

ARTHUR NADÚ RANGEL

**O PODER MODERADOR NO ESTADO
BRASILEIRO**

Belo Horizonte - MG

2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

O PODER MODERADOR NO ESTADO BRASILEIRO

Arthur Nadú Rangel

Dissertação de mestrado em direito
apresentada, sob orientação do professor
Doutor **Joaquim Carlos Salgado** ao
Programa de Pós-graduação em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Minas Gerais.

Belo Horizonte - MG
2018

Rangel, Arthur Nadú

R196p O poder moderador no Estado brasileiro / Arthur Nadú
Rangel. –
2018.

Orientador: Joaquim Carlos Salgado.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Brasil – História – Império – 1822-1899
3. Poder moderador – Brasil 4. Forças armadas – Teses I.Título

CDU(1976) 342.5(81)

ARTHUR NADÚ RANGEL

O PODER MODERADOR NO ESTADO BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais, como parte das exigências do Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG, área de concentração Estado, Razão e História. Projeto coletivo: Estudos Estratégicos. Para obtenção do título de Mestre.

Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado (Orientador) – UFMG

Prof. Dr. Paulo Roberto Cardoso - FDUFG

Prof. Dr. Ricardo Henrique de Carvalho Salgado – UFMG

Belo Horizonte ____ de Janeiro de 2019

Agradecimentos

Primeiramente agradeço a Deus por toda a sua bondade e fidelidade;

Agradeço a minha amada Esposa, Karla Rebeca de Queiroz Rangel, por sempre estar junto a mim em perfeita dialética e sem a qual esta pesquisa não seria possível;

Ao meu Orientador Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, que com enorme paciência e dedicação esteve ao meu lado, sempre disposto e pronto a doar seu grande conhecimento e a sua fundamental atenção;

Aos meus Pais, que tudo por mim fizeram e me trouxeram ao lugar onde estou, sempre amigos e dispostos;

Ao Prof. Dr. Paulo Roberto Cardoso, pela sua inestimável amizade, carinho, conhecimento e disposição nos debates e nas aulas, e além disso por seu pensamento no país acima de todas as coisas;

Ao Prof. Dr. Ricardo Henrique de Carvalho Salgado, meu eterno professor e pessoa em quem eu sempre me inspiro;

Ao Prof. Dr. José Luiz Borges Horta, pela dureza e amor, que sempre me guiou pelos mais profundos caminhos do saber;

Ao Prof. Dr. Marcelo Campos Galuppo, pelo conhecimento e pela eterna disposição em ensinar;

Ao meu grande Amigo, Rodrigo Marzano Antunes Miranda, que sempre esteve ao meu lado, sempre disponível com uma mão amiga e com brilhantes olhares do conhecimento;

Aos inestimáveis colegas dos Seminários Hegelianos, que me proporcionaram os mais felizes dias na Vetusta Casa de Afonso Pena;

Ao Pr. Wallace Monteiro, por me guiar com amor e conhecimento no caminho do Senhor;

As Forças Armadas do Brasil, pela solicitude, pelos debates e conhecimento que em mim formaram;

A todos, meu muito obrigado.

Veio a mim a palavra do SENHOR, dizendo: Filho do homem, fala aos filhos do teu povo, e dize-lhes: Quando eu fizer vir a espada sobre a terra, e o povo da terra tomar um homem dos seus limites, e o constituir por seu atalaia; e, vendo ele que a espada vem sobre a terra, tocar a trombeta e avisar o povo; se aquele que ouvir o som da trombeta, não se der por avisado, e vier a espada, e o abater, o seu sangue será sobre a sua cabeça. Ele ouviu o som da trombeta, e não se deu por avisado, o seu sangue será sobre ele; mas o que se dá por avisado salvará a sua vida. Mas, se o atalaia vir que vem a espada, e não tocar a trombeta, e não for avisado o povo; se a espada vier, e abater uma vida dentre eles, este tal foi abatido na sua iniquidade, mas o seu sangue demandarei do atalaia. EZEQUIEL 33:1-6

Sumário

Estrutura do Texto	8
Objetivo	10
Metodologia.....	11
PRIMEIRA PARTE – O PODER MODERADOR.....	13
1. A Definição de Poder Moderador.....	24
1.1 Autores.....	28
1.1.1 A construção do Poder Neutro em Benjamin Constant	30
1.1.2 Braz Florentino e o Poder Imperial.....	39
1.1.3 O Parlamento e o Poder Moderador para Tobias Barreto	46
1.3 Finalidade do Poder Moderador	55
1.4 Poder Moderador e constituição.....	59
2. Poder Moderador e o soberano	61
2.1 Soberania e o Estado de Exceção: Carl Schmitt	63
2.2 A Exceção e a ação do Poder Moderador	75
3 Conceito.....	78
SEGUNDA PARTE – O PODER MODERADOR NO ESTADO BRASILEIRO	79
1. O Poder Moderador na Constituição de 1824	82
1.1. O Poder Imperial	89
1.2 O Poder Real e o Poder Moderador	94
2 O Poder Moderador pós-Imperial.....	97
2.1 Poder Moderador Constitucional na República.....	106
2.2 Poder Moderador na Constituição de 1988	114
2.3. Busca por equilíbrio do Poder Moderador na República	120
2.4 Limites do Poder Moderador	125
3 Preservação do Estado: Estado Democrático Brasileiro.....	129
Conclusão	132
BIBLIOGRAFIA	134
Anexos.....	139
CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL.....	139
Resumo	145
Abstract.....	145
Résumé	146
Resumen	146

Estrutura do Texto

O tema deste trabalho é de grande extensão e certa complexidade; tal complexidade se encontra na fundamentação teórica, não por sua falta, mas por sua variedade. O Poder Moderador é um elemento cada vez mais evidente na construção do Estado moderno. Não podemos considerar o Poder Moderador como um elemento simples e teórico, mas como uma teoria que busca a realidade do Estado. Como poderá ser visto no próprio trabalho, o Poder Moderador tem um efeito não sobre a soberania, mas sim a serviço da soberania e, para melhor compreensão de sua ação no Estado Brasileiro, devemos primeiramente considerar a teoria do Poder Moderador de forma planificada dentro das teorias existentes. Então para encarar esta dificuldade temos que considerar os vários autores que digridem sobre os elementos do Poder Moderador. O texto então, observando estas teorias colocadas, se dividirá de forma a planificar as teorias em um primeiro momento, buscando uma definição científica ou, para utilizar uma linguagem “hegeliana”, o conceito.

O conceito de Poder Moderador pode ser obtido através do movimento dialético do pensamento hegeliano: não precisamos negar as definições apresentadas, mas, através de um movimento filosófico, conservar e elevar, num ato de suprassunção; por este motivo o trabalho é dividido em duas partes. A primeira parte se contentará em estabelecer o conceito de Poder Moderador, mas, em ligação direta, utilizará os exemplos presentes tanto no Estado Brasileiro quanto nos autores brasileiros para a sua formação, de maneira que na segunda parte do trabalho será estabelecida a formação e a construção do Poder Moderador no Estado Brasileiro.

A construção do Poder Moderador no Estado Brasileiro, objetivo final desta dissertação, será explorada por ambas as partes, porém sua construção científica ficará a cargo da segunda parte, onde o conceito encontrado será utilizado para formar uma correlação com o caráter histórico do tema. Para essa primeira construção, devemos primeiramente considerar o Poder Moderador como uma forma em constante evolução, como em sua mudança da sua forma tradicional no Poder Imperial, com uma estrutura que muitas vezes se confundia com a própria forma absolutista de poder, incompatível com um Estado democrático moderno. Assim, o Poder Moderador deve ser considerado

não como um poder atravessador da ordem constitucional, mas como um poder de preservação da ordem constitucional colocada. A segunda parte então abordará o Poder Moderador de forma considerada presente na Constituição, dentro dos elementos já apresentados pela origem e finalidade do Poder Moderador.

A estrutura então segue a evolução apresentada pelos autores da área referenciada. A unidade do texto é a conclusão sobre a forma como o Poder Moderador é apresentado e como ele age dentro do Estado Democrático de Direito Brasileiro, não apenas como um poder presente, mas também como um poder de preservação do Estado, como apresentado pela Constituição, ou seja, um Poder Moderador presente como forma de preservação do Estado, como meio possibilitador tanto das liberdades e dos direitos como da preservação da ordem constitucional prevista e dos três poderes do Estado.

Objetivo

Apesar de envolver o estudo das Constituições Nacionais Brasileiras ao longo de sua história, o objetivo básico foi uma análise da Constituição de 1824 em comparação a Constituição de 1988, observando a instituição clara do Poder Moderador naquela Constituição em comparação à obscuridade da Constituição atual em estabelecer este Poder. Como objeto de análise complementar, foi observada uma breve história do Poder Moderador em diversos períodos da história do Brasil.

Não podemos limitar o estudo do Poder Moderador apenas a um elemento, como “Guardião da Constituição” ou “Poder do Poder”, devemos considerar esse poder como um poder efetivo, objetivo e equilibrado, embasado em uma teoria sólida e fundamentada.

Os objetos secundários serão os trabalhos científicos e filosóficos produzidos por grandes pensadores do Estado do século XVIII ao século XX, como Tobias Barreto, Benjamin Constant, Carl Schmitt, Hegel, Braz Florentino e outros grandes pensadores do Estado, observando os apontamentos teóricos levantados em relação aos ambientes sociais visados em seus trabalhos. Estes objetos foram incluídos com o objetivo de apresentar um profundo apontamento teórico na construção do Estado e na aplicação do Poder Moderador.

Devemos entender que os trabalhos desenvolvidos que serão observados servirão como parâmetro comparativo para o objeto principal deste trabalho, que é a construção do Poder Moderador no Brasil e na Constituição Brasileira.

Metodologia

A metodologia deste trabalho foi feita por meio do tipo bibliográfico e documental, baseada em fundamentação teórica específica e afim ao objeto de estudo. Tal estudo só é possível através deste método, visto que a formação do Poder Moderador é uma ação, em um primeiro momento, teórica, visando à formação em essência do Estado. Em um segundo momento, a formação será no real: o Poder Moderador irá surgir como uma ação real que protegerá a vontade popular representada pela Constituição.

Também foram utilizados, como base de pesquisa, os estudos de caso, através da documentação própria das bibliografias analisadas, bem como periódicos referentes ao tema geopolítico, bem como estudos direcionados das academias militares e estudos em geral. Deste modo, a fonte principal de obtenção de informações e dados, que embasarão esta pesquisa científica, será por meio de dados diretos dos autores renomados da área. Como fonte secundária teremos estudos científicos anteriores relacionados a área de pesquisa proposta.

Documentação indireta

Foram utilizadas para a construção deste trabalho pesquisas bibliográficas, com o objetivo de obter base teórica sobre o pensamento do Poder Moderador, e autores contemporâneos que tratem diretamente a questão, por isto, foi de grande dificuldade a obtenção de referências bibliográficas focadas no tema, visto que grande parte da bibliografia base foi composta por livros anteriores a Segunda Guerra Mundial. Para superar este problema, foram utilizados artigos científicos publicados nos últimos vinte anos, com o objetivo de traçar uma linha clara de pesquisa e pensamento. Este trabalho faz parte de um grupo de estudos que está redescobrendo no século XXI a necessidade do Poder Moderador como parte integrante dos Estudos Estratégicos, Estudos de Teoria do Estado e Estudos de Teoria da Justiça.

