

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/09/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35440-a-teoria-do-poder-moderador-de-benjamin-constant-e-a-experi-ncia-constitucional-brasileira-no-s-culo-xix>

Autore: Bonifácio José Suppes de Andrada

A teoria do poder moderador de benjamin constant e a experiência constitucional brasileira no século XIX

A TEORIA DO PODER MODERADOR DE BENJAMIN CONSTANT E A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NO SÉCULO XIX

Bonifácio José Suppes de Andrada¹

Sumário: 1 Introdução; 2 Considerações preliminares 3 A vida de Benjamin Constant; 4 O pensamento de Constant e a sistematização do Poder Moderador 5 Apontamentos sobre o Poder Moderador na Constituição de 1824 6 Conclusão; Referências

1 INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo é explicitar alguns elementos da teoria da separação dos poderes desenvolvida pelo filósofo francês Benjamin Constant, que exerceu imensa influência no pensamento constitucional brasileiro ao longo do século XIX, e como essa teoria foi recebida pela doutrina nacional.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A participação da monarquia no processo de independência brasileiro transformou-o em processo monárquico. Desse modo, naturalmente, explica-se a aproximação das ideias vindas da Europa, e não dos Estados Unidos, no momento da formação constitucional do Brasil. As instituições imperiais, portanto, teriam como modelo o direito francês e a experiência parlamentar desenvolvida pelos ingleses.²

Nesse período, a influência de Benjamin Constant se tornou proeminente. A leitura de suas ideias era recorrente entre a elite política e intelectual do Império e, assim, reverberaram com intensidade, sobretudo, após a dissolução da Assembleia Constituinte. Isto porque se discutia a melhor forma de adequar a figura do monarca no nascente Estado brasileiro.

¹ Advogado formado pela Faculdade de Direito Milton Campos em 2009. Assessor da Presidência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Email: bonisuppes@uol.com.br.

² MELO FRANCO, Afonso Arinos. Estudos de Direito Constitucional. 1ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p.226

A organização constitucional dos poderes deve mais a Constant do que a Montesquieu, na fórmula adotada pela Constituição de 1824- com a necessária ponderação de que o pensamento liberal de Constant foi deturpado de modo que se garantisse um texto favorável ao espírito autoritário de Pedro I.

Em síntese, pode-se concluir que o pensamento de Constant foi o ponto de partida para os redatores da Constituição cuja obra final foi “o compromisso do absolutismo com o liberalismo: nem Estado absoluto, nem Estado liberal”³.

AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO (1957) captou a essência do pensamento de Constant e a resumiu em curtas linhas:

a intenção de Benjamin Constant era evidentemente a de introduzir no governo monárquico constitucional um princípio conservador que desse estabilidade à vida da França, tão conturbada na sua geração. Um poder neutro, irresponsável dentro do limite das suas atribuições e que pudesse desfazer, sempre dentro de uma linha conservadora, os conflitos surgidos entre os demais poderes, estabelecendo uma espécie de equilíbrio entre o espírito de movimento e o de conservação, que se defrontam em todas as sociedades. Seria um órgão chamado a desempenhar no governo parlamentar, papel correspondente àquele de que aos poucos, graças ao gênio de alguns de seus juízes, se investiria a Suprema Corte dos Estados Unidos.⁴

3 A VIDA DE BENJAMIN CONSTANT

Benjamin Constant de La Rebecque nasceu em 25 de outubro de 1767, em Lausanne, na Suíça e, morreu em 1830, em Paris. Estudou em diversos países da Europa e sua formação acadêmica se deu na Alemanha e na Escócia. Durante a revolução francesa, colocou-se como defensor do Diretório, opondo-se ao jacobinismo. A esta época, propunha a formação de uma república com cidadania baseada na propriedade privada. Em 1803, partiu para o exílio e até o ano de 1815 foi um implacável crítico de Napoleão. No período dos “cem dias” que marcou o regresso de Napoleão, após breve queda, Constant aceitou o cargo de Conselheiro do Estado e formulou uma Constituição, a Benjamine, esperançoso que Napoleão a adotasse. Com a derrota de

³ BONAVIDES, Paulo. Reflexões, Política e Direito. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998. p.284

⁴ MELO FRANCO, Afonso Arinos. Estudos de Direito Constitucional. 1ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p.245 e 246

Napoleão em Waterloo, Constant novamente partiu para o exílio e em 1816 publicou o romance *Adolphe* na Inglaterra. Em 1824 elegeu-se deputado e foi reconduzido na legislatura de 1827. Apoiou a Revolução de julho de 1830, tornando-se outra vez Conselheiro do Estado a despeito da frágil saúde. Ao fim deste mesmo ano viria a falecer.

4 O PENSAMENTO DE CONSTANT E A SISTEMATIZAÇÃO DO PODER MODERADOR

4.1 Conceito de soberania

Assim como outros pensadores de seu tempo, Constant sofreu forte influência da turbulência revolucionária que atingia a França. A desordem francesa era tamanha que no curto período entre 1791 a 1815 sete Constituições foram elaboradas. Por outro lado, admirava o sistema político inglês, não obstante a defesa da república em algumas de suas obras iniciais. Foi justamente a partir de sua análise crítica das instituições inglesas que Constant sistematizou uma teoria a ser aplicada em seu país.

Em sua obra *Princípios de política* editada em 1815, o publicista demonstra a nocividade da concepção rousseauiana de soberania e os graves malefícios gerados a partir de sua adoção pelos revolucionários. Constant rebate a ideia de que a soberania possa ser una, suprema, indivisível e inalienável. Haveria, portanto, um limite necessário, qual seja o direito a liberdade ou o direito civil dos indivíduos. Ao prefaciá-la edição brasileira dos *Princípios de política* afirma CÉLIA GALVÃO (2005):

apesar de manter seus fundamentos, da legitimidade e da autoridade política, assentados no povo, a soberania precisa de limites. Certamente, a legitimidade dos poderes advém da soberania popular e da vontade geral. Não a vontade geral de Rousseau, nem a da revolução, mas a de Benjamin Constant. Para ele, ambas podem levar ao despotismo.⁵

CONSTANT (2005) esboça o temor do autoritarismo já nas primeiras páginas da mencionada obra. Nesse sentido, a circunstância de a soberania ilimitada residir nas mãos do povo em nada afastava o risco do despotismo, em suas palavras: “[...] estão errados: o que se deve acusar é o grau de força, e não os depositários dessa força. É contra a arma e não contra o braço que convém ser severo”⁶. Em seguida, demonstra

⁵ CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005 p.XXIII

⁶ CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.8

qual seria a barreira a limitar a soberania: “a soberania só existe de maneira limitada e relativa. No ponto em que começa a independência e a existência individuais detém-se a jurisdição dessa soberania. Se a sociedade passa essa linha, torna-se tão culpada quanto o déspota”⁷.

