas; nomear os juízes; conceder a graça; e decidir sobre a paz e a guerra (CONSTANT, 1836:188).

Somente a um poder passivo como este se pode reconhecer a irresponsabilidade, que garante ao monarca o poder necessário de intervenção em caso de desequilíbrio entre os demais poderes – impedindo o despotismo e preservando a liberdade privada dos cidadãos. Aos ministros, em contrapartida, veículos através dos quais o monarca exerce o poder ativo de governo da nação, deve-se atribuir a responsabilidade por todos os atos praticados no exercício do poder executivo, condição indispensável da monarquia constitucional por permitir a punição do governante que abuse da autorização legal concedida para a representação dos cidadãos.

## O PODER MODERADOR NO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1824

Como percebe Ambrosini (2004b:47), se há um aspecto das preocupações de Constant com o qual as elites da América ibérica podiam se identificar é o interesse na manutenção da ordem social – aqui, não para terminar a revolução, mas para impedir que ela fugisse ao seu controle. Essa preocupação marca o pacto de fundação do novo Estado, caracterizado pelo reforço do poder executivo combinado ao reconhecimento do espaço de representação das elites coloniais, em um modelo de monarquia constitucional representativa. Para isso era necessário atenuar sem eliminar o absolutismo da monarquia tradicional portuguesa, e o liberalismo moderado de Constant oferecia uma valiosa solução teórica a esse problema.

Assim, o pensamento de Constant foi recepcionado pela Constituição Política do Império do Brasil em seu título 5º, que estabelece a distinção entre o poder moderador e o poder executivo e institui a inviolabilidade e a irresponsabilidade do imperador. O art. 98<sup>4</sup> cita textualmente o conceito de Constant, mas o faz com uma distorção importante: considera o próprio poder moderador como “a chave de toda a organização política”, em

<sup>3</sup>Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

vez da distinção entre o poder moderador e o poder executivo (como fazia CONSTANT, 1815a:34), atribuindo-lhe a função de velar pela independência e pelo equilíbrio dos demais poderes.

A própria teoria já previa o excesso de poder necessário ao exercício de função tão elevada, e a Constituição o formaliza indiretamente em seu art. 99<sup>5</sup>, que estabelece a inviolabilidade, a sacralidade e a irresponsabilidade da pessoa do imperador. Em seguida a constituição fixa as prerrogativas do poder moderador<sup>6</sup>: funções passivas ligadas à conservação da forma do Estado, como nomear senadores, convocar a assembleia geral, sancionar resoluções da assembleia, aprovar resoluções dos conselhos provinciais, dissolver a câmara dos deputados, nomear ministros, suspender magistrados, perdoar condenados e conceder anistia.

No entanto, como avalia Christian Lynch (2005:611), as salvaguardas requeridas por Benjamin Constant para o exercício do poder moderador pela Coroa continham argumentos valiosos para os governistas brasileiros, que buscavam preservar a inteireza das prerrogativas régias diante das crescentes pretensões de monopólio de representação da soberania pela assembleia. Assim, sem atacar o núcleo central do conceito de poder moderador, o redator da constituição pôde ressignificar a teoria liberal do poder neutro com pequenas alterações periféricas, que contribuíram para associá-lo a significados diversos dos que tinha na filosofia política francesa – neutralidade ativa, em vez de passividade; discricionariedade decisionista, em vez de preservação; e centralização político-administrativa, em vez de regionalização<sup>7</sup>. A principal alteração nesse sentido foi a realizada na organização do poder executivo. Contrariando a proposta de Constant, que atribuía exclusivamente aos ministros o poder de ação necessário ao exercício do poder executivo, a constituição brasileira reconhece o imperador como chefe do poder<sup>8</sup>. Ainda que só possa exercê-lo por intermédio dos ministros, o reconhecimento

<sup>5</sup> Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma.

<sup>6</sup> Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador:

- I. Nomeando os Senadores, na forma do Art. 43.
- II. Convocando a Assembleia Geral extraordinariamente nos intervalos das Sessões, quando assim o pede o bem do Império.
- III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembleia Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.
- IV. Aprovando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciais: Arts. 86, e 87.
- V. Prorrogando, ou adiando a Assembleia Geral, e dissolvendo a Câmara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando imediatamente outra, que a substitua.
- VI. Nomeando, e demitindo livremente os Ministros de Estado.
- VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.
- VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réus condenados por Sentença.
- IX. Concedendo Anistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

<sup>7</sup> A sutil desterritorialização do conceito teórico de poder moderador já havia sido percebida por Lynch, que argutamente conclui (2005:614): “A verdade, dessa forma, é que o imperador e os conselheiros de Estado lograram operar uma transposição jurídica bastante fiel para o Poder Moderador imperial das competências concedidas por Benjamin Constant ao seu poder neutro ou régio. Assim, não é no campo normativo do direito constitucional que pode repousar a verdadeira divergência dos conselheiros de Estado perante os ensinamentos de Constant, e sim no campo das intenções monarquianas que estavam por trás do texto da lei. É nesse último terreno que devem ser encarados os artigos doutrinários que foram enxertados na Constituição – em especial o de número 11, que proclamou a dualidade da representação da soberania, e o art. 98, em que formalmente ocorreu uma mutação conceitual do Poder Moderador”.

<sup>8</sup> Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. [...]

explícito do monarca como chefe lhe atribui uma posição privilegiada de governo ativo que parece incompatível com a neutralidade passiva exigida pela teoria francesa.

A resignificação é completada pela releitura do art. 99: no novo contexto, a irresponsabilidade necessária ao exercício do poder moderador se estende também, pelo relé da “pessoa do imperador”, ao chefe do poder executivo, que se torna imune a quaisquer punições decorrentes do abuso de sua função representativa. Combinando-se tais elementos com a já citada definição do art. 98, que reconhece o poder moderador como “chave da organização política”, as salvaguardas do equilíbrio entre os poderes da monarquia constitucional brasileira se retraem, limitando-se à possibilidade de punição dos ministros que referendam os atos do poder executivo<sup>9</sup>, mas preservando-se a liberdade irrestrita de ação e de governo do próprio imperador.

A ambiguidade do texto constitucional fez com que ele passasse a comportar leituras contrapostas: na primeira, conservadora, o imperador atuava como alicerce da ação governamental, reconhecendo-se a sua importância como personagem ativo da ordem político-constitucional e o seu poder de decisão sobre os rumos da nação; na segunda, de cunho liberal, o imperador deveria ter o seu poder limitado, figurando como mero árbitro do sistema constitucional. O conceito-chave de poder moderador era justamente o *no man's land* onde se travava essa guerra, e foi nesse contexto que se construíram os sentidos atribuídos à extensão e aos limites do exercício do poder moderador.

## ODEBATE JURÍDICO ERUDITO SOBRE A RESPONSABILIDADE DO PODER MODERADOR

Com a incorporação do poder moderador ao texto constitucional a opinião pública não demora a discutir o tema. No parlamento, na imprensa, nos livros, a sociedade brasileira se dedica a definir a natureza desse poder, cuja extensão e limites seriam cruciais para a definição do padrão de relações entre imperador e parlamento, entre centro e províncias, entre governo e elites locais.

No entanto, na metade inicial do século as principais batalhas não ocorreram no campo do pensamento jurídico; como explica Marcelo Continentino (2015:196), a primeira fase do pensamento constitucional brasileiro é dedicada a uma “apologia à Constituição”: as obras de direito constitucional publicadas até a década

---

<sup>9</sup>Art. 132. Os Ministros de Estado referendarão, ou assinarão todos os Atos do Poder Executivo, sem o que não poderão ter execução.

Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis:

- I. Por traição.
- II. Por peita, suborno, ou concussão.
- III. Por abuso do Poder.
- IV. Pela falta de observância da Lei.
- V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.
- VI. Por qualquer dissipação dos bens públicos.

de 50<sup>10</sup> se limitam a descrições pouco analíticas, voltadas à legitimação do texto constitucional e da autoridade do imperador.

Desse modo, o debate acabou se limitando ao campo da disputa política, nos jornais e na tribuna, em torno da definição da estrutura institucional mais adequada ao governo do império. Após as duras críticas realizadas pelos liberais ao despotismo do poder moderador durante o primeiro reinado<sup>11</sup>, o vazio de poder e legitimidade gerado pela abdicação de D. Pedro I tornou frágeis e maleáveis as regras do jogo político, e os diversos grupos em disputa procuraram se aproveitar da oportunidade para implementar sua própria agenda, lutando pelas reformas que julgavam necessárias na estrutura institucional do Império. O contexto fez supérfluo o debate jurídico, de iure constituto: a possibilidade real de extinção do poder moderador tornou inúteis ponderações hermenêuticas em torno dos limites estabelecidos pela norma positivada; relevantes eram as disputas concretas, de iure constituendo, por seu reestabelecimento em uma nova positivação.