A pesquisa deste modo, pode ser classificada por meio de documentação indireta, atendendo a pesquisa nos referidos subtipos:

- Pesquisa Documental: Visa à coleta de dados restrita a documentos oficiais pertencentes aos órgãos técnicos responsáveis pelos projetos analisados. As principais fontes de documentos são: arquivos públicos, arquivos particulares e fontes estatísticas;

- Pesquisa Bibliográfica: tem como objetivo reunir toda a bibliografia possível sobre o tema estudado, em geral, publicações escritas;

- Busca de informações diretamente aos órgãos públicos e privados responsáveis pelos projetos listados neste trabalho, seja por e-mail, telefone ou pessoalmente.

Como esta pesquisa buscou a elaboração de um trabalho continuado em relação ao tema proposto em estudos anteriores, fez-se necessário que a pesquisa alcançasse um alto nível de profundidade, assim como exigida, não havendo apenas um idioma estrangeiro de referência, mas vários, e este aumento de amplitude bibliográfica reflete não apenas na diferenciação que foi buscada e trazida para a dissertação, mas também na bibliografia base que foi adotada neste trabalho, onde os idiomas de pesquisa são variados (inglês, francês, espanhol, alemão, italiano), buscando na documentação indireta as bases necessárias, dentro do variado conhecimento produzido na área em todo o meio ocidental.

Também deve ser reconhecida, através da metodologia, a complexidade do tema, que aborda a descrição histórica do Poder Moderador no Brasil, criando a necessidade de adicionar elementos novos necessários para a construção deste trabalho, bem como uma pesquisa de maior profundidade.

Esta pesquisa foi feita sob a ótica da construção conceitual do tipo bibliográfica, baseada em fundamentação teórica específica e afim ao objeto de estudo.

Deste modo, a fonte principal de obtenção de informações e dados que embasaram esta pesquisa científica foi por meio de dados diretos dos autores renomados da área. Em segundo lugar, teremos como fonte secundária estudos científicos anteriores relacionados a área de pesquisa proposta.

PRIMEIRA PARTE – O PODER MODERADOR

Para que possamos entender o Poder Moderador não apenas na Constituição Brasileira de 1988, mas ao longo de sua evolução histórica, devemos entender como o Poder Moderador se desenvolveu no Estado, não como elemento de uma construção histórica simples, mas buscando a compreensão do Poder Moderador em sua concepção clássica, com o objetivo de estabelecer um conceito (em sentido hegeliano). A construção de um conceito é fundamental para que possamos ter uma definição clássica que possibilite o entendimento de como a ação do Poder Moderador existente na Constituição de 1824 tem aplicação no Estado Brasileiro. Existe uma grande diferença entre o Poder Moderador presente em uma organização política parlamentarista e a figura de um Imperador forte como a existente naquele período histórico¹. Entretanto, no caminhar da história, o Poder Moderador assume formas diferentes, não excluindo o objetivo principal de manter o equilíbrio dos poderes.

Em primeiro lugar, para que possamos ter uma ideia da situação atual do Poder Moderador e sua relação com o Estado Moderno, devemos observar a construção histórica deste poder, que se confunde muito com a Constituição de 1824. Neste caso, devemos voltar para os autores originais, ou seja, para os trabalhos usados como referência para construção do Poder Moderador no período imperial, buscando o conhecimento bruto inicial capaz de demonstrar a relação do Poder Moderador e a exceção, demonstrando assim os elementos básicos de uma teoria que visa analisar esta próxima relação, que gera desta forma o objetivo final de preservação do Estado.

Os autores do fim do Século XIX e início do Século XX podem ser considerados os primeiros pensadores do Poder Moderador e assim os primeiros a desenvolver a teoria que foi idealizada da forma como conhecemos inicialmente. De certo a base para construção desta teoria foram os autores canônicos na área, como Benjamin Constant, Tobias Barreto, Vanireh Chacon, Carl Schimdt, Lionel Richard, Ernest Hambloch, Borges de Medeiros, Braz Florentino, entre outros. São estes autores que serviram como base mais sólida para a idealização dos fatos que puderam ser vistos de forma clara no

¹ PAIM, Antônio. A discussão do Poder Moderador no segundo império. In: Curso de introdução ao pensamento político brasileiro. Unidades 3 e 4. Brasília: Ed. UnB, 1982, pag. 42;

primeiro império e que continuaram sendo referência durante o segundo império, até a ruptura súbita no golpe da República e passaram a exercer um poder quase subjetivo e muitas vezes confuso durante a nossa história Republicana como um todo, até ser colocado na Constituição de 1988 de forma subjetiva.

A construção do Poder Moderador, sua aplicação no Estado e sua existência e atuação no Estado moderno são elementos que devem ser observados tanto na história quanto na filosofia, assim faz jus a uma análise não apenas através da história, como um poder a ser redescoberto, ou mesmo um poder a ser estudado como elemento do passado, mas sim como um elemento muito atual e pertinente ao Estado de Direito. Da mesma forma, o Poder Moderador deve ser considerado aos olhos da filosofia, como uma teoria que busca explicar o Estado Moderno e suas flexões na realidade. Não podemos desta forma reduzir a questão do Poder Moderador a um problema de governabilidade², ou mesmo a apenas questões de Governo e separação de poderes³, mas observá-lo em elementos fundamentais para a preservação do Estado e de sua unidade nacional. Tais elementos se farão claros como um movimento de superação das dificuldades estatais encontradas no primeiro império e serão assim condensadas em uma força coesa que atuará, como veremos mais à frente, na preservação do poder e da unidade nacional, que estará representada na figura forte do Imperador e em sua ação como Poder Moderador.

Entretanto, delimitar o Poder Moderador pode se demonstrar demasiadamente complicado e por este motivo muitos estudos se contentaram em construir e analisar este poder como parte de uma perspectiva histórica, ou seja, um poder que ficou no passado, sem reflexo na sociedade atual ou mesmo na evolução histórica contínua das civilizações ocidentais. Dentro desta evolução, temos então o Poder Moderador como lugar que busca a concentração de vários problemas que o Estado poderia ter em uma única solução, e assim constitui-se um poder que pode ser de certa forma eficaz em combater estes problemas com foco central na busca pela igualdade e legitimidade histórica.

Para que possamos construir o Poder Moderador em sua perspectiva histórica, devemos então analisar a sua estruturação da perspectiva francesa para só então podermos buscar a definição construída no Brasil. Assim, devemos voltar ao primeiro uso da

² SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, marques de. Direito público Brasileiro e a análise da constituição do império. Brasília: Senado Federal e UNB, 1978, Pág. 140;

³ HAMBLOCH, Ernest. Sua Majestade o presidente do Brasil: Um Estudo do Brasil constitucional (1889 – 1934). Brasília: Editora UNB, 1981, Pág. 66-67;

palavra “Poder Moderador”, introduzida por Jacques-Henri Bernardin de Saint-Pierre, que buscava solucionar o problema da relação do poder absoluto representado por um monarca e sua inserção no Estado, problema este que conflitava com a teoria básica do equilíbrio de poderes uma vez que o monarca tendia a trazer para si todo o poder que no Estado se encontrava, tendo em vista a própria natureza de seu poder. Entretanto, na França pós revolução francesa a figura de um poder centralizado já não seria aceitável, visto que a soberania da população havia adquirido a devida importância na construção de um Estado permeado por direitos e deveres em prol da liberdade⁴.

Na busca por conciliar estas diferenças, Bernardin de Saint-Pierre trouxe a ideia de que poderia sim existir uma figura forte monárquica em um Estado, porém esta figura deveria exercer a força de igual modo às figuras do parlamento eleito e do judiciário. Desta maneira, ele propunha que o poder executivo fosse exercido de forma direta pelo Imperador e que este poder seria então natural dele, tendo em vista que exercer o poder seria o caminho natural de uma figura absoluta. Porém, esta figura absoluta não poderia ser chamada de poder executivo, visto que, apesar de agir como se estivesse, ele não estaria revestido da natureza geral que o cargo exigia, assim Bernardin de Saint-Pierre forjou um novo nome para este poder, que seria um poder equivalente em importância aos outros poderes mas que teria a função de executivo, mediando a vontade da figura do Estado encarnada no Rei ou no Imperador e a vontade popular na figura do parlamento, surgindo assim o nome de Poder Moderador⁵.

Antes de podermos chegar a função moderna que o nome nos trouxe, temos que analisar esta primeira teoria de forma crítica, visto que o Poder Moderador como proposto por Constant se diferencia em muito da teoria de Bernardin de Saint-Pierre⁶. Em primeiro lugar, devemos observar que a figura do Imperador como colocada se diferenciava muito do que podia ser observado na estrutura monárquica inglesa, tendo em vista que tal Poder Moderador como proposto, embarcaria a figura do executivo do Estado, ou seja, teria papel centralizante na condução do Estado e na sua administração, visto que em um sistema parlamentarista, por mais forte que o parlamento fosse, ao mesmo caberia a função legislativa e por este motivo seria necessária a figura do poder executivo para

⁴ LYNCH, Christian Edward Cyril. Da organização dos políticos: a Monarquia Constitucional e o Poder Moderador. In: Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia: o pensamento político do Marquês de Caravelas (1821-1836). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, Pág. 91;

⁵ Idem;

⁶ CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 18;

administrar o Estado. A figura do Imperador é por regra uma figura não democrática, ou seja, a sua legitimidade não se encontra na própria soberania da população, mas no Estado, na cultura e na religião⁷. Entretanto, como pode ser observado na história, o poder monárquico se incompatibiliza com o próprio administrativo, visto que o mesmo, por tender a ser absoluto, não poderia ficar à mercê de um parlamento, onde o mesmo teria uma eleição primordial e o Poder Moderador se manteria de forma perpétua e com o poder sendo transmitido de geração em geração familiar. Como bem observou Constant⁸, um poder que esteja no Estado de forma primária, deve estar sujeito às variações e interesses do próprio Estado, não podendo um dos poderes ser fonte de desequilíbrio para os outros poderes ou mesmo agir como se toda a soberania dependesse dele.

Quando falamos de Poder Moderador, estamos falando da busca pelo equilíbrio de Estado, ou seja, pela busca daquele poder que irá nos trazer a noção mais básica de equilíbrio entre as tensões comuns do exercício do poder em relação a própria fonte do poder, e assim, na própria França, surgiu o primeiro pensamento que entendia estas questões de ação e necessidade através da busca pelo equilíbrio e preservação da soberania da população através do pensamento de Stanilas de Clermont-Tonnerre, que através de sua obra principal, *Analyse raisonnée de la Constitution Française*, nos trouxe o primeiro vislumbre de como o Poder Moderador deveria ser⁹. O Poder Moderador foi deste modo modulado para que pudesse se adequar a realidade e a excitabilidade no período mais conturbado da história da França. No período de Robespierre não poderia então existir uma teoria onde a liberdade e a soberania fossem excluídas ou limitadas por um poder absoluto sobre o Estado, porém não apenas este apenas buscou-se uma solução para tal problema, foi almejada a preservação da liberdade, não por meio da força revolucionária, mas através da lei. Assim, Clermont-Tonnerre propôs que o Poder Moderador não deveria ser um poder a compor a tríade de Montesquieu, esta separação se deu em um primeiro momento de forma subjetiva, ou seja, através da preservação do poder monárquico; porém para Clermont-Tonnerre o poder monárquico poderia concentrar dentro de sua pessoa e sua instituição um poder de duas vias, tendo sobre suas

⁷ SÃO VICENTE. Jose Antônio Pimenta Bueno, marques de. Direito público Brasileiro e a análise da constituição do império. Brasília: Senado federal, 1978. Pág. 204;

⁸ CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 38;

⁹ CARVALHO, Eder Aparecido de. GILENO, Carlos Henrique. Reflexões sobre o Poder Moderador nas instituições políticas Brasileiras: O pretérito e o presente. In Revista Em Tese, UFSC: mar/abr 2018;

asas o Poder Real, encarado como poder natural da figura real¹⁰, e o Poder Moderador, que teria função de poder buscar o equilíbrio entre os outros poderes tendo como fim a preservação da liberdade¹¹.