Essa advertência esquecida ou às vezes negligenciada era para CONSTANT (2005) a causa de toda a forma de despotismo. Nessa sua crítica, ele enquadra tanto Rousseau como Hobbes. Aquele “desconheceu essa verdade, e seu erro fez do seu contrato social, tantas vezes invocado em favor da liberdade, o mais terrível auxiliar de todos os gêneros de despotismo”⁸. Quanto ao segundo, diz CONSTANT (2005) que a base de seu sistema é atribuição do caráter absoluto à soberania do povo – que pode renunciar a essa soberania em favor de um monarca que se torna seu legítimo possessor. A partir dessa premissa falsa, Hobbes encaminharia a um inexorável sofisma, conforme salienta CONSTANT (2005):

ele deduz que o soberano tem o direito absoluto de punir; que o soberano tem o direito absoluto de fazer guerra; que o soberano é o legislador absoluto. Nada mais falso que essas conclusões. O soberano tem o direito de punir, mas apenas as ações culpadas; ele tem o direito de fazer guerra, mas somente quando a sociedade é atacada; ele tem o direito de fazer leis, mas somente quando essas leis são necessárias e contanto que sejam conformes à justiça [...] o povo pode renunciar a essa autoridade em favor de um só homem ou de um pequeno número de homens; mas o poder destes é limitado, tal como o do povo que dele os investiu.⁹

A partir dessa crítica a conceitos clássicos de soberania, CONSTANT (2005) passa a sinalizar o modelo que lhe afigura mais consentâneo à defesa do indivíduo:

de nada adianta dividir os poderes: se a soma total do poder é ilimitada, os poderes divididos só necessitam formar uma coalizão, e o despotismo é irremediável. O que nos importa não é que nossos direitos não possam ser violados por certo poder, sem a aprovação de outro, mas que essa violação seja vedada a todos os poderes. Não basta que os agentes da execução tenham necessidade de invocar a autorização do legislador; é preciso que o legislador só possa autorizar a ação deles em sua esfera legítima. É pouco o Poder Executivo não ter o direito de agir sem o concurso de uma lei, se não

⁷ CONSTANT, Benjamin. Escritos de política. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.9

⁸ CONSTANT, Benjamin. Escritos de política. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.10

⁹ CONSTANT, Benjamin. Escritos de política. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.12

se puserem limites a esse concurso, se não se declarar que há objetos sobre os quais o legislador não tem o direito de fazer uma lei, ou, em outras palavras, que a soberania é limitada e que há vontades que nem o povo nem seus delegados têm o direito de ter.¹⁰ (grifo nosso)

Adiante, CONSTANT (2005) repisa os limites que se impõem a soberania¹¹:

Os direitos dos cidadãos são a liberdade individual, a liberdade religiosa, a liberdade de opinião, na qual está incluída a sua publicidade, o gozo da propriedade, a garantia contra toda e qualquer arbitrariedade. Nenhuma autoridade pode atentar contra esses direitos sem rasgar seu próprio título.¹²

Se, portanto, esta soberania tem limites precisos, é necessário também fazer com que estes limites sejam observados. A forma capaz, segundo Constant, de se garantir a sua observância é a separação de poderes, de modo a pô-los em equilíbrio. Entretanto, o publicista refuta modelos meramente teóricos, e daí, surgirá, então o papel a ser desempenhado pelo poder Real ou Neutro.

4.2 A separação de poderes

CONSTANT (2005) ao abordar a organização dos poderes diferentemente da trilogia clássica- Executivo, Legislativo e Judiciário-, distingue cinco poderes numa monarquia constitucional: i. poder real¹³; ii. poder executivo; iii. poder representativo da duração; iv. poder representativo da opinião pública; e v. poder judiciário.

Nessa classificação, o poder real é definido como o “poder judiciário dos outros poderes” e o seu objetivo é assim exposto:

o poder executivo, o poder legislativo e o poder judiciário são três engrenagens que devem cooperar, cada qual em seu âmbito, com o movimento geral. Mas, quando essas engrenagens desajustadas se cruzam, se

¹⁰ CONSTANT, Benjamin. Escritos de política. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.13

¹¹ No verbete constitucionalismo do Dicionário de Política, seus autores, Bobbio, Mateucci e Pasquino, apontam a teoria das garantias, cuja maior expressão é Constant, como um dos pilares do constitucionalismo do século XIX. Nesse sentido, tal teoria, acentuaria, polêmica com Rousseau e com os jacobinos a respeito da noção de vontade geral, tutelando a soberania, no plano constitucional, aos direitos fundamentais do indivíduo. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 12ª edição. Brasília: Editora UNB, 2004.

¹² CONSTANT, Benjamin. Escritos de política. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.14

¹³ A ideia de um poder neutro, como ressalta Constant, não era obra de seu intelecto. O jurista francês atribuiu a originalidade a Stanilas de Clermont-Tonnerre, que em 1791, em sua obra *Analyse raisonnée de la Constitution Française*, havia levantado a questão de como resolver os problemas da soberania diante dos três poderes. Nessa ocasião, como solução, Tonnerre havia sugerido a criação de outro poder, o poder neutro.

entrechocam e se travam mutuamente, é necessária uma força que as reponha em seu devido lugar. Essa força não pode estar numa das engrenagens, porque lhe serviria para destruir as outras. Ela tem de estar fora, tem de ser neutra, de certo modo, para que sua ação se aplique necessariamente onde quer que seja necessário aplicá-la e para que seja preservadora, reparadora, sem ser hostil.¹⁴

Os demais poderes são exercidos pelos seguintes representantes:

o poder representativo da duração reside numa assembleia hereditária; o poder representativo da opinião pública, numa assembleia eletiva; o poder executivo é confiado aos ministros; e o poder judiciário aos tribunais”; e as atribuições de cada um deles são: “os dois primeiros fazem as leis, o terceiro encarrega-se da execução geral destas, o quarto aplica-os aos casos particulares.¹⁵

A grande novidade introduzida e sistematizada era sem dúvida a inserção do poder Real. Segundo CONSTANT (2005), a ausência deste poder era a causa do fracasso de quase todas as Constituições, porque, invariavelmente, as atribuições a ele inerentes residiam num poder ativo. Desse modo, conclui o jurista francês:

quando essa soma de autoridade viu-se reunida ao poder legislativo, a lei, que só devia se estender a determinados objetos, se estendeu a tudo. Houve uma arbitrariedade e uma tirania sem fim [...] quando a mesma soma de autoridade se viu reunida ao poder executivo, houve despotismo. Daí a usurpação que resultou a ditadura, em Roma.¹⁶

Pelos escritos de CONSTANT (2005), entende-se que a inspiração para a teoria do poder Real encontrava-se na Inglaterra. Após definir o que seria tal poder, ele menciona o exemplo vivido pelos ingleses:

vejam como a Constituição inglesa emprega o poder real para pôr fim a qualquer luta perigosa e para restabelecer a harmonia entre os outros poderes. Se a ação do poder executivo é perigosa, o rei destitui os ministros. Se a ação da câmara hereditária torna-se funesta, o rei lhe dá uma nova tendência, criando novos pares. Se a ação da câmara eletiva se anuncia ameaçadora, o rei faz uso do seu veto ou dissolve a câmara eletiva. Se, enfim, a própria ação do poder judiciário é desastrada, na medida em que aplica a ações individuais

¹⁴ CONSTANT, Benjamin. Escritos de política. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.19

¹⁵ CONSTANT, Benjamin. Escritos de política. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.19

¹⁶ CONSTANT, Benjamin. Escritos de política. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.20

penas gerais demasiado severas, o rei tempera essa ação com seu direito de agraciar.¹⁷

Para GALVÃO (2005), a empreitada de Constant contra a tirania, se pautava de duas maneiras:

em primeiro lugar, do ponto de vista formal institucional era preciso criar um quarto poder denominado por ele de poder neutro ou poder real, com todas as características que lhe são próprias. Para Constant, só esse poder poderia impedir uma junção dos três poderes clássicos [...] em segundo lugar, nada seria mais eficaz do que a efetiva demarcação do espaço da liberdade dos indivíduos-cidadãos, o que deveria ser feito juntamente com a criação das garantias de que esse espaço seria preservado.¹⁸

BONAVIDES (1998) recupera a lição de Antônio Carlos, liderança política durante a Assembleia Constituinte, exposta em 1823, cuja interpretação do que seja o Poder Moderação era fidedigna com o pensamento de Constant:

[...] procurei [dizia Antônio Carlos] a origem desta influência e encontrei-a na necessidade de um poder vigilante e moderador nos governos representativos. Mostrei que esse poder que, como atalaia da liberdade e direito dos povos, inspeciona e contrabalança todos os demais poderes para que se contenham nos limites marcados por sua mesma natureza, e não se tornem danosos à nação, não fora desconhecido dos mais sábios legisladores da antigüidade. Que, nas repúblicas, ele deveria estar separado do Chefe da Nação, mas, nas monarquias constitucionais, era dele inseparável, para o conservar na alta preeminência em que esta forma de governo necessariamente o coloca¹⁹.