O resultado dessas disputas foi justamente uma nova regulação do instituto. O poder moderador passou a ser exercido pela Regência, e a Lei de 14 de junho de 1831 promoveu uma importante limitação das suas competências constitucionais originárias; afinal, as autoridades regenciais careciam de atributos imprescindíveis ao seu exercício, mormente a legitimidade representativa e a inviolabilidade, atribuídas pela constituição exclusivamente à pessoa do imperador<sup>12</sup>. Com isso o poder moderador tem as suas prerrogativas reduzidas<sup>13</sup>, e o

<sup>10</sup>Do período que classifica como a “primeira fase do pensamento constitucional brasileiro” (1827-1850) Continentino examinou as obras de José da Silva Lisboa (*Constituição Moral*, 1824; *Suplemento à Constituição Moral*, 1825), José Paulo Figueiroa (*Dialogo Constitucional Brasiliense*, 1827), Lourenço José Ribeiro (*Análise da Constituição Política do Império do Brasil*, 1829), Silvestre Pinheiro Ferreira (*Observações sobre a Constituição do Império do Brasil e sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal*, 1830), José Maria de Avellar Brotero (*A Filosofia do Direito Constitucional*, 1842), Pedro Aufran da Matta Albuquerque (*Elementos de Direito Público*, 1849) e Francisco Ignacio de Carvalho Moreira (*Constituição Política do Império do Brasil*, 1855).

<sup>11</sup>A mais conhecida é a *Crítica* de Frei Caneca (1976) à constituição outorgada. Mas a compreensão adequada das disputas nos jornais e no parlamento exige uma leitura atenta da tese de doutorado de Lynch (2007). Segundo o autor, “no Brasil, a discussão sobre o Poder Moderador na primeira metade da década de 1830 foi completamente embaralhada pelo advento da teoria do governo parlamentar, o que permitiu aos deputados e senadores desenvolver os mais descontraídos pronunciamentos – especialmente quando envolviam moderados de esquerda que, americanistas, muitos dos quais simplesmente não entendiam onde estava o problema. Simpático aos realistas, o baiano Miguel Calmon entendia que, na ausência de previsão constitucional para a referenda ministerial dos atos do Poder Moderador, mas reconhecendo que eles precisavam de quem por eles respondesse, ficavam responsáveis os conselheiros de Estado, que eram obrigatoriamente ouvidos antes que a Coroa os exercesse. Moderado da *resistência*, o carioca Evaristo da Veiga percebia a omissão constitucional, achava que os conselheiros não estavam aptos a – como se dizia – *cobrir a Coroa*, enfatizando a necessidade de incluir a referenda obrigatória na reforma da Carta. Para o paulista Diogo Feijó, chefe moderado do *movimento*, a questão não era relevante porque todos os atos pelo Poder Moderador vinham, na prática, sendo subscritos pelos ministros – ou seja, como americanista e presidencialista, ele não entendia a distinção entre responsabilidade política e jurídica, que só adquiria sentido no interior do governo parlamentar, que ele rejeitava. Por fim, havia moderados da *resistência*, como o pernambucano Araújo Lima, para quem a omissão constitucional não deveria ser interpretada como proibição da referenda ministerial, mas como permissão para que ela ocorresse no espaço extraconstitucional, intermediário entre a inconstitucionalidade e a constitucionalidade. Diante dessa verdadeira barafunda de interpretações, os moderados do *movimento* optaram pelo caminho mais simples, ou seja, propor a supressão pura e simples do Poder Moderador e o Conselho de Estado” (2007:176).

<sup>12</sup>Pelos artigos 11 e 99: “Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador e a Assembleia Geral”; “Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma”.

seu exercício passa a depender da referenda do ministro competente, que assume a responsabilidade pelos atos praticados. O Ato Adicional de 1834 suprime o conselho de estado e aumenta ainda mais a responsabilidade dos ministros, agora responsáveis também por aconselhar o poder moderador.

A situação começa a mudar de figura com o regresso conservador: as revoltas provinciais reforçam a percepção de que somente um governo centralizado poderia garantir a integridade da nação, e a restauração do poder real era considerada estratégica para esse objetivo. Com a antecipação da maioria e a ascensão de D. Pedro II ao trono em 1840, a Lei da Regência é revogada e o poder moderador retorna com a força da constituição original – exceto pelo conselho de estado, que havia sido extinto pelo ato adicional. Apesar das críticas da oposição liberal, que defendia que o órgão somente poderia ser restaurado por nova reforma constitucional, a Lei nº 234/1841 o recria, considerando-o responsável pelos conselhos dados ao imperador<sup>14</sup>. A reforma institucional da década de 40 marca a vitória do projeto conservador, e a reafirmação do poder moderador em seus termos originais. Com a derrota legislativa do projeto liberal e a estabilização da estrutura institucional do império, o debate é transposto do campo político para o jurídico: o pretexto é fornecido já na década seguinte, quando o imperador se envolve em duas polêmicas relativas às suas atribuições constitucionais de conceder graça e nomear senadores. Zacarias de Góes e Vasconcellos explica as circunstâncias do debate (1862:15):

A suposta demora na solução de um recurso de graça em processo de homicídio levou um dos jornais da corte a fazer reflexões que, envolvendo censura ao ministério, a outros órgãos de publicidade pareceu lançarem efetivamente a mira a ponto mais alto, e como tais foram repelidas.

Nesse meio tempo a nomeação de um senador pela província de Minas, efetuada pelo poder moderador, havendo provocado da parte de certo candidato<sup>15</sup>, que se julgara preterido, uma circular aos seus comprovincianos, em que lhes dizia que, por evitar-lhes novo desagrado, abstinha-se de nova candidatura, veio atear àquela já desanimada controvérsia.

Então, de hipótese em hipótese, foi se alargando a discussão na imprensa, até que, perdidos por fim de vista os dois casos – de graça e de nomeação de senador – que originaram a polémica, travou-se esta sobre a índole, em geral, do poder moderador e condições de seu exercício.

<sup>13</sup> A Lei de 14 de junho de 1831 retira à Regência a competência para dissolver a Câmara dos Deputados, perdoar os ministros e conselheiros de estado e conceder anistia em casos urgentes (art. 19), e passa a exigir a concordância dos presidentes das províncias para a suspensão de magistrados (art. 17).

<sup>14</sup> Art. 4º [Lei nº 234 de 23 de novembro de 1841] Os conselheiros de estado serão responsáveis pelos conselhos, que derem ao Imperador, opostos à Constituição, e aos interesses do Estado, nos negócios relativos ao exercício do Poder Moderador; devendo ser julgados, em tais casos, pelo Senado, na forma da lei da responsabilidade dos ministros de Estado.

<sup>15</sup> O “certo candidato preterido” é Teófilo Ottoni, que por duas vezes encabeçara a lista tríplice para o preenchimento da vaga ao Senado da província de Minas Gerais, e nas duas vezes havia sido preterido pelo segundo colocado – em 1859 pelo magistrado Luiz Antônio Barbosa, e em 1860 pelo fazendeiro Manoel Teixeira de Souza (Barão de Camargos). Inconformado, publicou em setembro do mesmo ano a *Circular aos Eleitores de Minas Gerais*, na qual defendia o cerceamento das atribuições do poder moderador e demandava a extinção do Conselho de Estado, com a progressiva absorção das suas competências pelos ministros. Com isso garantiria não só a responsabilização pelos atos do poder moderador, mas também a sua futura extinção, com a progressiva assunção de suas atribuições pelo poder executivo.

A controvérsia deu origem a duas posições contrapostas: de um lado, sustentava-se a necessidade de responsabilização do poder moderador, atribuída aos ministros diante da inviolabilidade constitucional do monarca – segundo Vasconcellos (1862:16), é a tese do Diário do Rio e do Correio Mercantil; de outro, defendia-se que os ministros só respondiam pelos atos do poder executivo, limitando-se a autenticar a assinatura do imperador nos atos praticados pelo poder moderador – partidários dessa interpretação eram o Jornal do Comércio, o Correio da Tarde e o Império, além do grande jurista José Antonio Pimenta Bueno (Marquês de São Vicente), que tratou rapidamente do assunto em seu Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império (1857).

Como se vê, o debate extravasou os limites do discurso jurídico erudito para alcançar também a imprensa e o parlamento. Como defendem Lobo e Staut (2015:1690), a cultura jurídica deixa vestígios em periódicos, panfletos, atas parlamentares e livros, e uma história do direito atenta não deve contrapor livro e documento, erudito e cotidiano, alta e baixa cultura. Mesmo antes deles Ricardo Fonseca (2006a) já havia demonstrado ser inadequado, especialmente para a cultura jurídica brasileira do século XIX, separar a prática do jurista de sua atividade política e literária, uma vez que nessa época o direito não se afirma como saber estritamente científico, mas essencialmente como prática social, a ser exercida no foro, na tribuna e perante a opinião pública.