Para que possamos entender o pensamento de Clermont-Tonnerre, devemos entender que seu pensamento comporta a figura do Imperador como parte da organização dos poderes, ou seja, o Poder Real ainda estaria incumbido do poder administrativo, porém este poder administrativo seria transferido do Poder Real de forma direta aos ministros de Estado¹², que teriam a função executiva do Estado. Assim, a função executiva não se confundiria com o Poder Moderador que ficaria a parte apenas para trazer equilíbrio entre as relações de poderes com o objetivo máximo de que a soberania popular fosse preservada em todas as suas instâncias. Entretanto, o exercício do Poder Real poderia se mostrar contrário até mesmo a noção de soberania, visto que é natural e característico do poder do rei a sua total irresponsabilidade em relação a seus atos. Deste modo, da mesma forma que o Poder Real poderia agir em favor da soberania da população, ele também poderia agir em desfavor a esta soberania, tendo em vista que o mesmo seria soberano de suas decisões¹³. Devemos assim observar que o Poder Moderador adquire uma nova característica, a função da busca da soberania, entretanto a forma proposta por Clermont-Tonnerre ainda possuía falhas, visto que deveríamos identificar a origem do Poder Moderador, mas também deveríamos compreender a sua ação. Neste sentido, não existia na Europa do século XVIII e XIX figura que pudesse abrigar o Poder Moderador a não ser a própria figura monárquica, pois nela se encontrava toda a autoridade comum que foi herdada dos tempos absolutistas, e esta autoridade era

¹⁰ A figura do Poder Real será a figura do Imperador como primeiro cidadão e representante máximo do Estado e da integridade do Estado, tanto como figura interna quanto como figura externa. Tal figura é perfeitamente exemplificada pela figura da monarquia inglesa, onde o rei ou rainha terão em sua figura a representatividade do Estado, contendo em sua figura todas as vontades, mesmo que estas vontades sejam diferentes e não compatíveis entre si, observando que o Imperador assume um caráter histórico quase divino que representa a vontade do Estado em sua própria figura.

¹¹ LYNCH, Christian Edward Cyril. Da organização dos políticos: a Monarquia Constitucional e o Poder Moderador. In: Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia: o pensamento político do Marquês de Caravelas (1821-1836). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, Pág. 90;

¹² A questão dos ministros é de certa forma um tema bem analisado por Zacarias de Goés e Vasconcelos, onde os ministros são analisados como os legítimos exercedores do poder de administração pública. Entretanto, a questão a ser observada será quem irá nomear estes ministros para que possam exercer as suas funções em conjunto com o Poder Real. A crítica aqui feita será em sentido de observar que quando estes ministros são nomeados pelo parlamento, o Poder Real se esvazia de sua função, visto que não exerce Poder Moderador em nenhuma instância no Estado, apenas poder representativo, porém quando os ministros são nomeados pelo Imperador/rei, este se exime da responsabilidade executiva, nomeando assim pessoas que irão responder pelas atitudes do rei. Desta forma o Poder Moderador exercerá de forma indireta o poder executivo, trazendo desequilíbrio para os poderes do Estado.

¹³ Idem;

legitimada pela religião e pela população. A solução de Clermont-Tonnerre envolvia então a reinterpretação dos três poderes, estabelecendo um novo limite entre os poderes, e assim, tornando o poder executivo não mais uma ferramenta administrativa, mas uma ferramenta real de aplicação dupla¹⁴.

Entretanto são cabíveis críticas a este pensamento, principalmente críticas de Constant que foram interpretadas por Tobias Barreto como sendo “uma busca pela liberdade e igualdade em um ambiente absolutista desequilibrado”¹⁵. A teoria de Clermont-Tonnerre, entretanto, não consegue alcançar o seu objetivo de resguardar a soberania popular, uma vez que a própria figura do Poder Real não conseguiria solucionar o próprio desequilíbrio de sua pessoa frente ao poder executivo. Neste sentido, seria necessário que existisse o pressuposto que o rei sempre agiria com a virtude necessária, porém, ao contrário do que foi observado no Brasil, a virtude nem sempre foi virtude dos soberanos, assim, como o Poder Moderador é uma teoria de origem francesa, as críticas de Constant são de grande relevância para esta estruturação¹⁶.

Porém, a crítica mais forte a ser feita será à relação do Poder Real dotado de Poder Moderador com a própria soberania e equilíbrio de poderes. Devemos observar que onde houver um Poder Moderador, haverá ali um poder de agir de grande monta, e assim este poder, quando presente em um dos poderes clássicos do Estado, irá desestabilizar a própria relação de poder e soberania, gerando assim um poder que terá força decisória contra os outros poderes¹⁷:

“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 entrecrocaram 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

¹⁴ CARVALHO, Eder Aparecido de. GILENO, Carlos Henrique. Reflexões sobre o Poder Moderador nas instituições políticas Brasileiras: O pretérito e o presente. In Revista Em Tese, UFSC: mar/abr 2018;

¹⁵ BARRETO, Tobias. A questão do Poder Moderador e outros ensaios Brasileiros. Seleção e coordenação Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1977, pag. 84 – 85;

¹⁶ CONSTANT, Benjamin. Princípios políticos Constitucionais. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, pag. 34;

¹⁷ CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1^a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 17;

se aplique necessariamente onde quer que seja necessário aplicá-la e para que seja preservadora, reparadora, sem ser hostil”¹⁸

Ou seja, Clermont-Tonnerre, ao criar o Poder Moderador, fortalece o poder executivo e ao mesmo tempo coloca aquele como momento de busca pelo equilíbrio através da força moderadora, ou como Poder Neutro. Teremos então a origem do desequilíbrio, visto que o agente, no caso o Poder Real, irá buscar o equilíbrio, e o mesmo, como poder executivo, será uma engrenagem que tentará restaurar a máquina à força, assim o poder se tornaria autoritário e atentaria contra a soberania. Desta mesma forma não podemos colocar o Poder Moderador em outras instituições do Estado, como no poder legislativo ou no judiciário.

Partindo destas críticas, Constant buscou suprimir os problemas que não foram solucionados por Clermont-Tonnerre, e, procurando assim o espírito da Revolução Francesa que permeava o momento, ele construiu uma teoria que tinha como objetivo garantir a soberania popular e o cumprimento constitucional como regra fundamental. Para isto o jurista francês buscou entender o sistema de três poderes para a partir deste sistema introduzir elementos-chave que poderiam agir como poder protetivo, que iria agir sem prejuízo da soberania dos outros poderes e do próprio Estado. Assim, a principal evolução trazida por Constant foi entender a natureza do problema, a questão da soberania e o cumprimento da lei, e assim propor a solução que será até os dias atuais um conceito fundamental para que possamos entender o Estado e a soberania. Deste modo a teoria do Poder Moderador adquiriu a dimensão necessária para que a sua aplicação no Estado fosse possível buscando alcançar os seus objetivos plenos¹⁹:

“[...] (Benjamin Constant) o qual introduziu a ideia de separação entre Poder Moderador e Executivo, considerando-os poderes com atribuições constitucionais distintas entre si. Tudo indica, mesmo com todas as modificações que sofreu, que a teoria do Poder Real (moderador) construída por Benjamin Constant apoiou-se na teoria política de Stanilas Clermont-Tonnerre²⁰”

¹⁸ Ibidem, Pág. 19;

¹⁹ ANDRADA, Bonifácio José Suppes de. A teoria do Poder Moderador de Benjamin Constant e a experiência constitucional brasileira no século XIX. 2013, Pág. 5;

²⁰ BASTOS, Erico Araujo. STF e Poder Moderador: Política à margem do poder constituinte na atuação do supremo tribunal federal. Curitiba: Juruá, 2005, Pág. 32;

Assim, como pode ser visto, a retirada do Poder Moderador da figura do executivo foi de fundamental importância para que este poder adquirisse a efetividade desejada na sua atuação no Estado e nas instituições que ele buscava moderar. Desta maneira, o pensamento de Constant iria fortalecer a ideia máxima da liberdade que tinham em mente e trazer esta preservação através do respeito máximo à Constituição e, desta forma, à vontade máxima e a soberania popular. O pensamento de Constant será melhor delimitado a frente quando formos buscar a construção de um conceito de Poder Moderador, entretanto cabe aqui tecer alguns comentários sobre a relação que Constant irá nos trazer e traçar assim sua linha histórica e sua relevância para o pensamento do Estado.

Então, como vimos acima, podemos entender que o jurista francês trouxe a figura da separação de poderes novamente à teoria do Poder Moderador, onde a figura dos três poderes clássicos se fortaleceriam de forma mútua e teriam a ação efetiva no Estado e na governabilidade, entretanto Constant trouxe também uma grande inovação à teoria de Montesquieu, onde, além dos três poderes clássicos, existiriam outros dois poderes que, na medida de sua função, teriam o dever de trazer equilíbrio a sociedade através da preservação da soberania e da constituição:

“Nenhuma autoridade sobre a Terra deve ter poderes ilimitados: a do povo; a dos homens representantes do povo; a dos reis, qualquer que seja o título como reinem; ou mesmo a da lei. Sendo a lei, a expressão da vontade do povo, ou do príncipe, segundo a forma de governo, deve circunscrever-se aos mesmos limites que os da autoridade da qual emana²¹”

Ou seja, Constant buscava a estrutura do equilíbrio entre os poderes e a soberania, sem que qualquer um dos poderes tenha poderes ilimitados, ou seja, na preservação dos poderes mediante a manutenção da soberania. Assim, para que isto fosse possível, foi necessário adicionar outros dois poderes que estes possam assim trazer o equilíbrio necessário, bem como evitar que uma ”injustiça” fosse praticada e perpetuada por algum dos outros poderes. Assim, foi criada a teoria dos cinco poderes constitucionais com fundamentação em um Poder Moderador, que a partir deste ponto iria se chamar “neutro”, ou seja, não influenciável por qualquer outro dos poderes, dando assim origem a um poder

²¹ CONSTANT, Benjamin. Princípios políticos Constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, Pág. 33-34;

que deveria, em meio ao Estado, ser o pilar do equilíbrio de poderes, mediando assim a fonte constitucional da soberania e a própria soberania em si:

“Identifico cinco, de naturezas diversas, numa monarquia constitucional: 1º o Poder Real; 2º o poder executivo; 3º o poder representativo da duração; 4º O poder representativo da opinião pública; 5º O poder judiciário²²”

Neste pensamento, o Poder Real seria o portador natural do Poder Neutro, e o mesmo não agiria no exercício do poder como anteriormente colocado, sendo apenas a representação do Poder Real e da monarquia, agindo assim como um símbolo do Estado, mas o mesmo teria função diferenciada em relação aos outros poderes, visto que o mesmo agiria como Poder Neutro, buscando o equilíbrio constitucional necessária para o exercício dos direitos, da governabilidade e da própria soberania. Ainda teremos o poder executivo, que nesta organização proposta por Constant, seria exercido pelos ministros de Estado, sendo estes nomeados pelo Poder Real ou pelo parlamento. Estes ministros não se confundiriam com o próprio Poder Real, visto que os mesmos teriam independência de agir e governar dentro dos limites legais propostos, respondendo assim pelos os seus atos de forma individual. Por fim, teríamos o parlamento, este que seria dividido em dois poderes distintos, poderes estes divididos não apenas por suas características, mas também pelo seu fim. Na teoria primária de Constant, o poder representativo de duração se assemelharia ao poder do Senado, sendo exercido de forma hereditária e, por este motivo, representaria os costumes comuns ao longo da história²³. Já o poder representativo da opinião pública se assemelharia a câmara dos deputados, sendo esta uma assembleia eleita, representando a vontade popular de curta duração, visto que os mesmos teriam mandatos para que possam representar, dentro dos limites constitucionais, a vontade popular e a soberania popular²⁴.