PILLA (1958), a propósito do poder Moderador na Constituição de 1824, teceu às seguintes observações:

a criação do Poder Moderador, só adotada em duas Constituições – a do Brasil e a de Portugal, ambas outorgadas pelo mesmo príncipe – foi uma fantasia de teórico, que muito longe pretendeu levar a análise das coisas. Benjamin Constant foi quem a sugeriu. Em verdade, as atribuições deste quarto poder, a que se quis atribuir preeminência sobre os demais, são as do

¹⁷ CONSTANT, Benjamin. Escritos de política. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.20

¹⁸ CONSTANT, Benjamin. Escritos de política. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.XXVI

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Reflexões, Política e Direito. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998. p.247.

Chefe de Estado, que não é por si um poder nas democracias representativas, mas participa dos outros poderes e, além disso personifica a Nação²⁰

Ultrapassada a questão da organização dos poderes, Constant passa a um novo tópico: definir em linhas precisas a divisão entre os poderes executivo e real. Dentro da teoria do pensador francês, aí se encontra a chave de toda a organização política.

4.3 A chave de toda a organização política: a distinção entre os poderes Real e Executivo

Em seu livro *Reflexões sobre as Constituições e garantias*, CONSTANT (2005) de início adverte seus leitores:

muitos se espantarão com que eu distinga o poder real do poder executivo. Essa distinção, sempre ignorada, é muito importante. Ela talvez seja a chave de toda a organização política”. A frente, ele sinteticamente diferencia estes dois poderes, valendo-se da reflexão de Clemont-Tonnerre: “ há no poder monárquico, dois poderes distintos, o poder executivo, investido de prerrogativas positivas, e o poder real, que é sustentado por lembranças e por tradições religiosas.²¹

Para defini-los a contento, CONSTANT (2005) lista as características de cada um deles. As peculiaridades do poder real seriam: i. reside nas mãos do rei; ii. compete ao rei nomear e destituir o poder executivo; iii. a sanção real é necessária para que as resoluções das assembleias representativas tenham força de lei; iv. o rei pode adiar as assembleias representativas e dissolver a assembleia representativa eleita pelo povo; v. a nomeação dos juízes pertence ao rei; vi. o rei tem o direito de agraciar; vii. O rei decide da paz e da guerra; viii. a pessoa do rei é inviolável e sagrada.

Diferentemente, no poder executivo se manifestaria as seguintes evidências: i. o poder executivo é confiado aos ministros; ii. os ministros propõem as leis em seu nome no seio das assembleias representativas, juntamente com os outros membros dessa assembleia; iii. os ministros assinam em seu nome todos os atos de poder executivo; iv. os ministros são responsáveis; v. a responsabilidade dos ministros não destrói a de seus agentes, e essa responsabilidade começa no autor imediato do ato que é seu objeto.

²⁰ MELO FRANCO, Afonso Arinos e PILLA, Raul. *Presidencialismo ou parlamentarismo?* 1ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 1958. p.172

²¹ CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.203

Nesse quadro comparativo, cabe ressaltar a opinião de GALVÃO (2005), que resgata outros escritos do próprio Benjamin Constant:

sua capacidade [refere-se ao poder real] de ser um garantidor das liberdades e dos direitos dos indivíduos advém do fato que esse poder não age ‘jamais como uma autoridade soberana sobre os homens, mas somente sobre os poderes’. Da mesma forma e com a mesma finalidade é necessário que essa ‘autoridade discricionária não seja jamais confiada ao poder revestido de força material; pois sem essa precaução cria-se um poder ilimitado.’²²

Uma questão que CONSTANT (2005) pretende elucidar ao individualizar cada um desses poderes refere-se à inviolabilidade do monarca e à responsabilidade dos ministros. Para ele, numa monarquia constitucional, o monarca “pode e deve ser passivo e irresponsável, ele é um ser à parte, está no topo do edifício”²³. A razão para tanto, acha-se na tradição que cerca o monarca e sua própria família, uma estirpe investida exclusivamente do direito de governar, exposta a toda sorte de acontecimentos. Ao revés, os ministros como responsáveis pela administração dos negócios públicos devem se submeter a um rigoroso controle de seus atos, pois tais atos estão adstritos ao limites legais.

5.APONTAMENTOS SOBRE O PODER MODERADOR NA CONSTITUIÇÃO DE 1824

A interpretação do que seria o poder Moderador varia de acordo com a posição política do intérprete. Essa observação, todavia, restringe-se àqueles contemporâneos a Constituição de 1824. Nesse sentido, PILLA (1958) afirma:

diante do instituto vária seria a posição dos políticos. Os conservadores tenderiam naturalmente a aceitá-lo; os liberais a combatê-lo; a sustentá-lo tenderiam os espíritos de feitio mais jurídico, do que político, já que a Constituição o consagrava; a invalidá-lo seriam levados os espíritos de feição contrária; os arraigadamente monarquistas, veriam nele a mais alta expressão do regime; os menos propensos à mística imperial, nele enxergariam uma excrescência.²⁴

²² CONSTANT, Benjamin. Escritos de política. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. XXVI

²³ CONSTANT, Benjamin. Escritos de política. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 222

²⁴ MELO FRANCO, Afonso Arinos e PILLA, Raul. Presidencialismo ou parlamentarismo? 1ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 1958. p. 172.

5.1 José Pimenta Bueno (Marquês de São Vicente)²⁵:

Na sua consagrada obra de interpretação da Constituição de 1824, SÃO VICENTE (2002) assim define a natureza do Poder Moderador:

o Poder Moderador, cuja natureza a Constituição esclarece bem em seu artigo 98, é a suprema inspeção da nação, é o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar o como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente com outros para o fim social, o bem-estar nacional: é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão; é enfim a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, o mais influente de todas as instituições fundamentais da nação.²⁶

Adiante, esclarece o autor a questão da delegação do Poder Moderador:

na maior parte das monarquias constitucionais e representativas, o Poder Moderador está reunido ao poder Executivo, de quem forma a parte mais elevada, e que é exercida pela Coroa, pela ação e direção do monarca. É, porém, mais lógico e conveniente não confiá-lo, e menos confundi-lo, com nenhum outro poder, por isso mesmo que ele tem de inspecionar a todos, já sobre seu exercício próprio, já sobre suas relações recíprocas.²⁷

Para SÃO VICENTE (2002), tal função somente poderia ser delegada ao monarca, pois “está cercado de todos os respeitos, tradições e esplendor, da força da opinião e do prestígio”²⁸. Tais atributos seriam indispensáveis, uma vez que “o exercício do poder Moderador é quem evita nos perigos públicos o terrível dilema da ditadura ou da revolução.”²⁹.

Na análise a respeito dos atributos do monarca, SÃO VICENTE (2002) justifica assim o teor do artigo 99, que concede ao imperante inviolabilidade e

²⁵ Nascido em São Paulo em 1804, foi deputado e senador pela província de SP, presidente das províncias de MT e RS, ministro dos Negócios Estrangeiros e membro do Conselho de Estado e chefe de gabinete. Além de político, Pimenta Bueno foi destacado jurista, leitura obrigatória para todos os estudiosos do Direito daquele tempo. Sua principal obra, “Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império” (1857) deu-lhe grande notoriedade. Segundo José Murilo de Carvalho, era o constitucionalista mais admirado por D. Pedro II. Conferir: VAINFAS, Ronaldo(organizador). Dicionário do Brasil Imperial(1822-1889). 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva,2002. p.421

²⁶ KUGELMAS, Eduardo. Marquês de São Vicente. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.280

²⁷ KUGELMAS, Eduardo. Marquês de São Vicente. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.281

²⁸ KUGELMAS, Eduardo. Marquês de São Vicente. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.280

²⁹ KUGELMAS, Eduardo. Marquês de São Vicente. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.282

irresponsabilidade: “... estes atributos são indispensáveis da monarquia, são dogmas políticos consagrados por justo e irrecusável interesse público.”³⁰, e depois afirma que nenhum tribunal “... poderia ser competente, nem hábil para julgar a mais alta delegação da soberania nacional, esta teria de descer, deixaria de ser tal desde que fosse obrigada a justificar-se de qualquer acusação...”³¹ e ao final conclui “... a inviolabilidade ou há de ser geral, ou inútil; não há meio termo, o monarca ou há de ser monarca ou deixar de sê-lo; um faccioso não deve ter o arbítrio de acusá-lo por motivo algum; o que seria uma Coroa chamada aos tribunais?”³².