O debate sob discussão neste estudo torna essas recomendações ainda mais importantes, visto que durante o século XIX o próprio direito constitucional ainda não se afirmava como campo acadêmico claramente definido, confundindo-se muitas vezes com a filosofia política, a teoria política e até mesmo a ação partidária. Tais características são evidentes mesmo em obras com explícita pretensão de cientificidade, que jamais se furtam a abordar temas da política cotidiana ou analisar as atas das sessões do congresso para defender as teses que pretendem defender – como é o caso das obras analisadas nas próximas páginas.

Ainda assim é preciso reconhecer que, se é verdade que o discurso jurídico circula entre popular e erudito, também é verdade que ele assume características diferentes conforme o campo em que seja posto em circulação. Um texto erudito com pretensão de cientificidade é obrigado a obedecer a regras de formação discursiva muito distintas daquelas impostas ao discurso oral proferido no parlamento, que por sua vez são diferentes das limitações de um texto literário ou de uma determinação judicial<sup>16</sup>. Embora todas essas manifestações da cultura jurídica sejam igualmente relevantes para a constituição do campo jurídico, e para a formação das prescrições impostas em um determinado grupo social, desempenham funções materialmente distintas no processo de sua constituição, adequadas aos seus limites e possibilidades particulares.

Desse modo, a necessidade de as levar em consideração conjuntamente para uma compreensão adequada da história do direito não nos liberta do dever de analisá-las também separadamente, em seus próprios

---

<sup>16</sup>Ver, por exemplo, o estudo de Codato e Guandalini sobre a elite intelectual e o discurso jurídico-político do Estado Novo (2003).

termos, para que possamos observar as características peculiares e as funções específicas desempenhadas por cada uma delas na formação da cultura jurídica estudada. Mesmo quando o discurso jurídico-erudito se mistura ao discurso político-popular – às vezes no mesmo autor, às vezes na mesma obra, às vezes no mesmo capítulo, às vezes no mesmo parágrafo! –, continua preservando as características de uma ordem discursiva peculiar, dotada de limites e condições de possibilidade específicas, e que devem ser compreendidas em seus próprios termos. Sem isso a história do direito não será capaz de captar a sutil transparência do jurídico em meio à densa bruma de posicionamentos partidários, comentários irônicos e ataques pessoais nos interstícios da qual ele se encontra. Afinal, se é preciso se debruçar sobre o século XIX em seus próprios termos, levando em consideração a ampla combinação de fatores que ele inclui no complexo fenômeno do jurídico, é preciso levar em consideração também o modo como o próprio passado o compreende, e não duvidar da sinceridade dos juristas que apresentam seus escritos como discurso acadêmico erudito, distinto das disputas partidárias cotidianas.

Feita esta importante ressalva metodológica, é relevante frisar que o presente estudo se limita à análise do discurso jurídico erudito, que, afinal de contas, foi mobilizado pelos juristas do século XIX justamente com o objetivo de solucionar as dúvidas e incertezas que os debates perante a opinião pública não eram capazes de dissolver. É assim que o próprio Zacarias enxerga o seu trabalho: inconformado com tantas incertezas em torno de um assunto que formava a base do sistema constitucional brasileiro, publicou em 1860 um opúsculo de pouco mais de 60 páginas, intitulado *Da Natureza e Limites do Poder Moderador*. Nele aprofundava o estudo sobre a responsabilidade jurídica do poder moderador, defendendo a tese da responsabilidade ministerial a partir de uma análise detalhada de sua natureza e dos fundamentos de seu exercício.

Mas a obra não encerra a polêmica. Em abril de 1862 outro gigante do direito público brasileiro também aborda o tema: Paulino José Soares de Sousa, o Visconde do Uruguai, dedica todo o segundo volume do seu *Ensaio sobre o Direito Administrativo ao imperador*, abordando o poder moderador em três capítulos que se contrapõem frontalmente à tese defendida por Zacarias, que não se dá por vencido: rapidamente produz a sua resposta e, ainda em julho de 1862, menos de três meses após a publicação do *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, apresenta a segunda edição de sua obra: em tamanho quadruplicado (quase 260 páginas!), a nova edição da *Natureza e Limites do Poder Moderador* repete em sua primeira parte o opúsculo original, mas o complementa com duas grandes seções, nas quais apresenta tréplica detalhada e minuciosa a cada um dos argumentos de Uruguai. O debate jurídico se conclui com a opinião do professor de direito civil da Faculdade do Recife, Braz Florentino Henriques de Souza, que em 1864 publica o seu expressivo ensaio *Do Poder Moderador – ensaio de direito constitucional contendo a análise do tit. V cap. I da Constituição Política do Brasil*, no qual dedica quase 600 páginas à análise do tema, aliando-se a Uruguai para defender a irresponsabilidade absoluta do poder moderador.

## 1. A Posição de Zacarias de Góes e Vasconcellos

O liberal Zacarias defende irredutivelmente a necessidade de responsabilização dos ministros pelos atos praticados no exercício do poder moderador. Para o autor a interpretação decorre da razão natural, já que violaria o bom senso reconhecer a inviolabilidade do monarca sem a correspondente responsabilidade dos executores de funções tão importantes:

Diz o bom senso que declarar (em país livre) irresponsável uma pessoa, a quem se confiam tão transcendentais funções, implicaria grave absurdo, se a sua inviolabilidade não fosse protegida pela responsabilidade de funcionários, sem os quais nada pudesse levar a efeito (VASCONCELLOS, 1862:22).

Esse entendimento fundamenta a sua crítica dos quatro principais argumentos empregados pelos defensores da posição contrária: o art. 98 da constituição (por delegar o poder moderador privativamente ao imperador); o art. 132 (por não exigir a referenda dos ministros para o exercício do poder moderador); o art. 143 (por limitar a responsabilidade do poder moderador aos conselhos dados pelos conselheiros de estado); e a própria natureza do poder moderador (de velar sobre a harmonia entre os demais poderes políticos).

Quanto ao primeiro argumento, Zacarias afirma que a expressão “delegado privativamente” prevista no art. 98<sup>17</sup> apenas significa que nesta parte da soberania nacional a delegação é feita a um só, o monarca – mas aconselhado por homens competentes e servido por agentes responsáveis. E o fato de o art. 102<sup>18</sup> limitar ao poder executivo a ação dos ministros de estado não enfraquece o argumento; afinal, os ministros não são titulares do poder executivo, mas meros delegados do imperador, que consubstancia em si tanto o poder executivo quanto o moderador. Desse modo, ainda que a “metafísica constitucional” estabeleça uma separação entre poder executivo e poder moderador, a realidade dos fatos a contraria: a “natureza das coisas” conduz à reunião das prerrogativas na figura do imperador, e à conclusão racional de que os ministros não são delegados do executivo, mas do imperador, e portanto responsáveis por todos os seus atos – quer sejam praticados no exercício do poder executivo, quer o sejam no exercício do poder moderador (1862:30).

O segundo argumento criticado por Zacarias se funda em uma interpretação a contrario sensu do art. 132<sup>19</sup>, que defende que ao especificar a atuação dos ministros na referenda dos atos do poder executivo a norma constitucional excluiu do seu campo de incidência a referenda dos atos do poder moderador. O autor recorda que “a lógica ensina” que argumentos a contrario sensu não têm valor demonstrativo e novamente se remete à realidade dos fatos para afirmar que, independentemente da norma constitucional, os ministros efetivamente têm apostado a sua assinatura aos atos provenientes do poder moderador – e agir de outra forma seria “rematado absurdo” (1862:33).

<sup>17</sup> Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

<sup>18</sup> Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.

<sup>19</sup> Art. 132. Os Ministros de Estado referendarão ou assinarão todos os atos do Poder Executivo, sem o que não poderão ter execução.

O terceiro argumento criticado pelo autor se funda no art. 143<sup>20</sup>, afirmando que a única responsabilidade no exercício do poder moderador é a dos conselheiros de estado, pelos conselhos que derem. Zacarias considera o argumento falho por não conceber a possibilidade de a coroa descumprir os bons conselhos que lhe tenham sido dados – comportamento que, sem responsabilização, poderia levar à monarquia absoluta, contrariando todas as intenções dos redatores da constituição. Desse modo, a responsabilidade dos conselheiros de estado por maus conselhos seria absolutamente vã se não fosse complementada pela responsabilidade dos ministros na execução dos atos do poder moderador (1862:35).