Assim, o Poder Moderador de Constant teria um aspecto semelhante a um dos poderes tradicionais do Estado, estando em um primeiro momento presente apenas no Poder Real, onde os dois se confundiriam na sua relação de poder e equilíbrio, desta maneira os outros poderes tradicionais estariam sujeitos a um poder que teria uma origem

²² CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 19;

²³ CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 19;

²⁴ Ibidem, 19 – 20;

média, ou seja, não teria ação sobre a população ou sobre a soberania da lei, mas sim uma ação direta estendida apenas aos poderes estabelecidos, protegendo assim, como ideia, a lei. Críticas fortes podem ser feitas a teoria de Constant, muitas delas veremos mais a frente, entretanto vale aqui ressaltar que em um primeiro momento o Poder Moderador seria limitado apenas às monarquias constitucionais, onde o mesmo se faria na figura exclusiva do rei ou Imperador; assim, o pensamento do jurista francês limitaria este poder a um modelo de Estado determinado e em regra não aplicado na maioria dos Estados do Ocidente, porém, ao visualizar a teoria em um aspecto mais profundo, podemos observar que o Poder Moderador pode sim ter sua aplicação em outros ambientes, mantendo a teoria de Constant intacta em seu espírito²⁵.

Por fim, podemos então entender que a construção do Poder Moderador feita por Constant buscou trazer às teorias constitucionais e teorias do Estado modernas o fato de um poder que possa agir sem que o mesmo atue contra a soberania da população, e desta forma a soberania, que em um Estado democrático constitucional será a Constituição, que será preservada por um sistema de maior complexidade e relevância, não podendo ignorar os sistemas de freios e contrapesos que a teoria tripartite do poder nos trouxe, mas acrescentar uma nova teoria que terá como fim a defesa da constituição e da soberania. Neste sentido, a teoria de Constant encontrou maior êxito do que as teorias anteriores que foram apresentadas por Saint-Pierre e por Clermont-Tonnerre, onde assim poderemos ver o Poder Moderador tomar uma forma passível de aplicação no Estado e na sociedade sem que o mesmo gere distorções sociais ou mesmo desequilíbrio de poderes, e deste modo podemos completar com o pensamento de Barreto:

“Os criadores e primeiros apóstolos da ideia do Poder Moderador eram homens que tinham visto a revolução mentir e faltar a todos os seus compromissos. No meio das mais duras decepções, houve mesmo um instante, em que Israel recordou-se do Egito; a sociedade francesa volveu os olhos para trás. E pouco a pouco as instituições caducas foram parecendo menos odiosas. Todas as forças morais da nação começaram a reagir contra tudo que se havia feito, pensando e dito, depois de 89²⁶”

²⁵ BARRETO, Tobias. A questão do Poder Moderador e outros ensaios Brasileiros. Seleção e coordenação Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1977, Pag. 97;

²⁶ Em referência a Revolução francesa de 1789; Ibidem, Pag. 99;

Após analisar os três autores referenciados, se faz necessário avançar para a construção de um conceito com base nos valores estipulados. Não basta estudarmos como cada um dos autores entende a formação e a aplicação do Poder, temos que entender também a finalidade deste poder e a sua relação com a sua fonte legitimadora (durante o Império). Entender esta complicada relação é um passo necessário para avançarmos além da definição e chegar a um conceito que possa ser utilizado de forma ampla, como proposto no estudo do Poder Moderador no Estado Brasileiro.

1. A Definição de Poder Moderador

Antes que possamos analisar o Poder Moderador no Estado Brasileiro, deveremos trazer uma definição sólida de Poder Moderador. Não é a pretensão deste estudo trazer uma definição científica do Poder Moderador como fim deste trabalho, mas trazer a discussão da definição do Poder Moderador é certamente importante para que possamos entender a aplicação deste poder no Estado Brasileiro, não apenas no decorrer da história, mas também como elemento presente e futuro do Poder Moderador no Estado Brasileiro. Neste sentido devemos construir uma definição que possa ser aplicada na construção das teorias deste poder, principalmente em relação a sua percepção histórica e social, como demonstrada por Braz Florentino e por Tobias Barreto. Para que isso seja possível, devemos delinear o Poder Moderador a partir de conceitos trazidos por outros autores, para que possamos ter uma base firme e sólida da teoria do Poder Moderador com o fim de que seja possível entender como seria a atuação do Poder Moderador na realidade.

Entretanto não podemos retirar da busca por um conceito de Poder Moderador o seu caráter científico-filosófico, estaríamos assim negando a sua importância para o Estado e toda a sua construção histórica. De fato, devemos considerar que a definição de Poder Moderador foi abordada de forma diferente por cada um dos autores que tratou dela e por isso temos uma certa dificuldade em encontrar um conceito universal. Outro fator que complica a nossa busca inicial é uma característica própria do Poder Moderador, que muitas vezes aparece de forma singular em cada um dos Estados soberanos em que foi aplicado. Assim, como buscamos construir um conceito nacional, ou seja, aplicável à realidade brasileira, deveremos retirar de sua base qualquer coisa que não seja relacionada às nossas origens ocidentais europeias e, por consequência, às nossas características sociais e legais²⁷.

Assim, quando tratamos das relações do Poder Moderador nas terras tupiniquins, devemos entender este poder com base na nossa relação jurídica romano-germânica, principalmente tendo em mente as nossas características jus-positivistas e a nossa profunda relação com a construção constitucional, idealização necessária para que

²⁷ BARRETO, Tobias. A questão do Poder Moderador e outros ensaios Brasileiros. Seleção e coordenação Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1977, Pag. 84;

quando algo venha a atingir a nossa sociedade, tenhamos embasamento legal efetivo para um construção, ou seja, qualquer que seja o poder ou instituto a ser aplicado ao nosso ordenamento legal, deve ter como base uma norma que preveja este instituto, assim possibilitando que o mesmo tenha as características legais necessárias para a sua existência²⁸.

Assim, não poderemos excluir de uma definição de Poder Moderador no Estado Brasileiro a sua perspectiva legal e sua necessidade de estar positivada em meio a um ordenamento jurídico válido. Um poder só poderá ter a legalidade necessária para a sua atuação quando o mesmo for previsto de forma legal²⁹. Não é possível excluir desta discussão a origem e legalidade do Poder Moderador, visto que estabelecer tal definição é o que possibilita sua aplicabilidade no Estado; com base nessa informação, podemos considerar que o referido poder encontrou a sua legalidade quando foi aplicado de forma efetiva na Constituição de 1824. Por este motivo, os pensadores da teoria do Poder Moderador tiveram muitas discussões sobre a legalidade e a legitimidade deste poder, observando que tal força, de tamanha monta, poderia ser usada como forma de desestabilizar o governo e comprometer a democracia, de forma que, ao pensar o Poder Moderador, foi compreendido que a sua transformação em direito real e poder de fato atravessava um princípio de legalidade imanente e de atuação respaldada na lei. Não bastava apenas a legitimidade implicada do Imperador, era necessário que tal legitimidade fosse passível de ser averiguada por meio de sua previsão legal. Por este motivo, a Constituição de 1824 tratou de constituir logo no início a legitimidade do Imperador, o excluindo de forma clara da presença e influência dos outros poderes, para só depois, no artigo 98, ser definida a figura do Poder Moderador através do Poder Real³⁰.

Assim, como foi observado que o Poder Real seguia os requisitos necessários para que o mesmo pudesse ser considerado legal, estava não apenas lá representado, mas atuava como uma figura de força, e esta figura de força e poder tinha plena legitimidade para que exercesse o seu poder. Tal legitimidade não advinha apenas do legal, mas também do moral, ou seja, da própria figura do Imperador, que tinha em sua pessoa o

²⁸ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 24º Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, Pag. 107;

²⁹ SCHMITT, Carl. O Conceito do Político. Lisboa: Edições 70, 2015, Pág. 64;

³⁰ SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, marques de. Direito público Brasileiro e a análise da constituição do império. Brasília: Senado Federal e UNB, 1978, Pag. 210;

momento máximo de suprassunção das diferenças nacionais em uma figura quase mítica, onde o poder poderia encontrar aplicação providencial e necessária para assumir o compromisso desejado com a união nacional e com o próprio Estado Brasileiro, recém independente e ainda permeado de regionalismos culturais que o ameaçavam como um todo³¹.

Observados esses elementos, podemos então partir para as bases teóricas que fundamentarão a construção do Poder Moderador e de seu conceito, e para isto devemos observar os três momentos distintos de sua definição. O primeiro momento será aquele construído por Benjamin Constant, onde teremos as bases teóricas que foram usadas pelos constitucionalistas brasileiros de 1822 a 1824³²; visto que o Poder Moderador foi de certa forma modulado para as necessidades locais, o pensamento de Constant será marcado por uma aproximação da realidade nacional, não da França, mas do Brasil império, onde as teorias deste pensador irão florescer tanto em sentido positivo quanto em sentido negativo. Assim, podemos considerar o Poder Moderador, como entendido nos dias atuais, uma interpretação modulada às necessidades nacionais, encontrando a realidade de forma clara; desta maneira, aqui foi o local onde o pensamento do jurista francês mais encontrou caminho e aplicação na realidade efetiva³³.

Antes que possamos definir o Poder Moderador através de um conceito, devemos estipular que este conceito de Poder Moderador deve ser tratado no ambiente Brasileiro; não é pretensão deste trabalho construir um conceito geral de Poder Moderador, visto que o mesmo seria demasiadamente complicado e fugiria assim da nossa realidade efetiva. Assim, vamos considerar o Poder Moderador em Constant e posteriormente em suas relações em terras brasileiras, através do pensamento de Braz Florentino, como um dos

³¹ Neste sentido, a relação de suprassunção e movimento de completude que o Imperador assume é de melhor forma analisado no capítulo 1 da Segunda Parte, onde podemos ver através do próprio pensamento de Braz Florentino a importância que o Poder Moderador e do Imperador na constituição da primeira constituição, onde a questão do Poder Moderador não se tratava apenas de uma disputa vazia pelo poder, mas sim de uma busca pela formação de um império em meio a um ambiente regional conturbado e por movimento separatistas fortes decorrentes das mais variadas origens coloniais históricas;

³² LYNCH, Christian Edward Cyril. Da organização dos políticos: a Monarquia Constitucional e o Poder Moderador. In: Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia: o pensamento político do Marquês de Caravelas (1821-1836). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, Pág. 91;

³³ ALVES, Cleber in REVISTA DO SENADO. Ano 45, Número 180 – Out/Dez – 2008. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. Por Cleber Francisco Alves. Pág. 65 a 75;

principais intérpretes do Poder Moderador, em suas características e aplicações, estabelecido no Império, e, posteriormente, em Tobias Barreto como pensador que pode observar este poder em suas características, formas e principalmente em suas consequências no Estado Brasileiro. Desta forma, pretendemos fazer assim o percurso histórico necessário, onde iremos embarcar o pensamento nos movimentos positivos e negativos para que possamos produzir ao final um conceito que seja ao mesmo tempo possível de ser compreendido em sua essência pelos críticos do Poder Moderador e pelos pensadores do Poder Moderador.