Outro ponto relevante tratado pelo jurista concerne à necessária distinção entre o poder Moderador e o poder Executivo, neste sentido, o autor logo sustenta:

embora o imperante, o poder Moderador, seja chefe do poder Executivo, estes dois poderes são, e devem ser distintos; senão teríamos apenas uma fraseologia, e não uma realidade diferente.³³

Nessa linha,

os ministros de Estado não são agentes, nem intervêm no exercício deste último poder [Moderador], pelo menos essa é a presunção, ou crença constitucional; assinando tais atos seu nome não aparece senão para autenticar o reconhecimento, a veracidade da firma imperial, não são, pois, responsáveis por eles.³⁴

Por outro lado, assinala que os atos do poder Executivo devem necessariamente passar pela assinatura ministerial, pois só assim haveria a responsabilidade, garantia indispensável da sociedade.

Quanto aos atos do poder Moderador, diz SÃO VICENTE (2002) que o texto original da Constituição sabiamente previa que as atribuições do referido poder seriam exercidas após prévia audiência junto ao Conselho de Estado. Contudo, o ato adicional de 1831 cometeu grave equívoco, pois:

conservar o poder Moderador e suas atribuições e abolir o Conselho de Estado, a audiência necessária a garantia e responsabilidade do exercício de

³⁰ KUGELMAS, Eduardo. Marquês de São Vicente. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.282

³¹ KUGELMAS, Eduardo. Marquês de São Vicente. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.282

³² KUGELMAS, Eduardo. Marquês de São Vicente. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.282

³³ KUGELMAS, Eduardo. Marquês de São Vicente. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.287

³⁴ KUGELMAS, Eduardo. Marquês de São Vicente. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.292

tais atribuições, e isto a título de liberdade política, é realmente uma aberração original e inexplicável.³⁵

Após a sua recriação, a audiência do Conselho de Estado tornou-se facultativa, todavia,

nem se diga que é de pouca importância [...] posto que puramente consultivo é uma soma de votos de alta garantia; se não é unânime, obtém-se a segurança da responsabilidade dos que se pronunciaram em favor da medida adotada; se é unânime, nunca ou quase nunca essa unanimidade, essa força moral será preterida.³⁶

5.2 Paulino José Soares de Sousa (Visconde do Uruguai)³⁷

Na obra Ensaio sobre direito administrativo, Visconde do Uruguai fundamenta a abordagem sobre o Poder Moderador por ser um tema contemporâneo, que despertava enorme controvérsia e a que não se chegara nenhuma solução definitiva.

No início de suas reflexões, URUGUAI (2002) resgata o conceito elaborado por São Vicente sobre a natureza do poder Moderador, e, depois, conclui que

as atribuições do poder Moderador são essenciais em qualquer organização política [...] e, com efeito, uma Constituição que não encerrasse em si as atribuições moderadoras seria uma máquina incapaz de funcionar algum tempo sem estalar e desorganizar-se.³⁸

Para o jurista, valendo-se da argumentação de Constant, as finadas Constituições pereceram justamente por não terem destacado um poder que aglutinasse todas as atribuições moderadoras; daí o grave equívoco de se entregar ao poder Executivo tal mister, pois os ministros ou chefiam partidos ou estão a cargo destes. A necessária independência só seria alcançada se as funções moderadoras fossem desempenhadas pelo monarca, porque alheio às disputas partidárias.

³⁵ KUGELMAS, Eduardo. Marquês de São Vicente. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.292

³⁶ KUGELMAS, Eduardo. Marquês de São Vicente. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.292

³⁷ Nascido em 1807, em Paris, elegeu-se, pela primeira vez deputado provincial pelo Rio de Janeiro em 1835. Daí em diante sua carreira progrediu rapidamente: deputado geral em 1836, ministro da Justiça em 1841, ministro dos Negócios Estrangeiros em 1843, senador a partir de 1849 e membro do Conselho de Estado a partir de 1853. Líder político e teórico do Partido Conservador, suas idéias marcaram significativamente a estrutura política do Império, por ter sido um dos responsáveis pela centralização política e administrativa do Segundo Reinado. Sua obra máxima foi o Ensaio sobre Direito Administrativo, texto básico para compreender a visão conservadora do exercício do poder no Brasil. VAINFAS, Ronaldo(organizador). Dicionário do Brasil Imperial(1822-1889). 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva,2002. p.566

³⁸ CARVALHO, José Murilo. Visconde do Uruguai. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.341

Para URUGUAI (2002), a verdadeira natureza do Poder Moderador é conservadora, “... o direito de manter o que existe pertence necessariamente ao poder real, e o constitui autoridade neutra e preservadora; e que o direito de propor o estabelecimento do que ainda não existe pertence ao poder ministerial, ao Executivo. É o poder do movimento.”³⁹ A partir desta tese, passa o autor a examinar de forma minudenciosa as diferenças entre um e outro poder. Assim, afirma,

o imperador exerce o poder Moderador privativamente, por uma delegação da nação, como chefe supremo dela, como seu primeiro representante, e não como chefe do poder Executivo. Prova evidente de que a Constituição quis separar completamente o poder Moderador do Executivo.⁴⁰

Adiante acrescenta,

o imperador não é o poder Executivo, não constitui por si só o poder Executivo. É simplesmente o chefe do poder Executivo. Não confundamos a parte com o todo. É o chefe de um corpo composto de agentes de cuja referenda dependem os atos desse poder, e sem a qual não podem ser executados. Por mais importante que seja a parte que possa caber ao imperador como chefe do poder Executivo, nesse corpo não é ele o mesmo corpo. Os ministros, por isso mesmo que são responsáveis, não podem ser agentes passivos.⁴¹

Desse modo, é correta a ilação de que para URUGUAI (2002), o necessário equilíbrio constitucional passa por definir com rigor as fronteiras entre os poderes Moderador e Executivo.

Para rebater a tese da referenda dos atos do poder Moderador pelos ministros, URUGUAI (2002) colaciona argumentos de ordem legal e teórica. Primeiro, relembra o texto da Constituição que

todos os poderes políticos são delegações da nação, artigo 12. Mas o poder Moderador não é delegação, como os outros, simplesmente por virtude da disposição geral desse artigo 12, é delegação especial e privativa, por virtude do artigo 98, que diz: ‘ e é delegado privativamente ao imperador’.⁴²

³⁹ CARVALHO, José Murilo. Visconde do Uruguai. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.345

⁴⁰ CARVALHO, José Murilo. Visconde do Uruguai. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.349

⁴¹ CARVALHO, José Murilo. Visconde do Uruguai. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.349

⁴² CARVALHO, José Murilo. Visconde do Uruguai. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.354

Daí, porque, falar em referenda ministerial seria pôr o poder Moderador abaixo do Executivo, “é por certo refundir o que a Constituição separou [...] é fazer depender o fiscal do fiscalizado”⁴³; nas palavras do jurista URUGUAI (2002), “ a referenda obrigatória dos ministros, para a exequibilidade dos atos do poder Moderador, é portanto uma usurpação de uma delegação nacional”⁴⁴. Ao fim, arremata a questão:

privativamente, em português, quer dizer com exclusão dos outros. Foi sempre essa a significação que teve essa palavra. Com exclusão de outros. Que outros? Não pode ser senão de outros poderes, a saber o Legislativo, o Executivo e o Judicial. Se pertencesse ao imperador como chefe do poder Executivo, não seria mais privativo, porque os agentes deste último poder, os ministros, teriam quinhão nele. Não se daria a exclusão que a Constituição quer.⁴⁵

Também rebatia a tese de que a praxe de os ministros lançarem suas assinaturas como referendas aos atos do Imperador significasse a responsabilidade ministerial. Para ele, não era esse o entendimento da Constituição, e era essencial que se preponderasse o texto constitucional, pois “do fato não se conclui o direito”⁴⁶.