Por fim, o quarto argumento criticado supõe que a missão do poder moderador poderia ser afetada pela intervenção de membros do poder executivo em suas atividades. Zacarias contra-argumenta que os ministros não são o poder executivo, de modo que sua ação jamais poderia promover o desequilíbrio entre os poderes; pelo contrário, é o próprio poder moderador quem poderia, sem fiscalização, promover o desequilíbrio, alçando-se a poder supremo imune a qualquer responsabilidade, como nas monarquias absolutas. Com isso, a nação não teria opção a não ser lançar a culpa à Coroa, o que atacaria pela base o princípio constitucional da inviolabilidade do monarca, ferindo de morte as bases do sistema jurídico brasileiro (1862:44). Desse modo, não há alternativa: para que os ministros não respondessem pelos atos do poder moderador seria preciso cancelar da constituição do império dois artigos fundamentais: o artigo 3º, que estabelece o governo constitucional e representativo<sup>21</sup>; e o art. 99, que prescreve a inviolabilidade do imperador<sup>22</sup>. O autor conclui:

Não há meio termo: em país livre, ou, pelo menos, não de todo escravo, ou o chefe de Estado é responsável, e neste caso decide e governa como entende, sem necessidade de firmar-se na responsabilidade de seus agentes, ou ele é irresponsável, e então não há função, não há prerrogativa, que possa exercer sem o arrimo da responsabilidade ministerial, responsabilidade que, ainda não estando expressamente estabelecida, não é menos incontestável, visto que decorre da índole do sistema político consagrado na lei fundamental do país (VASCONCELLOS, 1862:54).

Percebe-se que toda a argumentação de Vasconcellos é irrigada pelas noções de “razão natural”, “bom senso” e “ordem natural das coisas”, que condicionam e orientam a interpretação do texto constitucional. A teoria do direito de que parte o autor concebe a ordem jurídica como realidade objetiva dotada de sentido próprio, cuja interpretação não se limita à tradução semântica do texto normativo, mas demanda a explicitação da racionalidade que o fundamenta. Isso faz com que as leis não sejam compreendidas isoladamente, mas como um conjunto de relações objetivas derivadas da natureza das coisas, ela mesma uma realidade juridicamente vinculante a limitar a liberdade hermenêutica do intérprete. O tema é caro ao primeiro liberalismo, e se percebe com clareza no pensamento de Montesquieu – ainda influente no século XIX:

---

<sup>20</sup> Art. 143. São responsáveis os Conselheiros de Estado pelos conselhos que derem, opostos às Leis, e ao interesse do Estado, manifestamente dolosos.

<sup>21</sup> Art. 3. O seu Governo é Monárquico Hereditário, Constitucional e Representativo.

<sup>22</sup> Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma.

As leis, em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas; e, nesse sentido, todos os seres têm suas leis, a divindade tem suas leis, o mundo material tem suas leis, as inteligências superiores ao homem têm suas leis, as feras têm suas leis, o homem tem suas leis (MONTESQUIEU, 1995:22 – tradução livre).

Não se trata, porém, de jusnaturalismo: a interpretação continua se fundamentando integralmente no texto constitucional positivo, sem jamais recorrer a concepções abstratas de direito natural; trata-se, sim, de uma hermenêutica constitucional que não se exaure no texto, e exige uma observação atenta da racionalidade presente em seus interstícios para a sua adequada compatibilização aos princípios que conformam a natureza do governo e as opções realizadas pelo legislador – buscando, em suma, o “espírito das leis”, como explica novamente Montesquieu:

A lei, em geral, é a razão humana, enquanto governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação não passam de casos particulares onde se aplica essa razão humana.

Elas devem ser tão próprias ao povo para o qual são feitas que é um acaso muito grande se as leis de uma nação podem convir a outra.

É preciso que elas se relacionem com a natureza e o princípio do governo estabelecido, ou que se quer estabelecer; quer o formem, como fazem as leis políticas; quer o mantenham, como fazem as leis civis.

Elas devem ser relativas ao físico do país; ao clima gélido, escaldante ou temperado; à qualidade do terreno, à sua situação, à sua grandeza; ao gênero de vida dos povos, lavradores, caçadores ou pastores; elas devem se relacionar ao grau de liberdade que a constituição pode suportar; à religião dos habitantes, às suas inclinações, às suas riquezas, ao seu número, ao seu comércio, aos seus costumes, aos seus modos. Enfim, elas têm relações entre si; também a possuem com sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas sobre as quais são estabelecidas. É de todos estes pontos de vista que elas devem ser consideradas.

É isso o que tento fazer nesta obra. Examinarei todas estas relações: elas formam juntas o que se chama o ESPÍRITO DAS LEIS (MONTESQUIEU, 1995:24 – tradução livre).

## 2. A réplica do Visconde de Uruguai:

O Visconde de Uruguai se opõe à posição defendida por Zacarias de Góes e Vasconcellos. Após definir o conceito de poder moderador e identificar Benjamin Constant como o “criador da teoria desse poder”, ressalta que o responsável por sua existência real foi D. Pedro I, nas duas vezes em que atuou como constituinte (SOUSA, 1862:338). Estabelece, assim, o ponto de partida de toda a sua réplica a Vasconcellos: a compreensão sobre a natureza do poder moderador não pode se fundamentar em teorias, mas somente na letra do texto constitucional positivo.

Desse modo, é com base no texto constitucional que interpreta a extensão e os limites do exercício do poder moderador, impugnando cada um dos argumentos de “bom senso” apresentados por Zacarias, a começar pela fusão “natural” afirmada pelo autor entre a pessoa do imperador e o poder executivo: mais apegado ao texto que aos fatos, Uruguai defende que a constituição usa expressões distintas porque as deseja tratar como realidades

distintas; interpretá-las de outra forma implicaria em distorcer o significado do próprio texto constitucional (SOUSA, 1862:349).

Da mesma maneira argumenta quanto à necessidade de referenda para a execução dos atos do poder moderador: a tese simplesmente não tem qualquer fundamento constitucional positivo. Afinal, é a própria constituição a estabelecer, em seus arts. 101 e 102, que o imperador exerce pessoalmente o poder moderador, enquanto é apenas o “chefe” do poder executivo (que por isso deve ser exercido em conjunto com os ministros, como prescreve o art. 132<sup>23</sup>). Para Uruguai sequer faria sentido exigir a referenda dos ministros nos atos do poder moderador, que são atos de caráter tão geral que não exigem para a sua execução quaisquer atos complicados. Não bastasse a independência constitucional assegurada ao poder moderador, a natureza passiva e conservadora dos seus atos faz com que jamais possa violar quaisquer direitos e liberdades; suas atribuições são essencialmente protetoras e benéficas, e do seu exercício não pode nascer monarquia absoluta (SOUSA, 1862:353). Assim, caracteriza as afirmações de Vasconcellos como petição de princípio: presume como premissa maior do raciocínio a própria conclusão que está sendo discutida (“sem responsabilização o poder moderador pode degenerar em despotismo”). E é digno de nota que, ao fazê-lo, faça-o novamente da perspectiva do direito positivo, contrapondo ao “absurdo lógico” alegado por Vasconcellos o “absurdo jurídico” de se violar a ordem constitucional vigente; e ressaltando que a única maneira de escapar ao absurdo é pela obediência às disposições constitucionais que regulam o tema:

Seriam dois absurdos, e um compensaria o outro. Mas qual é a opinião que é absurda? Estamos outra vez no mesmo terreno.

Nem sairemos dele enquanto não procurarmos a verdade, pela análise do poder Moderador, de sua natureza, caracteres, fins, alcance de suas funções e de todas as disposições da Constituição que lhe são relativas, não as destacando, mas considerando o seu todo e jogo (SOUSA, 1862:356-7).

Ao tomar-se o direito positivo como fundamento e limite de toda a discussão, é inevitável concluir que o simples fato de os atos do poder moderador serem referendados na prática não pode ser suficiente para que o referendo seja considerado sua condição de validade. “Do fato não se conclui o direito”, protesta Uruguai (1862:382), afirmando que a referenda dos ministros cumpre a função de mera autenticação da assinatura do imperador nos documentos encaminhados à publicação. Com isso, a única responsabilidade que pode haver pela ação do poder moderador é uma responsabilidade moral: a censura imposta pela opinião pública, única forma de responsabilização possível diante da inviolabilidade constitucional do monarca.

Ao final da discussão, Uruguai dedica o capítulo 29 de seu livro a uma análise teórica da natureza do poder real nas monarquias representativas, avaliando a consagrada fórmula “o imperador reina e não governa”. No

<sup>23</sup> “Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador: [...]”; “Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. [...]”; “Art. 132. Os Ministros de Estado referendarão, ou assinarão todos os Atos do Poder Executivo, sem o que não poderão ter execução”.

entanto, parece fazê-lo somente por amor ao debate acadêmico, pois já na primeira frase do capítulo encerra a discussão de um só golpe – afirmando que a questão não pode ter resposta teórica, mas somente jurídico-positiva:

Capítulo 29

O Imperador reina e não governa?

O Imperador reina e governa?

A melhor resposta que se pode dar a essas questões seria a seguinte: O nosso Imperador exerce as atribuições que a nossa Constituição lhe confere (SOUSA, 1862:390).

A partir daí, toda a extensa e complexa discussão posterior acerca do pensamento de Thiers e Guizot, das constituições francesa e inglesa, torna-se erudição estéril sem valor jurídico, eliminada por imposição do texto constitucional vigente:

A questão – o Rei reina mas não governa – não é nem pode ser uma questão abstrata e absoluta. É uma questão que somente pode ser examinada e resolvida, tendo-se em vista as instituições positivas de cada país (SOUSA, 1862:425).