1.1 Autores

Como já pode ser observado anteriormente, para que possamos chegar em um conceito base que possa ser usado na construção histórica do Poder Moderador, devemos então abordar os elementos base de três autores que aqui estão para que possam ser usados como exemplo de pensamento. Em um primeiro momento, iremos abordar o pensamento de Benjamin Constant que, como já pode ser analisado, representa o ponto de chegada ao ápice do constitucionalismo francês pós-revolucionário, que buscava de forma honesta resolver o problema da falta não apenas de governabilidade, mas também de compromisso com os próprios ideais revolucionários³⁴.

Em um segundo momento, devemos analisar o pensamento de Braz Florentino como pensador do Império e da construção constitucional possibilitada pela Constituição de 1824. Nesse momento teremos uma visão mais clara de como o Poder Moderador encontrou caminhos e aplicações na realidade, observando as suas particularidades e adequações à realidade do Brasil. A discussão do Poder Moderador em Florentino nasceu em uma grande divisão política entre liberais radicais e conservadores do Estado, e nela o autor, como notório professor de direito da época, trazia em importantes linhas a fundamentação do Poder Moderador como foi exercido na monarquia, evitando assim o domínio intelectual e interpretativo que vinha sendo construído pelos liberais. No do livro do autor, Repúblicado em 1978, na introdução de Barbosa Lima Sobrinho, podemos observar que:

“Com a defesa vigorosa que o Visconde do Uruguai e Braz Florentino haviam feito do Poder Moderador, essa instituição foi conseguindo

³⁴ Dentro do ideário construído pela Revolução Francesa, temos os valores máximos que surgiram como máximas fundamentais dos seres humanos, sendo assim caracterizados como os primeiros direitos naturais que buscaram sistematicamente ser positivados. Desta forma os valores máximos de “Liberdade”, “Igualdade” e “Fraternidade” representavam o ponto chegada máximo das civilizações ocidentais. Neste sentido, Constant buscava construir no primeiro momento a monarquia constitucional que fosse, desta forma, compatível com os valores alcançados, e por isso enfrentou uma preocupação legítima, onde a nova e fundamental soberania da população não pudesse ser destituída ou ignorada por um poder superior, nas palavras do Marquês de Caravelas; Constant buscou assim uma estrutura teórica onde a monarquia poderia coexistir com o poder sem acabar por se converter em despotismo. Por este motivo o pensamento de Constant é de fundamental importância, mesmo não sendo o pensador originário do Poder Moderador, o mesmo foi o primeiro a se preocupar com os valores sócias máximos que vieram para nortear toda a sociedade ocidental. FURET, François. Pensar a Revolução Francesa. São Paulo: Paz e Terra, 1989, Pag. 81;

sobreviver aos ataques reiterados das correntes liberais. O livro de Zacarias passaria a valer como a bandeira do Partido Liberal. Já o Partido Progressista, em 1862, consagrava, como *máxima sagrada* de seu programa a responsabilidade dos Ministros de Estado pelos atos do Poder Moderador. O Programa do Partido Liberal Radical de 1868, ia mais longe, pleiteando a ‘a extinção do Poder Moderador’. O Centro Liberal, em 1869, lutara também pela ‘Responsabilidade dos ministros no Poder Moderador’³⁵”

Assim, podemos observar a centralidade absoluta do pensamento de Florentino, de forma que todo o pensamento conservador da época se baseava no pensamento do autor, sendo assim a figura mais forte na preservação do Poder Imperial como foi imaginado, se tornando assim o principal intelectual deste poder durante o período entre a monarquia constitucional e o golpe Republicano.

Por último, observaremos o pensamento e a construção do Poder Moderador feita por Tobias Barreto, pensador este que veio posteriormente a Braz Florentino, e que teve sua obra constituída após o período da monarquia constitucional e, graças ao com o seu grande conhecimento sobre o pensamento filosófico alemão e conhecimento histórico francês, foi possível a elaboração de uma obra de grande peso intelectual. O seu pensamento, segundo Evaristo de Moraes Filho, representava uma volta ao pensamento do Estado de forma ponderada³⁶. Apesar de ter como base o pensamento liberal, Barreto conseguiu entender a importância do Poder Moderador para o Estado, tendo em vista as características sociais e políticas deste, e por este motivo foi capaz de fazer uma forte crítica aos pensadores do Estado que viam como referência de governabilidade e poder países como Estados Unidos ou Inglaterra, observando com assertividade a nossas origens políticas e construindo uma crítica construtiva à figura do Poder Moderador³⁷.

³⁵ Barbosa Lima Sobrinho in: SOUZA, Braz Florentino Henriques de. Do Poder Moderador. Brasília: Senado Federal, 1978, Pág. 15;

³⁶ LIMA, Rogerio Medeiros Garcia de. O pensamento jurídico e filosófico de Evaristo de Moraes Filho. Revista de estudos filosóficos UFJS;

³⁷ Tobias Barreto tinha como base intelectual o pensamento conservador, por isso o seu pensamento e crítica ao Poder Moderador foram por muito tempo ignorados pelos estudiosos posteriores deste poder. Entretanto, o seu vasto conhecimento em filosofia, principalmente em idealismo alemão, possibilitou que nos trouxesse elementos novos, como parte de uma crítica “construtiva”. O próprio pensamento dele trazia uma grande disputa interna entre a Liberdade e o Determinismo. Por este motivo o seu pensamento deve ser considerado como uma luta pela liberdade dentro das realidades nacionais e das nossas características próprias.

1.1.1 A construção do Poder Neutro em Benjamin Constant

Benjamin Constant foi um dos mais importantes juristas da França pós-revolucionária, onde durante o conturbado período de 1791 a 1815 o país vivenciou sete constituições diferentes, de tal modo que, em busca de uma estabilidade duradoura, os juristas daquele país, incluindo Constant, buscaram elaborar teorias e constatações acerca dos limites a soberania³⁸. A discussão travada pelos legisladores e juristas girava em torno da questão principal relacionada ao Poder Moderador: o limite à soberania em relação ao soberano. Neste sentido, o soberano poderia ser o Imperador, o congresso ou mesmo o próprio sistema democrático presente. A questão então debatida por Constant não era um limite à democracia ou ao Estado, mas sim um limite à soberania de quem detém o poder, com o objetivo de garantir as liberdades dos indivíduos e os direitos assegurados por lei³⁹.

A preocupação central dos juristas da época orbitava em uma dicotomia simples em um primeiro momento, que, ao ser analisada a fundo, guardava uma complexidade tamanha que na França pós-revolucionária estava no centro dos debates. A discussão se centralizava nos limites da soberania: poderia existir um limite a quem exerce este poder central? É uma discussão que até nos dias atuais se encontra em debate, contrariando assim grande parte da maioria dos pensadores da época, cujas teorias se concentravam em Rousseau e Hobbes⁴⁰. O questionamento que Constant utilizava para contrariar estas teorias apresentadas era relacionado ao próprio contrato social de Hobbes: poderia um indivíduo ceder o poder para o Estado em troca de segurança e liberdade e o Estado, na sua ânsia de poder, utilizar-se de seu próprio contrato social para assim eliminar a liberdades e instaurar o despotismo? Constant identificou nesta teoria uma falha que, para os Estados de sua época, tornava insustentável a teoria Hobbesiana. Como o Estado poderia garantir uma liberdade sem que a mesma não fosse fornecida pelo Estado? Como este Estado infinitamente soberano daria espaço para a realização das liberdades

BARRETO, Tobias. A questão do Poder Moderador e outros ensaios Brasileiros. Seleção e coordenação Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1977, Pag. 29-30;

³⁸ ANDRADA, Bonifácio José Suppes de. A teoria do Poder Moderador de Benjamin Constant e a experiência constitucional brasileira no século XIX. 2013, Pág. 4;

³⁹ CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág 9;

⁴⁰ Ibidem, Pág. 10;

individuais? O questionamento do jurista francês é pertinente até os dias atuais, onde a dúvida persiste em relação a existência de um Estado infinitamente soberano⁴¹:

“[...] ele (Thomas Hobbes) 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 investiu⁴²”.

Porém, a solução para tal dúvida não veio a tardar por parte do autor. Interpretando as teorias do Poder Moderador existentes, observando os problemas relacionados ao limite da soberania, Constant atribuiu o poder soberano a população, como meio de uma última *ratio* (*letzte Rationalität*). Nesta teoria o poder do soberano não é esvaziado ou tornado sem sentido, mas sim delimitada a necessidade de ação e comando que o povo possa demandar⁴³. O poder deve estar, na teoria de Constant, nas mãos do povo, porém exercido de forma única pelos soberanos, tanto na mão de uma pessoa quanto na mão de um grupo de pessoas escolhidas. Entretanto, estas pessoas não poderiam utilizar-se desta soberania além do necessário e demandado pela população⁴⁴, desta forma, a solução encontrada seria que o povo poderia então retirar o poder do soberano quando o mesmo agisse além da vontade do povo.

Para Constant também seria um erro pensar que um sistema de poderes poderia garantir a liberdade e o equilíbrio desses poderes em um sistema de pesos e contrapesos, como existente na Constituição Brasileira de 1988. Para ele nenhuma violação à liberdade dos indivíduos pode ser legitimada por um dos poderes quando autorizada por outro dos

⁴¹ ANDRADA, Bonifácio José Suppes de. A teoria do poder moderador de Benjamin Constant e a experiência constitucional brasileira no século XIX. 2013, Pág. 5;

⁴² CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 12;

⁴³ Idem;

⁴⁴ ANDRADA, Bonifácio José Suppes de. A teoria do poder moderador de Benjamin Constant e a experiência constitucional brasileira no século XIX. 2013, Pág. 6;

poderes do sistema⁴⁵, por isso ele identificou a necessidade de ir além do pensamento de sua época em busca de um equilíbrio de poderes que, mesmo na exceção ou nos casos mais extremos, garantisse a função final do Estado dada pela população.

Entretanto, ao defender este claro limite, um outro problema foi criado: como saber que o soberano ultrapassou o limite a ponto da própria soberania popular ser forçada a substituir o Imperador ou o governo? Como isto poderia ser aplicado quando o Estado detém o monopólio da força e da coerção? A questão central então é que em uma estrutura organizada de poderes, em equilíbrio como no legislativo, executivo e judiciário, não poderia existir de forma clara um poder que agisse como um soberano sobre todos, sem que o mesmo assumisse todo o poder que deveria ser exercido pelos poderes clássicos⁴⁶. Assim, para Constant, a ideia de separação de poderes perderia o sentido de equilíbrio institucional, mantendo apenas a forma clássica para funcionamento das instituições. Não poderíamos colocar em lados opostos a população e o governo, tendo em vista que um depende do outro e o próprio governo é decorrente de uma vontade popular comum na busca pela liberdade.