Em suma, para Uruguai a leitura da Constituição encaminha o intérprete a uma inexorável conclusão: a de que os atos executados pelo poder Moderador prescindem da assinatura ministerial, são exequíveis por si mesmos.

5.3 Afonso Arinos de Mello Franco⁴⁷

A obra legada por Afonso Arinos é de imensa valia para o estudo do direito constitucional, em geral, e, em específico, do Poder Moderador. BONAVIDES e PAES DE ANDRADE (2006), em sua História constitucional brasileira, recuperam a exegese do jurista para desvendar o segredo contido no artigo 98 da Constituição do Império.⁴⁸

⁴³ CARVALHO, José Murilo. Visconde do Uruguai. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.349

⁴⁴ CARVALHO, José Murilo. Visconde do Uruguai. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.354

⁴⁵ CARVALHO, José Murilo. Visconde do Uruguai. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.354

⁴⁶ CARVALHO, José Murilo. Visconde do Uruguai. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.382

⁴⁷ Nascido em 1905, em Belo Horizonte, político, jurista, historiador e memorialista, elegeu-se deputado federal por MG 1947-1959, senador pelo DF 1959-1961, ministro das Relações Exteriores em 1961, senador pela Guanabara 1961-1962, ministro das Relações Exteriores em 1962, senador pela GB 1962-1967, constituinte em 1987-1988 e senador RJ 1987-1990. Conferir: ABREU, Alzira Alves(organizadora).Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro, volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora FGV,2001.p.336.

⁴⁸ In verbis, 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

Assim, após rememorarem o teor do dispositivo e o conceito cunhado por Constant - “o poder moderador é a chave de cúpula de toda a organização política”, lançam a lição de Arinos: “ Chave ou fecho de cúpula, como se sabe, é a pedra que equilibra todas as forças das outras pedras em uma abóbada, impedindo que ela desmorone. O conselho de Estado escreveu simplesmente: ‘ o poder moderador é a chave de toda organização política’”⁴⁹. A seguir, esclarece o jurista:

Não se disse ‘a chave de cúpula’. Facilitou-se, com isto, a interpretação de que o Poder Moderador não era o ponto de equilíbrio entre todas as forças que se encontravam naquele nível, mas uma que abria qualquer porta. Isso fez com que o Imperador, aliás, perfeitamente dentro de suas atribuições, usasse o Poder Moderador como chave. Ele abria a porta do Partido Liberal, abria a porta do Partido Conservador, dissolvia quando quisesse a Assembléia Geral, demitia ministros [...] o exercício de tal poder sempre enfraqueceu a organização partidária imperial. Com o tempo, os ataques dos partidos ao Poder Moderador foram se transformando em oposições a Pedro II.⁵⁰

Num estudo específico sobre o constitucionalismo brasileiro do século XIX, ARINOS (1957) dedica algumas páginas a este poder. Busca, inicialmente, compreender as razões por que fora inserido no texto constitucional. Nesse sentido, afirma:

Quando D. Pedro I introduziu na Constituição o mecanismo imaginado por Benjamim Constant, o fez, provavelmente, mais no intuito de alargar o seu poder pessoal do que no de estabelecer um equilíbrio neutro entre os demais poderes. O Poder Moderador teria sido, assim, no dizer expressivo de grande jurista brasileiro[Clóvis Beviláqua], ‘ um enxerto do absolutismo introduzido na Carta constitucional. ’⁵¹

Em seguida, narra a querela à respeito da responsabilidade dos atos do monarca, que colocava em lados opostos liberais e conservadores, e se posiciona:

⁴⁹ MELO FRANCO, Afonso Arinos. O pensamento constitucional brasileiro. apud: BONAVIDES, Paulo e PAES DE ANDRADE, Antônio. História constitucional do Brasil. 8ª edição. Brasília: Editora OAB, 2006. p.101.

⁵⁰ MELO FRANCO, Afonso Arinos. O pensamento constitucional brasileiro. apud: BONAVIDES, Paulo e PAES DE ANDRADE, Antônio. História constitucional do Brasil. 8ª edição. Brasília: Editora OAB, 2006. p.101.

⁵¹ MELLO FRANCO, Afonso Arinos. Estudos de direito constitucional. 1ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 246.

assim, se se entendesse literalmente o título V da Constituição imperial, o poder Moderador não tinha a quem dar contas dentro das atribuições que lhe eram marcadas. Era, pois, absoluto, embora limitado. Mas, dentro desta limitação se encontrava os atos mais importantes para a vida do Estado.⁵²

Em seu Direito Constitucional, ARINOS (1976) retoma o assunto e demonstra que melhor razão assistia aos conservadores, porque

se os ministros fossem co-responsáveis nos seus atos, o imperador só poderia praticá-los com o referendo ministerial. E como o referendo ministerial poderia causar a queda do gabinete, no Parlamento, seguia-se, logicamente, que o Poder Moderador deixava de ser árbitro entre os demais poderes, uma vez que seus atos, no fim das contas, ficavam dependendo da aprovação de um deles. Daí, parece-nos não há sair. Toda a argumentação liberal em torno do Poder Moderador era, no fundo incompatível com a própria instituição, com a sua declarada razão de ser.⁵³

Ao final de suas reflexões, ARINOS (1957) declara que o êxito ou o malogro do Império passava pela solução desta controvérsia:

o problema da responsabilidade ministerial pelos atos do Poder Moderador era inerente à possibilidade do Império evoluir para a prática do governo parlamentar. Ou se admitia o princípio e se ia criando o costume constitucional da responsabilidade política do ministério perante as Câmaras, pelos atos do Imperador, ou ficava prevalecendo a letra da Constituição e, em tal caso o ‘enxerto absolutista’ de que fala Clóvis Bevilacqua seria, afinal, a força decisiva no jogo das instituições.⁵⁴

5.4 Tobias Barreto⁵⁵

⁵² MELLO FRANCO, Afonso Arinos. Estudos de direito constitucional. 1ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 246

⁵³ MELLO FRANCO, Afonso Arinos. Direito Constitucional. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 162 e 163

⁵⁴ MELLO FRANCO, Afonso Arinos. Estudos de direito constitucional. 1ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 248.

⁵⁵ Nascido em 1839, em Sergipe, bacharelou-se em Direito em Recife no ano de 1869. Notabilizou-se pelo magistério, carreira que dedicou toda a vida. Ideólogo da Escola do Recife, foi o responsável pela introdução das teses acerca do positivismo e do cientificismo do direito e pela divulgação das idéias filosóficas do movimento realista-naturalista, influenciando toda a elite intelectual do país. Publicou, entre outras obras, o livro A questão do poder moderador e outros ensaios brasileiros. Conferir: VAINFAS, Ronaldo(organizador). Dicionário do Brasil Imperial(1822-1889). 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva,2002. p.698.

Em suas Preleções de direito constitucional, TOBIAS BARRETO (1977) analisa alguns artigos da Constituição de 1824. Ao tratar especificamente do artigo 10, que reconhece os quatro poderes, assim comenta a respeito do Poder Moderador

não pode deixar de ser um poder de ordem superior aos outros. Ora, se o Poder Moderador é superior aos outros poderes, esses outros não são independentes, visto como aquele tem autoridade para resolver em última análise todas as pendências dos outros. Se esses poderes não são independentes, a Constituição mentiu no artigo 9º [neste dispositivo, a Constituição declara: ‘a divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos’]. Que independência pode existir entre os poderes de categorias diferentes, subordinados uns aos outros? Serão independentes do Poder Moderador os outros poderes, que estão obrigados a recorrer a ele, quando houver, dúvidas sobre duas respectivas atribuições? [...] Vê-se, portanto, que a própria Constituição encarregou-se de desmentir seu asserto do artigo 9º.⁵⁶

Para EVARISTO DE MOARES FILHO (1977), Tobias Barreto enxergava no mau emprego deste poder a causa para o arbítrio e o despotismo impostos pela vontade centralizadora e inquestionável do imperador⁵⁷.