Vê-se que a discordância de Uruguai não se refere apenas ao conteúdo das normas sob debate, mas à própria teoria do direito que fundamenta o trabalho hermenêutico; para o autor a interpretação do direito deve se fundamentar no conjunto de normas positivadas explicitamente na constituição. A “racionalidade jurídica” pressuposta por Zacarias é tratada como petição de princípio, falácia destinada a confundir o leitor e distorcer a ordem constitucional vigente. Descartada como absurdo lógico a tese do “bom senso”, restam as prescrições expressamente previstas na lei fundamental a definir as possibilidades e os limites da hermenêutica constitucional. A oposição reflete em simetria a crítica realizada pelos ideólogos ao pensamento de Montesquieu, tal como exposta pelo Conde Destutt de Tracy:

As leis não são, como diz Montesquieu, relações necessárias que derivam da natureza das coisas. Uma lei não é uma relação, e uma relação não é uma lei. Essa explicação não tem sentido claro. Tomemos a palavra lei em seu sentido específico e particular. Essa acepção das palavras é sempre a primeira que elas tiveram; e é sempre necessário remontar a ela para bem compreendê-las. Nesse sentido, entendemos como lei uma regra prescrita a nossas ações por uma autoridade que consideramos ter o direito de a elaborar. Essa última condição é necessária; pois quando falta a regra prescrita não passa de uma ordem arbitrária, um ato de violência e de opressão.

Essa ideia de lei abrange a de uma pena ligada à sua infração, de um tribunal que aplica essa pena, de uma força física que lhe dá execução. Sem tudo isso a lei é incompleta ou ilusória (DESTUTT, 1819:1 – tradução livre).

Influenciados pelo materialismo inglês, os ideólogos adotaram uma posição política pragmática e defenderam a consolidação do liberalismo à força – o que os levou a apoiar, de início, o golpe de Estado de Napoleão Bonaparte. O empirismo filosófico e o pragmatismo político acabaram dando origem a uma visão estatista de direito, que concebe a ordem jurídica como conjunto de prescrições garantidas por sanções e a identifica com a manifestação formal da vontade emitida pela autoridade legítima, a assegurar a sua aplicação pela força. A ideia não é nova e já circulava na Europa desde as origens do empirismo inglês (em Hobbes, por

exemplo); mas com a promulgação do Código Napoleônico em 1804 a filosofia política pôde se transformar em teoria do direito: a teoria sustentada pelos partidários da Escola da Exegese, que veio a se tornar hegemônica na cultura jurídica ocidental por todo o século XIX.

3. A tréplica de Zacarias de Góes e Vasconcellos:

A tréplica de Vasconcellos não é acanhada: acrescenta ao seu manifesto original uma segunda e uma terceira partes, nas quais transcreve três discursos que proferiu no parlamento sobre o tema do poder moderador e enfrenta detalhadamente os argumentos apresentados por Uruguai. Já de início marca o seu ponto de discordância em relação ao autor do Ensaio de Direito Administrativo, proclamando que o fundamento da autoridade do poder moderador não está no texto constitucional, mas na própria soberania popular; apenas por esse motivo se pode dizer que o poder moderador é uma delegação nacional, o que evidentemente afeta toda a sua interpretação da questão:

O poder moderador no Brasil é delegação nacional, não porque o preâmbulo da Constituição diga que foram ouvidas as câmaras municipais a respeito do projeto da mesma Constituição, nem porque o art. 12 da lei fundamental declare os quatro poderes políticos (em cujo número inclui o poder moderador) delegações da nação, mas por uma razão mais alta, a que aquele preâmbulo e o referido art. 12 tributam homenagem, sem contudo serem necessários ao reconhecimento efetivo da delegação. [...]

Assim, pois, o poder moderador no Brasil é delegação nacional porque a Constituição aqui se baseia no princípio da soberania do povo, da mesma sorte que também o é em Portugal, porque a Carta Constitucional tem ali o mesmo fundamento (VASCONCELLOS, 1862:101).

A mesma postura aparece na crítica à tese que reivindica a separação fundamental entre poder moderador e poder executivo para justificar a impossibilidade de intervenção dos ministros nos atos do poder moderador: após uma longa discussão semântica sobre os significados da expressão “privativamente”<sup>24</sup> e as contradições lógicas em que incorre Uruguai ao utilizar tal expressão para fundamentar sua tese, Zacarias conclui que os ministros não são poder, mas apenas agentes do imperador, que, afinal, possui competência constitucional para exercer de modo privativo tanto as prerrogativas do poder executivo quanto as do poder moderador – como exige a “natureza das coisas” (1862:126). Consequentemente, como agentes de um monarca inviolável, devem assumir a responsabilidade pela execução de todos os atos que lhes sejam ordenados, quer se refiram ao poder executivo, quer ao exercício do poder moderador.

E a referenda dos ministros se torna tão mais necessária quanto mais verdadeiro é o fato de que não existe poder que não seja suscetível a abusos – nem o “passivo” poder moderador, e nem mesmo o benevolente poder paternal (VASCONCELLOS, 1862:138). Assim, não basta à garantia da liberdade a mera responsabilidade

<sup>24</sup> Prevista no art. 98 da constituição: “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”.

moral pelos atos praticados; é preciso acoplar a ela a responsabilidade jurídica, não da pessoa do imperador (vedada pela constituição), mas dos seus atos, na pessoa dos responsáveis por sua execução (VASCONCELLOS, 1862:159). Nesse sentido, é curioso perceber como a lógica da racionalidade jurídica acaba conduzindo o liberal Vasconcellos a uma interpretação mais monarquiana dos limites da responsabilidade do imperador que a do próprio conservador Uruguai, levando-o a classificar a tese da responsabilidade moral como “heresia constitucional” (VASCONCELLOS, 1862:179). Mas que não haja engano: age nos estritos limites fixados pelo campo da argumentação jurídica, utilizando-se do inquestionável princípio da inviolabilidade constitucional do imperador apenas para reforçar a tese liberal da necessidade de responsabilização jurídica dos atos por ele praticados.

Em seguida o autor enfrenta o argumento de que teria incorrido em petição de princípio ao sustentar a sua tese, afirmando que a premissa maior do seu silogismo não tenta “dar por líquido o que está em dúvida” (VASCONCELLOS, 1862:161), mas parte de princípios elementares da monarquia constitucional e do regime representativo, consagrados implicitamente no texto constitucional que os adota. Com isso pode defender que a referenda ministerial, se não encontra fundamento no texto constitucional, encontra-o na própria natureza do sistema político, o que lhe retira o caráter de mera autenticação da assinatura do monarca e a consagra como resultado de uma longa prática administrativa que corresponde à adequada interpretação da verdadeira racionalidade da lei fundamental.

Nem diga o autor do Ensaio: “Do fato não se conclui o direito”. Porquanto, responde-lhe o aforismo: “Optima est legum interpres consuetudo”. E com efeito, se há mais de 40 anos e em dois reinados, nenhum de tantos ministérios que se têm sucedido na administração dos negócios públicos, ministérios de opiniões e tendências diversas, hesitou ainda em referendar os atos do poder moderador, esse estilo constante prova que acertada interpretação da lei fundamental é a dos que julgam necessária a referenda ministerial nos atos do poder moderador, e assim pode-se afontamente dizer que a jurisprudência constitucional tem fixado nesta parte a verdadeira inteligência da Constituição (VASCONCELLOS, 1862:174).

Ao final do livro Vasconcellos enfrenta as questões teóricas propostas por Uruguai no capítulo 29 do Ensaio; em oposição ao autor, porém, não as despreza como mero academicismo diante das prescrições objetivas do direito constitucional positivo, mas as considera relevantes para a adequada compreensão da natureza do poder moderador na constituição do império:

XV

O Imperador reina e não governa, ou reina e governa?

Propondo-se discutir tão grave assunto, o autor do Ensaio começa nestes termos: “A melhor resposta que se pode dar a essa questão seria a seguinte: o nosso Imperador exerce as atribuições que a nossa Constituição lhe confere”.

É o mesmo que dizer: a melhor resposta a tal questão fora não dar resposta alguma.

Excelente método de discutir, que seguido em grande escala tornaria do mister de publicista a tarefa mais fácil deste mundo (VASCONCELLOS, 1862:214).

Novamente a sua argumentação se funda em uma percepção racional da “natureza das coisas”, que nunca deixa de recorrer à teoria como elemento necessário à adequada compreensão das prescrições jurídicas; desse modo, recupera o pensamento de Thiers e Guizot para concluir que ambos são sectários do governo parlamentar, e é da essência deste governo que os ministros sejam os agentes responsáveis da realeza na expedição dos atos de sua competência (1862:224). Avalia também a constituição da Inglaterra, que conduz às mesmas conclusões, e encerra sua tréplica reiterando a necessidade de reconhecimento de efeitos jurídicos à ideia de liberdade subjacente ao regime parlamentar consagrado no texto constitucional brasileiro (1862:254).