O desafio para Constant então era a busca por uma forma de estabilidade sólida entre os anseios populares por liberdade e uma forma de governo que englobasse os valores tradicionais da cultura política e do Estado soberano. Tais elementos já tinham sido amplamente analisados por pensadores anteriores e tinham se provado portadores de uma estabilidade social sem igual na construção do mundo ocidental, entretanto, ao tentar estabelecer os limites da liberdade, a clássica cultura política se encontraria em uma encruzilhada, que para Constant só encontraria resposta em uma revisão do sistema parlamentarista e mais precisamente na instituição de um novo poder, que já existente antes, foi nomeado e delimitado, assumindo a responsabilidade de ser um último nível na garantia da liberdade⁴⁷.

Ao re-imaginar o parlamentarismo, Constant trouxe a luz mais dois poderes, além dos clássicos executivo-legislativo-judiciário. Para o jurista francês, o governo deveria se

⁴⁵ CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 13-14;

⁴⁶ ALVES, Cleber Francisco. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. *REVISTA DO SENADO*. Ano 45, Número 180 – Out/Dez – 2008. Pág. 65 a 75, Pág. 73;

⁴⁷ ALVES, Cleber in *REVISTA DO SENADO*. Ano 45, Número 180 – Out/Dez – 2008. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. Por Cleber Francisco Alves. Pág. 65 a 75, Pág. 65-66;

centrar em uma monarquia parlamentarista⁴⁸, alcançando assim o equilíbrio máximo do governo, não só através da formação de um governo realmente representativo como o parlamentarismo, mas também através da figura forte e concisa de um rei ou Imperador, trazendo a estabilidade simbólica à ação do governo. Além disso, Constant não se resumiu apenas a trazer a figura real, em sua teoria, o governo dividido em cinco poderes poderia ser dividido de formalmente em: O Poder Real; Poder executivo; poder representativo da duração; poder representativo da opinião pública; e poder judiciário. Dentro desta organização de elevada complexidade, podemos observar a instituição do Poder Real como uma forma primária de Poder Moderador, neste caso chamado por Constant de Poder Neutro, com o objetivo único de trazer de forma imparcial o equilíbrio da liberdade e da ação do Estado sobre a soberania⁴⁹.

Antes de analisar os outros poderes de forma mais aprofundada, devemos primeiro entender a instituição do Poder Neutro que se localiza sob o Poder Real. Em um primeiro momento, Constant considera que o Poder Neutro atua como um mecânico de uma máquina quase perfeita, que apenas atua “colocando as engrenagens no lugar” quando estas mesmas se desarranjam. Esta analogia está baseada no fato de que quando uma máquina quebra, ou “ não funciona de forma correta”, ela mesma não pode se auto reparar, pois é parte de um todo único que funciona em harmonia⁵⁰. Desta forma, o Poder Neutro seria uma forma de manter o equilíbrio dos poderes executivo-legislativo-judiciário, partes integrantes da máquina do Estado, que funcionam por tendência em perfeita harmonia. Entretanto, como já observado acima, quando um destes entes do poder age de forma a cercear a liberdade, extrapolando o seu poder legal delimitado, os outros entes devem agir de forma a controlar e impedir que esta aberração continue⁵¹. Entretanto, é neste sistema que o problema reside, uma vez que existindo a possibilidade de um dos poderes anuir a ação que extrapola a sua competência ilegal. Neste sistema, a anuência dos outros poderes, quando não existir uma última forma de averiguação legal, tornaria a

⁴⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010, Pág. 260 – 261 (§278);

⁴⁹ ANDRADA, Bonifácio José Suppes de. *A teoria do poder moderador de Benjamin Constant e a experiência constitucional brasileira no século XIX*. 2013, Pág. 7;

⁵⁰ CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 19;

⁵¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Pág. 177;

ação ilegal legítima e não cerceável, mesmo quando está vai claramente contra os princípios constitucionais estabelecidos⁵².

Perante esta preocupação, Constant, analisando os limites da soberania dos três poderes entendeu que os mesmos, sendo soberanos sobre o Estado, deveriam trabalhar em sincronia e, quando em sincronia, a chance de falharem seria mínima, mas pensando na possibilidade de falha por parte do sistema, existiria então uma força superior do próprio Estado, prevista na constituição e legítima assim pela vontade popular para agir na exceção, ou seja, quando os poderes tradicionais perpetrarem o abuso de sua soberania⁵³. Nesta sua teoria, o jurista francês então estabeleceu o Poder Neutro como parte de uma figura única centralizante, com o poder de exercer seu poder de forma indireta e de forma direta quando o aspecto político-social estabelecido não estiver de acordo com as normas constitucionais estabelecidas. Constant não foi o primeiro a estabelecer o Poder Neutro como uma figura de equilíbrio⁵⁴, mas foi o primeiro a imaginar a sua ação dentro de um contexto constitucional e de um sistema de poderes funcionais para aplicação não apenas na França, mas também em todo o mundo ocidental⁵⁵.

Ao trazer a figura do Poder Moderador como um elemento forte e presente, Constant o caracteriza como um poder que age apenas quando necessário, formando assim uma figura muito semelhante à do pensamento de Carl Schmitt de um soberano⁵⁶, entretanto diferenciada pelo fato de o Poder Moderador não ser um soberano onipotente,

⁵² ALVES, Cleber in REVISTA DO SENADO. Ano 45, Número 180 – Out/Dez – 2008. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. Por Cleber Francisco Alves. Pág. 65 a 75, Pág. 66;

⁵³ CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 19;

⁵⁴ A ideia de Poder Neutro (Poder Moderador) surgiu primeiro através do pensamento de Stanislas Marie Adélaïde, o comte de Clermont-Tonnerre. Clermont-Tonnerre foi o primeiro jurista da história a encarar o problema do eventual desequilíbrio de poderes implícito no sistema executivo-legislativo-judiciário. Em seu pensamento, o jurista francês do Século XVI foi um grande defensor da monarquia constitucional por entender que dentro do campo dos poderes do Estado estabelecido, apenas um quarto poder poderia ser capaz de trazer equilíbrio de forma ativa para o sistema de poderes, evitando assim que o mesmo perpetuasse uma falha pelo descumprimento da Constituição. Diferente do pensamento apresentando por Constant, Clermont-Tonnerre defendia uma ação contínua do Poder Real, atuando de forma direta e constante sobre os outros poderes, e que por suas características seria um Poder Neutro, fora do sistema de três poderes, unicamente hábil para corrigir qualquer anomalia existente. Constant admite em seu livro, “Escritos políticos”, que derivou a sua ideia original do pensamento de Clermont-Tonnerre, pois o mesmo tinha captado o mesmo problema no sistema, entretanto, Constant entendeu que a atuação do Poder Neutro seria unicamente legítima quando não restando ação dos outros poderes, assim agindo na exceção e não como regra. COUGNY, Adolphe Robert et Gaston, Dictionnaire des parlementaires français de 1789 à 1889. Paris: Bourelot 1889, tomo 2, Pág. 187-189;

⁵⁵ CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 20;

⁵⁶ Este tema é abordado de forma mais aprofundada no capítulo 2.1 a página 63. KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt: O político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manoelo, 2006, Pág. 277;

mas estar delimitado pela constituição vigente do país, agindo sob um controle restrito do poder constituinte e pelo fato de que o mesmo é uma representação direta da vontade do povo⁵⁷. Não há como negar a soberania do povo, mesmo em uma figura moderadora da vontade deste, pois este sempre será a figura legitimadora de todo o poder dado ao Estado⁵⁸.

Com estes elementos então podemos definir o Poder Neutro (Poder Moderador) de Benjamin Constant, que servirá de base para que possamos traçar uma definição clara do Poder Moderador entre as várias vertentes estabelecidas. Então para Constant, o Poder Moderador será o primeiro poder de seus cinco poderes apresentados, entretanto o Poder Real, portador do Poder Neutro, muitas vezes se confunde com o poder executivo em Constant. O Poder Real, em um primeiro momento, é tratado como parte superior do poder executivo, agindo como um direcionador do poder executivo. Vale lembrar que na teoria de Constant o poder é exercido por um sistema constitucional monárquico parlamentarista⁵⁹, e neste sistema, em um segundo momento, podemos observar que os dois sistemas existem em separação, possibilitando que exista um equilíbrio de poderes clássico, necessário no sistema democrático proposto. Assim, para entender as relações do Poder Neutro é necessário entender o Poder Real e sua ação neste sistema⁶⁰. O ponto que temos que destacar é a posição do Poder Real sobre todos. O Poder Real não é um poder soberano sobre o povo, como os outros poderes constitucionais, mas um poder soberano apenas sobre os outros poderes, garantindo assim que a vontade do povo seja um poder maior⁶¹.

O Poder Real, por ser um poder com força a ser exercida apenas sobre os outros poderes e não sobre as vontades individuais, irá atuar como uma força imaterial sobre os órgãos de Estado, este poder imaterial será então conferido como forma de uma garantia de continuidade da vontade soberana sobre os poderes, evitando que os mesmos se desviem da vontade constitucional. Esta ação tem um nível primário, onde os responsáveis dos poderes de Estado, como ministros e juízes se responsabilizariam de forma individual pelos seus atos, com o objetivo de que os mesmos sejam sempre

⁵⁷ CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 21;

⁵⁸ HORTA, José Luiz Borges. História do Estado de direito. São Paulo: Alameda, 2011, Pág. 28;

⁵⁹ CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 202-203;

⁶⁰ ANDRADA, Bonifácio José Suppes de. A teoria do poder moderador de Benjamin Constant e a experiência constitucional brasileira no século XIX. 2013, Pág. 9;

⁶¹ CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 222;

responsáveis pelo cargo exercido. Esta garantia vem a ser exercida pelo próprio Poder Real, que age de forma discriminada sobre os outros poderes⁶².

Entretanto, esse Poder Real não pode ser confundido por causa dessas características com os outros poderes, o Poder Real é assim pois nele está toda a construção monárquica, ou seja, parte fundante da cultura do Estado e da história da civilização, por isso encontrou corpo teórico ao colocar esse poder fora da própria organização básica do Estado, gerando assim a possibilidade que o mesmo pudesse ser atribuído a ele sem que fosse em conflito direto contra os outros poderes, neste sentido:

“Ao Poder Real Caberia moderar e equilibrar as ações dos demais poderes. Quando houvesse conflito entre os mesmos, o papel do Poder Moderador seria intervencionista. Se o comportamento do Poder Executivo torna-se perigoso, o Monarca destituiria o Ministério. Se a Câmara representasse ameaça à estabilidade política nacional, o titular do Poder Moderador a dissolve instituindo novos pares ou convocando novas eleições. Por outro lado, se o Poder Judiciário perpetra ações nocivas à sociedade, aplicando penas excessivamente rigorosas ou arbitrárias, o Monarca não modera aquele conflito exercitando o seu direito de graça ao conceder perdão”⁶³

O que Constant buscava demonstrar aqui não era apenas um instrumento de governabilidade, mas um instrumento de preservação do Estado como momento máximo dos direitos alcançados pela Revolução Francesa, ou seja, os valores que eram assim decorrentes da soberania absoluta do povo. Assim, podemos observar a busca por preservar esta soberania pelo cumprimento da Constituição, ou seja, o Poder Moderador será um poder em Constant que buscará o cumprimento da Constituição, e por este motivo, quando ele exercer a sua força não poderá exercer de forma que atente contra o que foi positivado na carta magna.