Contudo, BARRETO (1977) não considerava a discussão sobre o Poder Moderador de suma importância. No início do seu ensaio, A questão do poder Moderador, logo advertia os leitores: “começo por fazer uma estranha confissão. Não descubro neste assunto o que seja capaz de interessar os espíritos que uma vez adquirindo o senso das grandes coisas, recusam pagar tributo às frivolidades do dia”.⁵⁸

Após esta crítica mordaz, BARRETO (1977) continua sua reflexão condenando os intelectuais por tentarem transportar uma realidade ou um sistema de governo (parlamentarismo), no caso o inglês, para o Brasil, sob o pretexto de solucionar todos os nossos males. São suas palavras: “... para quem a solução de todas as questões depende de um fato único e simples. Eis o caso: o Brasil tornar-se inglês em assunto de governo,

⁵⁶ BARRETO, Tobias. A questão do poder Moderador e outros ensaios brasileiros. 1ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1977. p. 139

⁵⁷ BARRETO, Tobias. A questão do poder Moderador e outros ensaios brasileiros. 1ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1977. p. 57

⁵⁸ BARRETO, Tobias. A questão do poder Moderador e outros ensaios brasileiros. 1ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1977. p. 81

continuando porém a ser ele mesmo em religião, ciência, indústria...”⁵⁹ Desse modo, ele logo afasta a possibilidade do governo parlamentar, em razão do texto constitucional,

convém banir essas idéias do constitucionalismo liberal, e deixar que o imperador seja o que a Constituição quis que ele fosse, isto é, independente, preponderante e soberano.⁶⁰

Para BARRETO (1977), o parlamentarismo inglês era fruto das tradições e da “penetração recíproca entre Estado e sociedade”⁶¹. No caso brasileiro, um e outra viviam divorciados. Debalde, portanto, impor uma abstração, pois se “... as instituições não são filhas dos costumes, mas um produto abstrato da razão [...] vão logo quebrar-se contra os fatos. Indubitavelmente o nosso governo se acha em tal estado.”⁶²

No que tange propriamente ao Poder Moderador, BARRETO (1977) dedica-se mais à glosa de outras obras, notadamente de Zacarias de Góis e Vasconcelos e Brás Florentino. Em ambos os casos, crítica ora a ilogicidade de um, ora o estilo prolixo do outro, “quer de um, quer de outro lado, é inegável, a ciência não aufere o mínimo proveito”.⁶³ Contesta sobremodo a linha argumentativa utilizada por Zacarias, que segundo Tobias Barreto, tomava como regra inconteste os modelos de constitucionalismo praticados na Europa, tentando aplicá-los às nossas instituições, sem todavia, adequá-los a nossa realidade constitucional. Diz BARRETO (1977):

é fazer como o Sr. Zacarias [...] no intuito de provar que o imperador não é o imperador, superior e preexistente a todos os poderes políticos, como fê-lo a Constituição, porém somente aquilo que o publicista liberal queria que ele fosse, isto é, um grande nada, no estilo do protoconstitucionalismo britânico, um capitel suntuoso, mas também inofensivo, da coluna do Estado.⁶⁴

5.5 Paulo Bonavides e Paes de Andrade

⁵⁹ BARRETO, Tobias. A questão do poder Moderador e outros ensaios brasileiros. 1ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1977. p. 84

⁶⁰ BARRETO, Tobias. A questão do poder Moderador e outros ensaios brasileiros. 1ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1977. p. 85

⁶¹ BARRETO, Tobias. A questão do poder Moderador e outros ensaios brasileiros. 1ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1977. p. 86

⁶² BARRETO, Tobias. A questão do poder Moderador e outros ensaios brasileiros. 1ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1977. p. 87

⁶³ BARRETO, Tobias. A questão do poder Moderador e outros ensaios brasileiros. 1ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1977. p. 107

⁶⁴ BARRETO, Tobias. A questão do poder Moderador e outros ensaios brasileiros. 1ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1977. p. 107

Na obra História constitucional do Brasil, BONAVIDES e PAES DE ANDRADE (2006) vislumbram a Constituição de 1824 como um amálgama de liberalismo e absolutismo. Este, evidentemente, em razão da inserção do poder Moderador, que para os autores significava “a constitucionalização do absolutismo”⁶⁵. O modelo imposto pelo texto constitucional ia de encontro às teorias políticas de então, “em suma, o poder Moderador, qual constava da Constituição, se opunha tanto a doutrina de Montesquieu, da separação de poderes, como à de Constant, que era a doutrina do poder neutro ou poder judiciário dos demais poderes”⁶⁶. Nestes termos, alcançava Pedro I o texto que lhe era mais aprazível: “... liberal em matéria de direitos individuais, mas centralizadora e autoritária da soma dos poderes que concedia ao monarca constitucional.”⁶⁷

5.6 Frei Caneca⁶⁸

Logo após a dissolução da Constituinte de 23, Pedro I determinou que um conselho recém-criado elaborasse um novo texto, mais afeito aos seus interesses e “duplicadamente mais liberal” que o anterior. Para revesti-lo de certa legitimidade e resguardar a imagem de um imperador liberal, determinou que assim que concluído o projeto da nova Constituição, ele deveria passar pelo crivo das Câmaras municipais. Desta consulta, a quase unanimidade dos votantes colocou-se favorável à imediata outorga da Carta. Todavia, em Pernambuco, o projeto foi veementemente contestado por Frei Caneca.

Em seu memorável voto, FREI CANECA (2001) faz um libelo contra o absolutismo. Fê-lo, primeiramente, contestando a origem espúria do projeto, isto é, da pena do monarca e não de um órgão constituinte, representante da soberania nacional. Preleciona CANECA (2001):

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo e PAES DE ANDRADE, Antônio. História constitucional do Brasil. 8ª edição. Brasília: Editora OAB, 2006. p.106.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo e PAES DE ANDRADE, Antônio. História constitucional do Brasil. 8ª edição. Brasília: Editora OAB, 2006. p.106.

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo e PAES DE ANDRADE, Antônio. História constitucional do Brasil. 8ª edição. Brasília: Editora OAB, 2006. p.89.

⁶⁸ Nascido em 1779, Joaquim da Silva Rabelo, conhecido como Frei do Amor Divino Caneca, foi revolucionário em 1817 e líder da Confederação do Equador de 1824. Alinhava-se como ardoroso defensor do liberalismo. Entre outras obras, destaca-se o voto proferido em 1824 por ocasião do juramento do projeto de Constituição apresentado por Pedro I. Conferir: VAINFAS, Ronaldo (organizador). Dicionário do Brasil Imperial(1822-1889). 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva,2002. p.300.

a soberania, isto é, aquele poder sobre o qual não há outro reside na nação essencialmente; e deste principio nasce como primária consequência que a mesma nação é que se constitui [...] logo é sem questão que a mesma nação, ou pessoa de sua comissão, é quem deve esboçar a sua Constituição, purificá-la das imperfeições e afinal estatuí-la; portanto como s.m.i. não é nação, não tem soberania, nem comissão da nação brasileira para arranjar esboços de Constituição e apresentá-los, não vem esse projeto de fonte legítima, e por isso se deve rejeitar por exceção de incompetência. Muito principalmente quando vemos que estava a representação nacional usando da sua soberania em constituir a nação, e s.m., pelo mais extraordinário despotismo e de uma maneira mais hostil, dissolveu a soberana Assembléia e se arrogou o direito de projetar Constituições.⁶⁹