Como se vê, a réplica do Visconde de Uruguai não afeta a ordem argumentativa de Zacarias de Góes e Vasconcellos. Mesmo que ceda em alguns momentos, quando aceita discutir a semântica de um dispositivo para contestar afirmações específicas de Uruguai, não cede quanto à essência de sua tese: a constituição deve ser interpretada conforme a racionalidade jurídica presente em seus interstícios; de nada adianta a aplicação literal da lei sem a adequada interpretação da natureza do pacto constitucional, essencial para se extrair dos textos imperfeitos o seu verdadeiro significado.

Seria tentador interpretar essas diferenças discursivas como mera elaboração retórica de uma discordância política mais fundamental. Nessa perspectiva, os floreios e malabarismos intelectuais seriam reles ornamento jurídico, a embelezar um enfrentamento de posições mais profundo e essencial. Privado de densidade, o direito se diluiria no oceano do político, e a disputa entre os grandes juristas do império se esvaneceria como a fumaça dos sinalizadores de torcidas organizadas, que não deixam de competir mesmo sabendo que a partida será decidida em outro campo. O tom mais legalista ou mais essencialista refletiria as cores dos times em disputa (mais conservador ou mais liberal), mas não a coloração do pensamento jurídico do período, que, sem consistência, encontraria a sua chave de explicação na história mais nobre das ideias políticas.

Mas essa seria uma interpretação falsa; e a ordem do discurso constitucional proferido pelo conservador Braz Florentino Henriques de Souza demonstra que o pensamento jurídico do império possui uma espessura que não pode ser ignorada.

#### 4. A posição de Braz Florentino Henriques de Souza

Embora o livro de Braz Florentino Henriques de Souza tenha suas mais de 600 páginas integralmente dedicadas à discussão sobre o poder moderador, o tema de sua responsabilidade (ou “irresponsabilidade absoluta” – SOUZA, 1864:302) aparece apenas nos dois últimos capítulos, que ocupam quase a metade de toda a obra. Afinal, a controvérsia sobre a responsabilidade jurídica apenas pode ser resolvida após uma compreensão adequada da natureza e das atribuições do poder moderador, temas que o autor discute pormenorizadamente nos treze capítulos que a antecipam:

Se é certo, conforme já dissemos com um grande filósofo e publicista, que a natureza de um ser qualquer compõe-se do fim para que nasce e dos meios que tem para chegar a esse fim (verdade esta que tanto se aplica à sociedade como ao homem, ao ser social como ao ser individual), parece-nos que, conhecido já o fim da instituição do Poder Moderador, e conhecidas também as atribuições que lhe foram conferidas como outros tantos meios de atingi-lo, segundo a letra e o espírito dos arts. 98 e 101 da Constituição, conhecida deve estar por consequência a natureza desse mesmo Poder, traço característico, e mola a mais essencial de nossa organização política.

Ora, do estudo refletido e consciencioso, não só do fim da instituição, como das atribuições conferidas ao Poder Moderador, resulta, e não pode quase deixar de resultar essa conclusão lógica e precisa: - que o Poder Moderador é um poder absolutamente irresponsável por sua mesma natureza, um poder pelos atos do qual ninguém pode, nem deve jamais ser chamado a responder (SOUZA, 1864:302).

Como se percebe, a opinião de Braz Florentino recupera a posição original do conselheiro Zacarias, invertendo-a: ainda que o contrarie ao defender o princípio da irresponsabilidade do poder moderador, assente com a sua tese de que a interpretação da ordem constitucional deve levar em consideração a racionalidade inerente ao sistema jurídico e a natureza do regime político vigente. Desse modo, defende que a irresponsabilidade não é mero privilégio da pessoa do imperador, mas atributo próprio e inseparável de todo o poder representativo, sendo o representante tão irresponsável pela “natureza das coisas” (1864:303) quanto seria a própria nação se pudesse exercer diretamente a sua soberania. É claro que essa “natureza das coisas” se refere especificamente à natureza do texto constitucional vigente no país; a interpretação parte dele, buscando não apenas o seu significado literal, mas a ordem racional subjacente às normas positivadas. Outra constituição poderia dar origem a outra “natureza”, e a outras interpretações acerca do poder moderador; mas nos limites do sistema representativo vigente, e do texto constitucional positivo que atribui ao monarca a representação da nação<sup>25</sup>, é inadmissível a tese da responsabilidade ministerial pelos atos do poder moderador.

Tendo demonstrado ser inadmissível, “em face da verdadeira teoria dos governos monárquicos constitucionais”, a responsabilidade pelos atos do poder moderador (1864:327), Braz Florentino “desce da síntese à análise”, examinando cada uma das atribuições do poder moderador para demonstrar como nenhuma delas poderia ser exercida convenientemente se o imperador dependesse da referenda dos ministros para executar as determinações da sua vontade soberana (1864:350). Em seguida refuta o argumento da responsabilidade moral levantado por Zacarias, a quem opõe a “força invencível das coisas” (1864:420) para reconhecer que a responsabilização jurídica dos ministros seria ineficaz diante da realidade, e insuficiente para evitar a responsabilização moral do monarca.

Por amor da monarquia quiséramos poder pensar com o Sr. Conselheiro Zacarias que a interposição da responsabilidade ministerial, nos atos do Poder Moderador, teria a vantagem

<sup>25</sup> “Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador e a Assembleia Geral”.

de salvar a coroa das censuras públicas e das murmurações do povo por ocasião de tais atos; mas por amor à monarquia somos obrigados a confessar que é uma perigosa ilusão o pensar de tal sorte, e querer partir daí para impor à coroa no exercício de suas mais altas prerrogativas o pendente obrigado da referenda dos seus ministros; e, como bem disse algures B. Constant, creio que vale sempre mais confessar em teoria aquilo que não se pode evitar na prática (SOUZA, 1864:417).

No último capítulo Braz Florentino conclui a sua descida à análise, verificando em que medida as suas conclusões são confirmadas pela “letra clara e terminante do código fundamental brasileiro” (1864:443). Assim, retoma os dispositivos constitucionais que já haviam discutidos por Zacarias e Uruguai – o significado da expressão “privativamente” no art. 98<sup>26</sup>, as competências atribuídas ao ministério pelo art. 132<sup>27</sup>, os limites da responsabilidade do conselho de estado no art. 143<sup>28</sup> – e encerra analisando a posição de Benjamin Constant sobre o tema, concluindo novamente que “a monarquia, pela natureza das coisas, assim como pela etimologia mesma da palavra, nunca foi, não é, nem será jamais senão um poder uno e irresponsável” (1864:532).

O argumento de Florentino sempre acaba se remetendo à ordem natural das coisas e à racionalidade da ordem constitucional, extraindo o significado da constituição não só da letra fria dos seus dispositivos, mas do espírito vivo que a anima e fundamenta. Com isso, ainda que discorde do conselheiro Zacarias quanto ao conteúdo do debate, aceita a discussão nos termos propostos pelo autor; fica clara, então, a função cumprida pelo texto normativo no argumento de Braz Florentino: não atua como ponto de partida ou fundamento, mas como critério de confirmação das conclusões extraídas da própria natureza do sistema jurídico-constitucional, que se limita a formalizar. O texto constitucional não possui força normativa autônoma, e o próprio conceito de constituição se concebe de modo mais amplo do que meramente jurídico-formal: para além do texto, é também composto pela ordem normativa subjacente à estrutura político-institucional nela formalizada.

A recuperação do argumento de Montesquieu em benefício da posição conservadora demonstra a relativa autonomia da ordem do discurso jurídico quanto às posições políticas defendidas pelos autores estudados. O confronto entre realismo racionalista e legalismo formalista não reflete, portanto, apenas uma divergência

---

<sup>26</sup> “Mas, ao passo que o Imperador é um só, o *Poder Moderador* e o poder *executivo* são *dois poderes* realmente distintos e separados, tendo cada um suas atribuições diferentes, sua esfera de ação bem determinada; e desde então é claro, que aquilo que se diz de um pode não convir ao outro, visto como implica contradição que seres distintos e separados tenham precisamente as mesmas propriedades, os mesmos atributos, ou o mesmo modo particular de obrar” (SOUZA, 1864:459).

<sup>27</sup> “Tal é, com efeito, a conclusão natural e lógica, que inevitavelmente salta aos olhos de todo aquele que, sem sistema de governo preconcebido, e só com o ânimo de conhecer o sistema consagrado pela Constituição brasileira, lê e considera atentamente o art. 132 depois dos arts. 98 e 101 dessa mesma Constituição” (SOUZA, 1864:467).