⁶² Célia n. Galvão Quirino in, CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. XXVI;

⁶³ CARVALHO, Eder Aparecido de. GILENO, Carlos Henrique. Reflexões sobre o Poder Moderador nas instituições políticas brasileiras: O pretérito e o presente. In Revista Em Tese, UFSC: mar/abr 2018;

Por fim, podemos observar que a preocupação de Constant será sobre como o Estado poderá preservar a liberdade em um ambiente onde a sua soberania poderia ser ameaçada pela própria tendência autoritária que o Estado francês tinha demonstrado nos anos anteriores.

Assim, observando os problemas relacionados ao limite da soberania, Constant atribui o poder soberano a população, como meio de uma última ratio. Nesta teoria o poder do soberano não é esvaziado ou tornado sem sentido, mas sim delimitado a necessidade de ação e comando que o povo possa demandar⁶⁴. O poder deve estar, na teoria de Constant, nas mãos do povo, porém exercido de forma única pelos soberanos, tanto na mão de uma pessoa quanto na mão de um grupo de pessoas escolhida. Entretanto, estas pessoas não poderiam utilizar-se desta soberania além do necessário e demandado pela população⁶⁵. Desta forma, a solução encontrada seria que o povo poderia então retirar o poder do soberano quando o mesmo agisse além da vontade do povo, apesar de em sua teoria nunca ter sido explicado como tal modificação poderia ser feita em um ambiente puramente constitucional regido pelos direitos fundamentais dos cidadãos franceses.

Para Constant, também seria um erro pensar que um sistema de poderes poderia garantir a liberdade e o equilíbrio de poderes em um sistema de pesos e contrapesos, como o existente na Constituição Brasileira de 1988. Para Constant, nenhuma violação a liberdade dos indivíduos pode ser legitimada por um dos poderes quando autorizada por outro dos poderes do sistema⁶⁶. Assim, o Poder Moderador teria a sua justificativa plena, onde o mesmo seria a garantia do próprio Estado com os compromissos firmados na Constituição.

Por final, podemos observar que Constant tinha uma preocupação clara e sincera com o problema da liberdade, de forma que ele observa que todo o pensamento por ele construído tinha como objetivo final manter os direitos conquistados pela Revolução

⁶⁴ Idem;

⁶⁵ ANDRADA, Bonifácio José Suppes de. A teoria do poder moderador de Benjamin Constant e a experiência constitucional brasileira no século XIX. 2013, Pág. 6;

⁶⁶ CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 13-14;

Francesa, de tal modo que o seu Poder Moderador, que atuaria fora dos poderes, deveria ser o momento máximo da liberdade, liberdade esta que seria garantida pela própria ideia de soberania popular, ou seja, o Poder Moderador, para Constant, não é apenas o poder da soberania, mas também o poder da liberdade, principalmente da liberdade de direitos como colocado por ele:

“O futuro responderá, porque a liberdade sairá desse futuro, por mais tempestuoso que ele possa parecer. Então, depois de ter por vinte anos reclamado os direitos da Espécie Humana, a segurança dos indivíduos, a liberdade do pensamento, a garantia das propriedades, a abolição de todo arbítrio, ousarei me felicitar por ter me juntado, antes da vitória, às instituições que consagraram todos esses direitos. Terei realizado a obra da minha vida⁶⁷”.

⁶⁷ Ibidem, Pag. 172;

1.1.2 Braz Florentino e o Poder Imperial

Os primeiros pensadores do Poder Moderador atuaram como defensores das tradições liberais inglesas ou das tradições conservadoras da Europa continental, desta maneira os autores brasileiros se dividiram em dois grandes grupos de pensadores do Poder Moderador: o Grupo Conservador e o Grupo Liberal. Então, para que possamos entender a construção atual do Poder Moderador, devemos entender a dicotomia vivenciada por estes autores, que tiveram como principais expoentes, inicialmente, do lado conservador Braz Florentino Henriques de Souza, que posteriormente, mas ainda no império, trouxe de forma clara o pensamento do Imperador do Brasil Dom Pedro I e do Marquês de Sabará. Do outro lado temos Zacarias de Góes e Vasconcelos, que traduziu o pensamento liberal predominante na primeira Assembleia Constituinte, principalmente de José Bonifácio e Antônio Carlos, que buscavam uma constituição que se traduzisse em uma monarquia constitucional semelhante à encontrada no Reino Unido, onde há Rainha (no caso do Brasil, Imperador).

Para que possamos entender o pensamento sobre o Poder Moderador na modernidade por parte dos autores atuais, devemos compreender o pensamento desses dois autores que foram as bases teóricas para os pensamentos posteriores, tanto críticos como construtivos e continuados.

O pensamento de Braz Florentino foi durante muitos anos não compreendido por considerar o Poder Moderador não apenas uma ferramenta de equilíbrio dos poderes, mas também por o colocar, no caso o Imperador, como ferramenta de união nacional. Desta maneira, Braz Florentino trouxe o pensamento de Benjamin Constant à realidade jurídica do país, onde havia o medo do autoritarismo por parte de um dos poderes, legitimando uma injustiça⁶⁸. Assim, a contribuição principal de Braz Florentino foi a consideração do Poder Moderador como elemento fundamental na preservação da estabilidade nacional e assim, da liberdade:

⁶⁸ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. Do Poder Moderador. Brasília: Senado Federal, 1978, Pag. 32 – 33;

“[...] rematando a teoria do governo dos *Três poderes*, que levantando sobre o modelo da constituição inglesa, Montesquieu mesmo previu de alguma sorte a grave objeção, que contra ela se pode apresentar, e procurou desvanecê-la. Esses três poderes, diz ele, deveriam formar um repouso ou uma inação; mas, como pelo movimento necessário das coisas, serão constrangidos a marchar, serão forçados a marchar de acordo⁶⁹”

O pensamento de Braz Florentino representava uma preocupação legítima, que foi ofuscada pela situação política dos anos de redação constitucionais, em que o recém independente Estado vivenciava uma latente instabilidade política, que foi excepcionalmente percebida pelos conservadores que atuavam na elaboração da constituição⁷⁰. O Grupo Conservador buscava solucionar a questão de onde deveria residir um Poder Moderador e como este Poder Moderador deveria agir frente a ameaça à integridade da Nação (no caso da Constituição de 1824, o Império). Assim, a solução encontrada pelos conservadores e traduzida de forma brilhante por Braz Florentino foi buscar a inspiração na monarquia parlamentar inglesa, porém não apenas reconhecendo a figura do Imperador figurativamente, mas também como uma figura de equilíbrio constitucionalmente colocada e ativa, seja através da figura divina do Imperador, seja através do status de chefe do poder executivo e portador do Poder Moderador⁷¹. O que Braz Florentino revelou foi que o Poder Moderador é essencialmente conservador, ou seja, tem o objetivo de manter o status quo, não apenas dos portadores do poder, mas também da forma de governo e do próprio Estado⁷².

A sua grande contribuição ao pensamento do Poder Moderador foi entender que tal poder, ao considerar a realidade Brasileira, seria mais do que um poder que buscava o

⁶⁹ Ibidem, Pág. 33;

⁷⁰ “Não podem deixar de existir nela, em maior ou menor grau, mais ou menos extensas ou restritivas, distribuídas pelos diferentes poderes ou reunidas em um” PAIM, Antônio. A discussão do Poder Moderador no segundo império. In: Curso de introdução ao pensamento político brasileiro. Unidades 3 e 4. Brasília: Ed. UnB, 1982, Pág. 21;

⁷¹ A solução encontrada pelos conservadores pós-dissolução da Assembleia Constituinte em 1823 foi a de centralizar o poder executivo na figura do Imperador, que atuava como figura superior do poder, mas que agia em momentos distintos, muito raramente pelos decretos do próprio Imperador e sua grande maioria através dos ministros nomeados pelo Imperador de forma privativa. PAIM, Antônio. A discussão do Poder Moderador no segundo império. In: Curso de introdução ao pensamento político brasileiro. Unidades 3 e 4. Brasília: Ed. UnB, 1982, Pág. 22;

⁷² SOUZA, Braz Florentino Henriques de. Do Poder Moderador. Brasília: Senado Federal, 1978, Pag. 145;

equilíbrio, mas um poder que buscava preservar o Estado. Desta forma, a opção por uma via mais conservadora na ação política visava manter a tradição política brasileira com os valores europeus, e assim a presença do Imperador como figura que buscava equilíbrio do Estado e tinha a função de garantir o melhor meio para a luta contra a anarquia institucional, que decorreu da quebra de comando no surgimento de um novo Império.

Não podemos dizer neste sentido, segundo Florentino, que a teoria do Poder Moderador é uma teoria que tem a monarquia como base. No entanto, em meio à realidade de sua época não se poderia imaginar o Poder Moderador em outra situação que não fosse na figura forte do Imperador⁷³, por isto que, ao considerar o Imperador como elemento do Estado, mas fora da organização dos poderes, foi necessário que ele tivesse algumas prerrogativas exclusivas visando a garantia da existência do Poder Moderador, independentemente das ações contrárias dos outros poderes. Assim se justifica que, na Constituição de 1824, a pessoa do Imperador era tratada com uma pessoa absolutamente irresponsável pelos seus atos, uma vez que qualquer ato do Poder Moderador seria por si só um ato do Estado buscando restaurar o equilíbrio e a soberania⁷⁴.

Deste modo, para que possamos compreender a estrutura dada pela constituinte de 1823, devemos entender a decorrente Constituição de 1824, para que a funcionalidade do Poder Moderador seja demonstrada. O poder deve ser visto como parte de um objetivo maior, objetivo este que era a possibilidade de governar o Império a partir do elemento centralizante. Antes mesmo da independência muitas partes do Brasil eram encaradas como partes administrativas independentes e isto, logo após a declaração de independência, era de fundamental importância evitar a fragmentação territorial, para assim transmitir um recado forte ao ambiente internacional, de capacidade de ação do Império Brasileiro, seja através da política, seja através da própria união nacional em torno de interesses estratégicos claros⁷⁵.

Um segundo ponto de preocupação era possibilitar o reconhecimento interno da figura central da Independência, o Imperador do Brasil, de forma que Pedro I buscava manter o seu posto intacto e digno durante o período de transição. Tal preocupação se

⁷³ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. Do Poder Moderador. Brasília: Senado Federal, 1978, Pag. 85;

⁷⁴ Ibidem, Pág. 232;

⁷⁵ RAFFAELLI, Marcelo. A Monarquia e a Republica: aspectos das relações entre Brasil e Estados Unidos durante o Império. Rio de Janeiro: CHDD; FUNAG, 2006, Pág. 31;

traduziu na dissolução da Assembleia de 1823⁷⁶, onde o desequilíbrio de poder político entre o Partido Liberal e o Partido Conservador gerou o princípio de uma constituição baseada em valores liberais ingleses, muito diferentes dos valores então presentes na monarquia portuguesa, responsável por nossa herança monárquica democrática.