CANECA (2001) expõe o que seria a sua ideia de Constituição:

uma Constituição não é outra coisa que a ata do pacto social, que fazem entre si os homens quando se ajuntam e se associam para viver em reunião ou sociedade. Esta ata, portanto, deve conter a matéria sobre o que se pactuou, apresentando as relações em que ficam os que governam e os governados. Essas relações a que se dão o nome de deveres e direitos, devem ser tais que defendam e sustentem a vida dos cidadãos, a sua liberdade, a sua propriedade, e dirijam todos os negócios sociais à sua conservação, bem-estar e vida cômoda.⁷⁰

Após as lições de verdadeira teoria constitucional, CANECA (2001) critica ferozmente o poder Moderador, antítese de todo o seu pensamento liberal: “o poder Moderador da nova invenção maquiavélica é a chave mestra da opressão da nação brasileira e o garrote mais forte da liberdade dos povos”.⁷¹ A diante, refuta as atribuições cabidas ao poder Moderador, sobremaneira aquela que lhe permite dissolver a Câmara. Vê nisso uma hegemonia do Senado, casa que segundo ele acolhe os “apaniguados do imperador”.⁷² A disfunção deste mecanismo está em depurar ao máximo as representações contrárias ao entendimento da Coroa, logrando, assim, que a Câmara se unisse ao Senado no servilismo ao Imperador.

⁶⁹ MELLO, Evaldo Cabral de. Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2001. p.564

⁷⁰ MELLO, Evaldo Cabral de. Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2001. p.559

⁷¹ MELLO, Evaldo Cabral de. Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2001. p.561

⁷² MELLO, Evaldo Cabral de. Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2001. p.561

Ao fim do seu voto, clama pela rejeição do projeto:

é por todas estas razões que eu sou de voto que se não adote e muito menos jure o projeto de que se trata, por ser inteiramente mau, pois não garante a independência do Brasil, ameaça a sua integridade, oprime a liberdade dos povos, ataca a soberania da nação, e nos arrasta ao maior dos crimes contra a divindade, qual o perjúrio, e nos é apresentado da maneira mais coativa e tirânica.⁷³

5.7 Borges de Medeiros⁷⁴

O político gaúcho publicou em 1933 um breve livro chamado O Poder Moderador na república presidencial em que expunha um anteprojeto de Constituição para o Brasil, incluindo, como o próprio título sugere, o Poder Moderador.

No anteprojeto, o Poder Moderador estava previsto da seguinte forma:

art.82: o poder moderador é delegado privativamente ao presidente da República. O presidente é o supremo magistrado da nação, e o seu primeiro representante, a quem incumbe incessantemente velar sobre os destinos da República, e sobre a conservação, equilíbrio e independência dos demais poderes políticos, assim como sobre a inviolabilidade dos direitos fundamentais.⁷⁵

Na sistemática de MEDEIROS (2002), o Poder Moderador se aproximava da sua concepção original, cunhada por Constant, e se afastava do modelo da Constituição de 1824. Isto porque ele expressamente separou o Poder Moderador do poder Executivo. Assim se justificava: “[...] só um poder supremo, neutro, mediador, moderador, separado e independente dos outros poderes, há de fazer que o presidente seja realmente não só o primeiro representante como também o primeiro magistrado da

⁷³ MELLO, Evaldo Cabral de. Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2001. p.566

⁷⁴ Nascido em Caçapava do Sul, Rio Grande do Sul, em 1863, bacharelou-se em 1885 na Faculdade de Direito do Recife, para onde havia se transferido no ano anterior. A partir da proclamação da República, passou a exercer importante influência na política gaúcha, integrando a sua bancada junto à Assembléia Nacional Constituinte de 1890 e 1891. Entre os anos de 1898 e 1928 ocupou diversas vezes a Presidência do Estado do Rio Grande do Sul. Apoiou a indicação de Vargas à liderança da Aliança Nacional e lutou favoravelmente à constitucionalização do Brasil, após o governo provisório de Vargas. Participou da Assembléia Constituinte de 1934, compondo o bloco de oposição ao governo. Foi cassado em 1937 com o advento do Estado Novo e, assim, afastou-se da vida política. Conferir: ABREU, Alzira Alves (organizadora). Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro, volume III. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001. p.3656.

⁷⁵ MEDEIROS, Borges. O poder moderador na República Presidencial. 1ª edição. Caxias do Sul: EDUCS, 2002. p. 140 e 141.

nação [...]”⁷⁶. O Poder Executivo está disposto no artigo 109 do anteprojeto com a seguinte redação:

O poder Executivo é delegado a um conselho de ministros, nomeados pelo presidente da República, com a aprovação da Assembléia nacional, ou da sua comissão permanente. O Presidente da República designará o ministro a quem caiba presidir o conselho ministerial.⁷⁷

Outro ponto fundamental na sua teoria é a origem democrática desse presidente a quem compete o exercício do Poder Moderador,

a eleição direta é, pois, uma condição elementar a tão alta investidura, porque só o voto popular lhe poderá conferir com o caráter de principal mandato entre todos os mandatos, como deverá ser o do primeiro representante da Nação.⁷⁸

Previa, inclusive, o instituto da reeleição para o presidente, fundamentando-se na curial distinção de suas funções com o poder Executivo, “[...] desde que o presidente não é mais o chefe do poder executivo [...] que é o que de razoável resta para opor-se à reeleição?”⁷⁹ e arremata,

a recondução de um presidente, que só tenha dado provas de integridade e habilidade, é útil à República e à estabilidade da ordem constitucional; é mais ainda, uma possibilidade de continuidade administrativa, pois que o presidente reeleito poderá, com o assentimento da assembléia, reconduzir também o ministério que houver feito jus à permanência no poder.⁸⁰

Em prefácio à obra em comento, VICTOR FACCIONI (2002) acentua o seu vanguardismo, afirmando que: “Borges de Medeiros, na verdade, se antecipou à França de De Gaulle e a Portugal, de Mário Soares.”⁸¹

⁷⁶ MEDEIROS, Borges. O poder moderador na República Presidencial. 1ª edição. Caxias do Sul: EDUCS, 2002.p. 116.

⁷⁷ MEDEIROS, Borges. O poder moderador na República Presidencial. 1ª edição. Caxias do Sul: EDUCS, 2002.p. 147.

⁷⁸ MEDEIROS, Borges. O poder moderador na República Presidencial. 1ª edição. Caxias do Sul: EDUCS, 2002.p. 116 e 117.

⁷⁹ MEDEIROS, Borges. O poder moderador na República Presidencial. 1ª edição. Caxias do Sul: EDUCS, 2002.p. 117.

⁸⁰ MEDEIROS, Borges. O poder moderador na República Presidencial. 1ª edição. Caxias do Sul: EDUCS, 2002.p. 117.

⁸¹ MEDEIROS, Borges. O poder moderador na República Presidencial. 1ª edição. Caxias do Sul: EDUCS, 2002.p. 17. Defendendo também a atualidade do assunto: BARRETTO, Vicente e PAIM, Antônio. Evolução do pensamento político brasileiro. 1ª edição. Belo Horizonte: Itatiaia, 1989. p.122.

A proximidade entre a teoria do poder Moderador e a figura do Chefe de Estado – como já a percebera Borges de Medeiros- no regime semipresidencialista é reiterada por MANOEL GONÇALVES(2001) que afirma:

já se vê que o papel do Presidente da República, na Constituição francesa de 1958, vai muito além do que é deferido ao chefe de Estado no parlamentarismo. Lembra, antes, o Poder Moderador no modelo de Constant, que a Constituição brasileira de 1824 consagrou.⁸²

Ao analisar a natureza do sistema semipresidencial⁸³, JORGE MIRANDA (2007) destaca que:

nesta existência de um terceiro centro autônomo de poder está o cerne da categoria do sistema semiparlamentar, ainda que o conteúdo desse poder varie bastante: pode suceder que o Governo seja tanto responsável politicamente perante o Chefe de Estado como perante o Parlamento, e pode suceder que a intervenção do Chefe de Estado seja mais na linha do ‘Poder Moderador’.⁸⁴

5.8 Zacarias de Góis e Vasconcelos⁸⁵

O líder liberal publicou em 1860 a sua obra *Da natureza e limites do poder Moderador*. À época, surgiu o seu texto como um contraponto às leituras conservadoras sobre o Poder Moderador, contidas nas obras de Uruguai, Pimenta Bueno e Brás Florentino.