<sup>28</sup> “Se o *Poder Moderador* é um poder soberano, um poder absoluto e definitivo, a cujos atos devemos todos a mais perfeita obediência, e acima do qual nada existe de organizado, nem pode existir na sociedade, conforme mostramos na primeira parte deste capítulo; se por outro lado o Imperador, a quem esse poder foi privativamente delegado, é inviolável e sagrado, como quer a Constituição, que o isentou por isso de toda e qualquer responsabilidade legal; se finalmente a ninguém pode se lícito e permitido enganar a outrem impunemente, e muito menos ao soberano, induzindo-o ao mal por conselhos fraudulentos, a consequência que destas premissas decorre é justamente a que está na Constituição, e a de que, sem motivo plausível, admiram-se ou escandalizam-se nossos adversários; isto é, crime e responsabilidade no mau conselho, isenção de crime e completa irresponsabilidade no ato do *Poder Moderador*, dolosamente aconselhado e posto em prática pelo Imperador” (SOUZA, 1864:485).

---

política fundamental entre conservadores e liberais; mas traduz a complexidade da ordem jurídico-discursiva no interior da qual argumentavam os juristas brasileiros durante o século XIX.

## CONCLUSÕES

O exame das divergências entre as teses defendidas por Zacarias, Uruguai e Florentino quanto à responsabilidade jurídica do poder moderador na constituição de 1824 nos permite extrair três conclusões importantes relativas à ordem do discurso jurídico-constitucional em circulação no Brasil do século XIX.

A primeira delas se refere à caracterização do campo jurídico-constitucional como campo específico de estabilização das expectativas normativas, a limitar a amplitude do conflito político no Segundo Reinado. Se Samuel Barbosa tem razão em afirmar que o discurso do constitucionalismo luso-brasileiro dos anos 1821 e 1822 opera com indeterminação, designando a possibilidade de escolhas colocadas à deliberação e à disputa (BARBOSA, 2012:26), quarenta anos mais tarde a incerteza parece ter se resolvido, pelo reconhecimento jurídico do caráter vinculante do texto constitucional. A análise realizada demonstra com clareza que, apesar das profundas discordâncias, e da ausência de um conceito homogêneo de constituição, todos os autores dispostos a participar do debate em seus termos jurídicos são obrigados a partir de algumas premissas comuns fundamentais e inquestionáveis: a existência do poder moderador; a opção pela monarquia constitucional como regime político e pelo sistema representativo como forma de governo; a inviolabilidade constitucional do imperador e a sua irresponsabilidade jurídica; a supremacia normativa do texto constitucional. É sempre dentro desses limites, que são limites jurídicos, que se desenvolve a controvérsia.

Perceber a espessura do campo jurídico como campo dotado de regras próprias nos ajuda a compreender melhor não só o significado das posições defendidas pelos autores estudados, mas também o próprio papel desempenhado pelo direito na formalização das relações de poder do Brasil imperial. A adequada compreensão deste fato pode fornecer respostas a questões que outras perspectivas apenas podem encarar com perplexidade: por que Zacarias não advoga a supressão do poder moderador, como Ottoni? Por que ninguém se preocupa em discutir a separação, preconizada por Constant, entre Poder Executivo e Poder Moderador? Por que Zacarias realiza uma leitura tão enviesada da Constituição?

Quando a história do direito ignora o papel específico desempenhado pelo discurso jurídico na organização disciplinadora da ordem política e social, apenas pode responder a esse conjunto de questões de forma insatisfatória, encontrando na nas excentricidades de cada personagem e nas peculiaridades de cada decisão política o critério de explicação de toda a história do pensamento jurídico. Quando a ordem jurídica perde a espessura, o direito deixa de ter uma história própria: o pensamento jurídico se torna ferramenta maleável nas mãos de sofistas mal intencionados, prontos a imaginar as teses mais extravagantes para justificar as posições de

poder que disputam em outros campos, e que o direito apenas reflete como racionalização ideológica a posteriori<sup>29</sup>.

Porém, quando reconhecemos que a ordem do discurso jurídico tem as suas próprias regras de exclusão, limitação e imposição, o objetivo da história do direito deixa de ser a enumeração da longa lista de trapagens, embustes e lorotas empregadas por juristas sem caráter na defesa de seus interesses materiais; e podemos começar a nos preocupar em compreender quais eram, em cada período histórico, as regras concretas de exclusão, limitação e imposição que ordenavam a circulação do discurso jurídico em sua materialidade. A partir desse momento o conjunto de questões formuladas acima passa a ter uma só resposta: não se defende a extinção do poder moderador, não se discute a fusão entre poder executivo e poder moderador, não se realiza uma leitura formalista da constituição, porque eram estes os limites estabelecidos pela ordem do discurso constitucional. E o trabalho da pesquisa jus-histórica é justamente compreender a natureza e o conteúdo desses limites.

É claro que isso não significa reconhecer autonomia absoluta ao campo do discurso jurídico; afinal, ele sofre sempre as influências do campo político, e é sempre resultado de uma determinada configuração de forças sociais que o empregam, ressignificando-o na proteção dos seus interesses. Além disso, se a afirmação é verdadeira como ponto de partida teórico, torna-se ainda mais verdadeira para a realidade jurídica do Brasil do século XIX, quando, como demonstra Ricardo Fonseca (2006a:361), o país vive uma fase de transição híbrida do jurista eloquente para o jurista cientista, e os mesmos juristas que discutem tecnicamente em livros de direito constitucional também proferem discursos políticos da tribuna e se manifestam em textos de opinião nos diários de circulação nacional – e não é excepcional o emprego de discursos políticos como argumentos de autoridade jurídica, como se percebe nas obras de Vasconcellos e Uruguai.

No entanto, apesar do perfil peculiar dos juristas brasileiros do século XIX, a pesquisa histórica demonstra que quando atuam no campo jurídico se submetem com docilidade às regras específicas da ordem discursiva vigente; o ardor da tribuna dá lugar à elegância do debate acadêmico; a linguagem cotidiana é lustrada pela erudição do saber técnico-científico; e o apelo às massas se restringe ao público especializado, dotado das ferramentas conceituais que o habilitam a assistir e participar da controvérsia. Dessa forma, realizada a opção pelo discurso jurídico, estava fora de questão a discussão sobre uma reforma institucional: os limites do texto

---

<sup>29</sup> É a tese defendida na (exceto por isso) excelente pesquisa de Ambrosini, por exemplo: “O caso de Zacarias é o mais gritante. As cambalhotas argumentativas que o autor se permite para tentar impor sua interpretação quanto à responsabilidade ministerial beiram o absurdo, muitas vezes, tamanho o desforço retórico. Ademais, em seu caso específico, como já vimos, há ainda um agravante: a posição de “centro” que ele buscava marcar no jogo político de então, procurando firmar uma identificação partidária diferenciada tanto dos “vermelhos” quanto dos “históricos”, não o permitiria admitir a reforma constitucional (que era uma bandeira de liberais como Ottoni) para atualizar a “letra” da constituição ao “espírito” de suas teses. Era preciso ater-se à responsabilidade dos ministros como uma questão de princípio político, mas não a ponto de exigir uma reforma institucional para tanto” (2004b:119). O autor fornece respostas semelhantes para cada uma das questões formuladas anteriormente – 2004b:106;116, e 2004a:113.

constitucional deviam ser respeitados, ainda que nos limites relativamente elásticos permitidos pela ordem discursiva então vigente.

É claro, também, que a própria decisão de participar do debate em seus termos jurídicos tem conteúdo político. Não, porém, no sentido de que a escolha pelo campo jurídico indique de forma automática o posicionamento político do autor (mais conservador ou moderado), mas de se reconhecer que a estratégia do debate jurídico é apenas mais uma dentre as várias estratégias disponíveis ao enfrentamento, e que a opção pelo direito pode refletir as condições materiais da disputa (mais ou menos aberta, por exemplo) e as intenções dos combatentes (mais ou menos consequentes, por exemplo) em um momento histórico determinado. Mas essa é uma resposta que a opção pelo direito não fornece de antemão, e deve ser extraída de uma análise acurada das condições materiais da disputa em cada contexto específico – no contexto específico de que tratamos, demonstra o exaurimento das tentativas de reforma institucional após o golpe da maioria.

Estabelecidas essas premissas teóricas, a segunda conclusão importante se refere justamente às características percebidas na ordem do discurso jurídico-constitucional vigente no Brasil do século XIX. A análise do debate jurídico sobre a responsabilidade do poder moderador pôde demonstrar que a controvérsia entre os autores não se verifica somente quanto ao resultado de suas interpretações sobre as normas constitucionais, mas à própria concepção de direito e ordem jurídica que empregam em suas argumentações. Verifica-se, desse modo, que a cultura do direito público no Brasil imperial emprega tranquilamente duas concepções distintas de direito, ambas de origem liberal: uma racional-realista, que enxerga o direito como conjunto de relações necessárias extraídas do espírito da ordem constitucional; e outra legal-formalista, que concebe o direito como conjunto de normas positivas formalizadas no texto da constituição. E o mais importante é que em nenhum momento os autores que participam do debate invalidam a concepção de ordem jurídica a que se contrapõem, mas, discordando quanto às conclusões, reconhecem as premissas contrárias como argumentos legítimos e relevantes para o campo da interpretação e da argumentação jurídica. Conclui-se, com isso, que para além da oposição política acerca dos poderes do imperador, para além da oposição jurídica acerca do significado das normas constitucionais, há também um terceiro estrato de oposição no campo do direito público brasileiro no século XIX, relativo à própria concepção de direito a orientar a organização constitucional do país.

E isso nos conduz à terceira conclusão importante deste estudo: a oposição entre as distintas concepções de ordem jurídica não tem qualquer relação com o conteúdo das interpretações apresentadas, ou com as posições políticas assumidas por cada autor. Percebe-se com clareza a sua autonomia quando se comparam as obras de Zacarias e Florentino, que se encontram em posições opostas do espectro político, defendem interpretações conflitantes das normas constitucionais, mas empregam a mesma concepção de direito e ordem jurídica em suas

argumentações – recusando-se, ambos, a tratar o direito constitucional como conjunto de normas positivadas pelo Estado, e preferindo extrai-lo de uma interpretação contextual do espírito da lei fundamental.

Assim se confirma a autonomia da ordem do discurso jurídico em relação à ordem do discurso político, mas também se obtém uma importante chave de interpretação das características da cultura juspublicista em circulação no Brasil imperial. Afinal, ela permite transpor para o campo do direito público as conclusões a que chegou Fonseca (2006b:76) em suas pesquisas sobre a cultura jus-privatista do Brasil oitocentista: trata-se de compreender a modernização da ordem jurídica brasileira, tanto no campo do direito privado quanto no campo do direito público, como processo, e não como ruptura; e de compreender que esse processo não se dá como progresso linear e contínuo, mas nas vicissitudes da vida cotidiana, a partir do embate entre diferentes práticas político-discursivas, que transformam de modo não-intencional a realidade do saber, do discurso e da ordem jurídica existentes. Nesse processo o raciocínio jurídico se apresenta em sua relativa autonomia, o que demonstra a impossibilidade de sua redução a instrumento passivo de um cálculo político que o precede, seja como vontade transcendental subjetiva, seja como infraestrutura material objetiva. Com tudo isso, sobram motivos para acreditarmos na sinceridade das boas intenções de Braz Florentino, apesar da excessiva deferência com que se referia ao imperador, quando escrevia na introdução de seu livro:

Escusado nos parece agora dizer que não se trata neste livro nem de política do dia, nem tampouco de romance literário. Vivendo sob leis que não obrigam o cidadãos, como outrora as de Sólon, a entregar-se corpo e alma às fâçães, não tive de maneira alguma a intenção de fornecer armas a nenhum dos nossos partidos políticos. Sendo antes de tudo decidido partidário do que em consciência julgo verdadeiro e útil ao meu país, tomei irrevogavelmente o partido da Constituição, e esforcei-me, na análise que dou de todo o Tit. 5º cap. 1º, por ser-lhe tão fiel, quanto o exigiam a verdade e o interesse das grandes instituições por ela assentadas como bases de todo o nosso edifício político (SOUZA, 1864:XIV).

## KEY OR CLOSURE? THE LEARNED LEGAL DEBATE ON THE RESPONSIBILITY OF MODERATING POWER.

### Abstract

This study addresses the legal debates that took place in the second half of the nineteenth century about the legal responsibility of the moderating power. By doing an archaeological analysis of the structure and content of the arguments used, it aims to understand the rules that make up the discursive order within which the debate develops, and which have inspired the complex process of Brazilian legal discourse modernization after the country's independence. It concludes that differences among jurists of the period are not only political or hermeneutical, but also reflect the contrast between two different conceptions of law: a rational-realist one, which

sees law as a set of necessary relationships drawn from the spirit of constitutional order; and a legal-formalist one, which sees law as a set of positive norms textually formalized on the constitution.

**Keywords:** history of constitutional law; Constitution of 1824; Moderating Power; order of legal discourse; modernization of brazilian legal order.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, José de. (2009). **Cartas de Erasmo** (org. José Murilo de Carvalho). Rio de Janeiro: ABL.

AMBROSINI, Diego R. (2004a). O poder moderador na construção do Estado imperial brasileiro, in: **Leviathan – Cadernos de Pesquisa Política**, nº 1, p. 119-154.

\_\_\_\_\_(2004b). **Do Poder Moderador**: uma análise da organização do poder na construção do Estado imperial brasileiro. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo.

BARBOSA, Samuel Rodrigues (2012). Indeterminação do constitucionalismo imperial luso-brasileiro e o processo de independência do Brasil, 1821-1822, in: **Juristas de la Independencia**, v. 1 (orgs. José María Pérez-Collados; Samuel Rodrigues Barbosa). 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, p. 103-129.

BARBOSA, Silvana Mota (2001). **A Sphinge Monárquica**: o poder moderador e a política imperial. Tese de Doutorado. Campinas: Universidade Estadual de Campinas.

CLERMONT-TONNERRE, Stanislas de (1791). **Analyse Raisonnée de la Constitution Française**. 2a ed. Paris: Migneret.

CONSTANT DE REBECQUE, Henri-Benjamin (1815a). **Principes de Politique, applicables a tous les gouvernements représentatifs et particulièrement a la Constitution Actuelle de la France**. Paris: L’Imprimerie de Hocquet.

\_\_\_\_\_(1815b). **De la responsabilité des ministres**. Paris: A. Belin.

\_\_\_\_\_(1819). **De la liberté des anciens comparée à celle des modernes – discours prononcé à l’Athénée royal de Paris**. Disponível no endereço eletrônico <<http://www.panarchy.org/constant/liberte.1819.html>> em 17 de abril de 2015.

\_\_\_\_\_(1836). **Cours de Politique Constitutionnelle**. Paris: Didier, Libraire-éditeur.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb (2015). **História do Controle de Constitucionalidade das leis no Brasil**: percursos do pensamento constitucional no Século XIX (1824-1891). São Paulo: Almedina.

COSTA, Pietro (2012). **Poucos, Muitos, Todos: lições de história da democracia** (trad.: Luiz Ernani Fritoli). Curitiba: UFPR.

COSTA JÚNIOR, Luiz Roberto Guimarães (2002). **Poder Moderador : o Quarto Poder no Segundo Reinado (1840-1889)** (tese de doutorado). Campinas: Unicamp.

DESTUTT, Antoine Louis Claude (1819). **Commentaire sur L’Esprit des Lois de Montesquieu**. Paris: Delauney Libraire.

FERREIRA, Cristina; SILVA, Evandro Ruthieri Saturno (2014). **O retorno do imortal**: D. Pedro I mitificado pelos militares nas representações imagéticas das Revistas O Cruzeiro e Manchete no Sesquicentenário da Independência (1972), in: Revista Tempo e Argumento, Florianópolis, v. 6, n. 11, p. 355-385, jan./abr.

FONSECA, Ricardo Marcelo (2006a). **Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX**, in: Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, v. 35, p. 339-369.

\_\_\_\_\_(2006b). A Cultura Jurídica Brasileira e a Questão da Codificação Civil no Século XIX, in: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 44, p. 61-76.

FOUCAULT, Michel (2005). **A Arqueologia do Saber** (trad. Luiz Felipe Baeta Neves). 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

JARDIN, André (1998). **Historia del liberalismo político: de la crisis del absolutismo a la Constitución de 1875** (trad.: Francisco González Aramburu). 2ª ed. México: FCE.

LYNCH, Christian Edward Cyril (2005). O Discurso Político Monarquiano e a Recepção do Conceito de Poder Moderador no Brasil, in: **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 48, n. 3, p. 611-654.

\_\_\_\_\_(2007). **O Momento Monarquiano: o poder moderador e o pensamento político imperial**. Tese (Doutorado em Ciência Política). Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro.

MELO FRANCO, Afonso Arinos (1972). Introdução, in: **O constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal**. Brasília: Ministério da Justiça, Arquivo Nacional, s.p.

MONTESQUIEU, Charles Secondat (1995). **De L'Esprit des Lois**. Paris: Gallimard.

OTTONI, Teófilo Benedito (1916). **Circular aos Eleitores de Minas Gerais**, in: **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, tomo LXXVIII, parte II**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional (1ª edição de 1860), p. 141-387.

PIMENTA BUENO, José Antonio (1857). **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. E Const. De J. Villeneuve E.C.

SAINT-PIERRE, Jacques-Henri-Bernardin de (1820). **Oeuvres Complètes**. Bruxelles: Auguste Wahlen et Comp. Imp. - Libraires.

SOUZA, Paulino José Soares (1862). **Ensaio sobre o Direito Administrativo**, t. II. Rio de Janeiro: Typographia Nacional.

SOUZA, Braz Florentino Henriques (1864). **Do Poder Moderador – ensaio de direito constitucional contendo a análise do tit. V cap. I da Constituição Política do Brasil**. Recife: Typographia Nacional.

VASCONCELLOS, Zacarias de Góes (1862). **Da Natureza e Limites do Poder Moderador**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert.

*Trabalho enviado em 18 de janeiro de 2016.*

*Aceito em 28 de março de 2016.*