⁸² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 205.

⁸³ Alexandre Moraes leciona que num regime semipresidencial ou semiparlamentar- termos equivalentes- o “presidente da república exerce um cargo para garantir a independência e a integridade do país, e não, simplesmente, para governá-lo; exerce, ainda, a grave missão de árbitro entre o Governo e o Parlamento, pois no regime parlamentarista moderno esse equilíbrio é comumente rompido, gerando graves crises políticas e havendo necessidade da existência de uma Instituição- Presidência da República-, que atue como árbitro entre os poderes.” MORAES, Alexandre. *Presidencialismo*. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2004. p.81.

⁸⁴ MIRANDA, Jorge. *Formas e sistemas de governo*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.75.

⁸⁵ Nascido na cidade Valença (Bahia), a 5 de novembro de 1815. Formou-se pela Faculdade de Direito de Olinda e ali exerceu o magistério. Iniciou-se na vida pública no Partido Conservador, do qual se retiraria em 1861, para ingressar na Liga Constitucional, aliança firmada entre conservadores moderados e liberais progressistas, que acarretou na formação do Partido Progressista. Presidiu as províncias de Sergipe, do Piauí e do Paraná. Elegeu-se deputado sucessivas legislaturas e entrou para o Senado em 1863, tomando assento pela Bahia. Ocupou as pastas da Marinha, do Império, da Justiça e da Fazenda em diferentes ministérios, sendo que, por três vezes, assumiu a presidência do Conselho de Ministros. Deixou importante obra parlamentar, onde se destaca, dentre outras contribuições, o título *Da natureza e limites do Poder Moderador*. Conferir: VAINFAS, Ronaldo(organizador). *Dicionário do Brasil Imperial(1822-1889)*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva,2002. p.724.

A síntese de seu pensamento vem nesse curto trecho de um discurso proferido no Senado em 1869:

temos o poder Executivo e o poder Moderador; no poder Executivo a iniciativa ministerial é saliente [...]. Quanto aos atos do poder Moderador a iniciativa é da Coroa, mas o ministério, que é executor não só dos atos do Executivo, senão também de todos os atos da realeza, pode dizer respeitosamente à Coroa: ‘ não presto assentimento à medida, não lhe dou minha assinatura’. Suposto isso, teremos o poder Moderador pertencendo à Coroa, como querem os conservadores, o poder Executivo nas mãos dos ministros, e a responsabilidade dos ministros em todos os atos da realeza[...] mais tarde ou mais cedo há de vir a estabelecer-se regularmente a doutrina que os liberais seguem, porque, senão, teremos governo absoluto; os atos do poder Moderador hão de sempre ser sustentados pela responsabilidade dos ministros[...], senão a revolução terá de vir. E nenhuma revolução procede da imprudência deste ou daquele partido, as revoluções vêm sempre de cima. E para que as revoluções se evitem, é preciso pôr sal na cabeça do peixe.⁸⁶

GÓIS E VASCONCELOS (2002) dedicou-se principalmente a respeito da tese da responsabilização ministerial pelos atos do Poder Moderador. Ele não discutia a natureza do referido poder, nem a questão da sua extinção. Era, portanto, necessário distinguir entre o que seria uma monarquia constitucional de um governo absolutista. Se neste a irresponsabilidade lhe é intrínseca, naquela

a irresponsabilidade em tudo e por tudo depende da responsabilidade ministerial, de sorte que se não concebe poder neutro irresponsável sem ser, com efeito, neutro, sem ministros que, com a própria responsabilidade, completamente o ressalvem.⁸⁷

Colocando o poder Moderador em questão expressava que:

não há meio termo: em país livre, ou, pelo menos, não de todo escravo, ou o chefe do 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

⁸⁶ OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles. Zacarias de Góis e Vasconcelos. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.09

⁸⁷ OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles. Zacarias de Góis e Vasconcelos. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.33

que decorre da índole do sistema político consagrado na lei fundamental do país.⁸⁸

O cerne da sua tese estava na questão de que o imperador não praticava ato algum sem a concorrência dos ministros, dizia ele:

se os atos do poder Moderador prescindissem da assinatura dos ministros, teriam de ser expedidos só com o nome do imperador, porque o Conselho de Estado foi instituído somente para dar conselhos, e portanto não há, absolutamente, na Constituição, quem, na falta dos ministros de Estado, possa dar execução a tais atos. Isso, porém, que a razão política chamaria de rematado absurdo, a prática felizmente nunca tolerou no país, sendo certo que todos os atos do poder Moderador são expedidos por intermédio dos ministros de Estado.⁸⁹

Conforme afirma CECÍLIA OLIVEIRA (2002), os fundamentos utilizados por Zacarias, não eram só de natureza de teoria política. Sua grande parte advinha a partir da experiência institucional brasileira e também do “espírito” dos dispositivos constitucionais.⁹⁰

6 CONCLUSÃO

O pensamento político de Benjamin Constant está alicerçado em premissas profundamente liberais: a afirmação dos direitos individuais clássicos e a estabilidade constitucional do Estado. O modelo da experiência parlamentar britânica serviu-lhe como antípoda ao conturbado cenário político francês, instalado com a Revolução Francesa, nos fins do século XIX. Todavia, a adoção da teoria de Constant no constitucionalismo brasileiro prestar-se-ia a outra finalidade, qual seja, o robustecimento do poder político da Monarquia. Ademais, a própria recepção da teoria de Benjamin Constant entre juristas e filósofos foi bastante divergente, denotando algumas vezes nítida coloração ideológica ou mesmo partidária.

⁸⁸ OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles. Zacarias de Góis e Vasconcelos. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.26 e 27

⁸⁹ OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles. Zacarias de Góis e Vasconcelos. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.34

⁹⁰ OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles. Zacarias de Góis e Vasconcelos. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002. p.33

REFERÊNCIAS

- ABREU, Alzira Alves (organizadora). **Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro**, volume III. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.
- BARRETO, Tobias. **A questão do poder Moderador e outros ensaios brasileiros**. 1ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 1977
- BARRETTO, Vicente e PAIM, Antônio. **Evolução do pensamento político brasileiro**. 1ª edição. Belo Horizonte: Itatiaia, 1989.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12ª edição. Brasília: Editora UNB, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Reflexões, Política e Direito**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BONAVIDES, Paulo e PAES DE ANDRADE, Antônio. **História constitucional do Brasil**. 8ª edição. Brasília: Editora OAB, 2006.
- CARVALHO, José Murilo. **Visconde do Uruguai**. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002
- CONSTANT, Benjamin. **Escritos de política**. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- KUGELMAS, Eduardo. **Marquês de São Vicente**. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002
- MEDEIROS, Borges. **O poder moderador na República Presidencial**. 1ª edição. Caxias do Sul: EDUCS, 2002.
- MELLO, Evaldo Cabral de. **Frei Joaquim do Amor Divino Caneca**. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2001.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos. **Estudos de Direito Constitucional**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos e PILLA, Raul. **Presidencialismo ou parlamentarismo?** 1ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 1958.
- MIRANDA, Jorge. **Formas e sistemas de governo**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MORAES, Alexandre. **Presidencialismo**. 1ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.
- OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles. **Zacarias de Góis e Vasconcelos**. 1ª edição. São Paulo: Editora 34, 2002.
- VAINFAS, Ronaldo (organizador). **Dicionário do Brasil Imperial (1822-1889)**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.