Paim leciona que tal movimento, aos olhos de Florentino, representava a opção por uma constituição que tivesse bases conservadoras fortes, em outras palavras, a constituição buscava representar-se de semelhante modo ao que acontecia em Portugal e na Europa, por este motivo, ao convocar uma nova Assembleia Constituinte ao comando do Marquês de Caravelas, o Imperador queria demonstrar que o país fazia a escolha por um modelo de Estado semelhante ao modelo europeu, se distanciando da formação liberal que o constitucionalismo americano representava naquela época⁷⁷.

Tendo em mente a direção conservadora como base da Constituição de 1824, podemos entender a opção pelo Poder Moderador, pois tal poder seria, na visão de Braz Florentino, a única solução possível para a estabilização do Estado dentro da nova visão monárquica democrática que se desejava. Por isto, o Poder Moderador seria um poder que teria uma ação que atravessaria todos os poderes, de forma que tal poder seria parte do império como parte transcendente entre todos outros poderes colocados. Não pretendemos neste momento analisar a Constituição Imperial, mas a visão de Poder Moderador que preponderou e, necessariamente, a visão de Florentino. O autor construía o Poder Moderador como um poder que estaria entre os poderes, porém nunca agindo como estes poderes institucionais, mas contendo em sua figura uma parte de todos os outros poderes constitucionais, desta forma ensina Braz Florentino:

“[...] portanto, resulta que as atribuições do *Poder Moderador* podem ser classificadas em três categorias distintas, correspondentes a cada um dos outros três poderes políticos, a saber: atribuições moderadoras do Poder Legislativo; atribuições moderadoras do Poder Executivo; e atribuições moderadoras do Poder Judiciário. Na primeira categoria compreendem-se as que são mencionadas nos §§ 1,2,3 e 5, do art.101

⁷⁶ Ao dia 12 de novembro de 1823, as forças imperiais, a comando de Dom Pedro I, invadiram o parlamento e dissolveram a Assembleia Constituinte; esta noite foi denominada pelo Partido Liberal da época de Noite da Agonia (tal acontecimento será melhor tratado na parte II desta pesquisa). BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. O Brasil Monárquico: o processo de emancipação. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1976, Pág. 184;

⁷⁷ PAIM, Antônio. A discussão do Poder Moderador no segundo império. In: Curso de introdução ao pensamento político brasileiro. Unidades 3 e 4. Brasília: Ed. UnB, 1982, Pág. 24;

da constituição, isto é, o direito de nomear os senadores, de convocar extraordinariamente a Assembleia Geral, de sancionar os seus decretos e resoluções, de prorrogá-la ou adiá-la, e de dissolver a câmara dos deputados; - na segunda, a de que faz menção o §6º, isto é, o direito de nomear e demitir livremente os Ministros de Estado; - na terceira categoria, enfim, as de que tratam os §§ 7, 8 e 9 do mesmo artigo, isto é, o direito de suspender os magistrados, de perdoar e moderar as penas, e de conceder anistia⁷⁸.”

O que Braz Florentino queria demonstrar era que, para que fosse possível existir um Poder Moderador, era necessário que este poder fosse revestido de características de ação e poderes de fato, para que fosse efetivo. Para o jurista pernambucano, o Poder Moderador na Constituição representava a busca por uma figura de estabilidade. Vale aqui observar que, para Florentino, a estabilidade se encontrava ao colocar a decisão final de todos os poderes à disposição do Imperador, de forma que o Poder Moderador atuaria não passivamente, mas de maneira ativa, onde teria a função própria de voz ativa ao sancionar, vetar, escolher e perdoar.

Entretanto, vale ressaltar que, segundo Braz Florentino, esta função terminativa seria uma faculdade do poder, não sendo obrigação do Poder Moderador exercer esta função; em outras palavras, ao colocar toda última decisão no Poder Moderador, o poder constituinte estava permitindo que o Imperador pudesse exercer com amplos poderes o Poder Moderador, mas tal poder deveria ser exercido apenas à critério do próprio Imperador, que agiria apenas em situações que gerariam desequilíbrio ou atentassem contra a Constituição e a própria soberania nacional⁷⁹.

Devemos observar que o jurista pernambucano advogava pela permanência da Constituição, de forma que todos os poderes que as instituições teriam deveriam estar previstos na carta magna, assim não se poderia excluir as características do Poder Moderador, que deveria ter todos os seus poderes e atribuições positivados na lei, impedindo assim, como veio definir o Marquês de Caravelas, a existência de um Poder Real despótico, inflado de poderes que não foram nele colocados. Assim, o Poder Real

⁷⁸ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. Do Poder Moderador. Brasília: Senado Federal, 1978, Pág. 84;

⁷⁹ Ibidem, Pág. 86;

teria todas as suas atribuições perfeitamente claras, sendo aquilo que não estaria na lei, vedado ao Imperador⁸⁰.

Vale a pena ressaltar que o Poder Moderador colocado por Florentino se diferenciava em características importantes da teoria de Constant, onde, apesar do Poder Moderador ser vetor da palavra final, ela deveria ser exercida de forma subliminar, ou seja, não como fim do Estado, mas como ferramenta facultativa que poderia ser exercida ou não pela figura do Poder Real. Porém, ao considerar o caso brasileiro, foi entendido que o Poder Moderador deveria ter todas as prerrogativas constitucionais necessárias. Desta forma, o Poder Moderador terá assim a sua atuação de forma discricionária:

“[...] sendo quase todas as atribuições do Poder Moderador inteiramente discricionárias por sua natureza, visto como, ou seria impossível regular de antemão o seu exercício, ou não se poderia fazê-lo sem desvirtuar e destruir completamente a essência desse mesmo poder, não encontraremos por isso, na constituição, outras normas e outras regras, concernentes aos casos e aos modos de sua aplicação, fora das que mencionaram os Art. 142 e 154, e que todas tem por fim esclarecer a religião do Imperador, deixando não obstante, inteiramente livre e independente a sua vontade soberana no efetivo exercícios das mesmas atribuições⁸¹”.

Deste modo, Florentino coloca a característica central do Poder Moderador como um poder que deve ter em sua pessoa a liberdade absoluta e, de certa forma, o poder total. Neste sentido, aqui podemos fazer um paralelo com o que viria a ser chamado por Schmitt de soberano⁸². A pessoa do Imperador, quando dotada de todo o seu Poder Real, teria assim uma característica semelhante à do Soberano, cabendo a ele decidir todas as situações. Entretanto, difere no que a figura iria além da figura do Soberano, dada por Schmitt, que decide na exceção, e seria um soberano que decidiria sempre que necessário; e a Constituição representava a forma de pensar o Poder Moderador no Estado Brasileiro,

⁸⁰ Ibidem, Pág. 86;

⁸¹ Idem;

⁸² A questão do Poder Moderador, da exceção e do Soberano será abordada mais à frente quando iremos juntar a teoria a prática, teoria esta que foi construída tanto pelos autores citados como por outros pensadores com relação ao pensamento de Carl Schmitt;

por isso a aplicação prática, demonstrada por Braz Florentino, do Poder Moderador se diferenciava tanto da concepção de Constant; não apenas pela necessária positividade de todos os poderes e deveres do Poder Moderador na Constituição, mas também pela necessidade deste poder ser livre e relevante na busca pela preservação do Estado e da sociedade⁸³.

Por fim, podemos observar que, na teoria de Florentino, a irresponsabilidade absoluta dos atos do Poder Moderador não significava que o mesmo tinha em sua pessoa o poder absoluto, mas que tal poder deveria agir sempre em última instância, assim teses que buscavam responsabilizar outras figuras pelos atos do Poder Moderador seriam uma quebra ao pensamento constitucional da época. Para Florentino, os ministros nomeados pelo Imperador dentro de suas atribuições teriam responsabilidade semelhante aos outros poderes e, desta forma, seus atos seriam atos dos ministros e não do Poder Moderador. A ação do Poder Real seria através de uma ação de interferência muitas vezes disruptiva, assim não poderia ser caracterizada como atitudes comuns, diferente dos atos dos ministros, que seriam atos próprios do governo, não podendo assim ser confundido o ato de governar com a ação de moderar.⁸⁴

⁸³ Ibidem, Pág. 8;

⁸⁴ Ibidem, Pág. 144;

1.1.3 O Parlamento e o Poder Moderador para Tobias Barreto

Introdução Liberal de Zacarias de Goés e Vasconcelos

Antes de analisar o pensamento de Tobias Barreto devemos entender a sua origem no pensamento liberal brasileiro, pensamento que surgiu e se fortaleceu na elaboração da Constituição de 1824, principalmente na primeira Assembleia Constituinte convocada pelo Imperador.

A contribuição para a construção do conceito moderno de Poder Moderador não veio apenas da fundamental e profunda concepção conservadora, que veio ainda a ser posteriormente desenvolvida em profundidade por Borges de Medeiros em seu anteprojeto de Constituição de 1933. Antes, porém, tivemos crescente que até os dias atuais mantém uma forte corrente, o pensamento liberal do Poder Moderador, tendo seu primeiro grande expoente em Zacarias de Góes e Vasconcelos, que traduziu, durante o segundo reinado, a vontade da primeira Assembleia Constituinte, destituída em 1823, principalmente o pensamento de José Bonifácio e Antônio Carlos.

Zacarias Vasconcelos considerava o Poder Moderador uma ferramenta de garantia da governabilidade e da preservação das instituições, através de uma força que buscava ser uma força determinadora do equilíbrio⁸⁵. Para os liberais, o poder deveria ser de toda forma representando pelo parlamento, o mesmo seria responsável pela intermediação de todas as questões com os outros poderes, restando à figura do Imperador apenas a representação física do poder, de forma exemplificativa e desprovido de decisão, apenas de moral e simbolismo. A construção de tal forma de governo era muito semelhante à existente no Reino Unido⁸⁶. O pensamento liberal girava em torno da crítica à existência de um único indivíduo portador de um poder de ‘solução’ que, de tamanho efeito social, acabaria por converter todo o poder representativo da Assembleia em poder meramente ilustrativo, semelhante aos antigos Estados absolutistas da Europa continental. Cabe aqui

⁸⁵ “*Non cujuslibet ratio facit legem, sed multitudinis aut principis vicem multitudinis gerentis*” São Thomas in GÓES E VASCONCELLOS, Zacharias de. Da natureza e limites do Poder Moderador. Brasília: Senado Federal, 1978, Pág. 90;

⁸⁶ Ibidem, Pág. 28;

ressaltar que, durante todo o período de vigência do Poder Imperial até o golpe da República, o Poder Moderador em raríssimas exceções usou de suas atribuições para a garantia da ordem constitucional, ficando grande parte do trabalho a cargo do parlamento⁸⁷.

Entretanto, as preocupações dos pensadores liberais eram de certa forma muito pertinentes, visto que na própria Constituição ficava a dúvida da legitimidade do Poder Moderador. Vasconcelos questionava a origem da Soberania, analisando a dicotomia entre a delegação nacional do Imperador e o direito divino de ser Soberano. De acordo com Vasconcelos, um Poder Real apenas poderia se legitimar no poder da nação e das pessoas que compõem a sua Soberania. Por isso, a Constituição de 1824 teve a preocupação clara de colocar os poderes políticos como parte de uma delegação nacional, de forma que Vasconcelos comenta:

“Assim, pois, o Poder Moderador no Brasil é delegação nacional, porque a Constituição que 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 fundamento⁸⁸

Vasconcelos considerava que, ao contrário do que havia sido colocado na Constituição de 1824, o Poder Moderador tinha sua origem funcional na pessoa do Imperador, por isto ele considerava o Poder Moderador uma característica do direito divino, ou seja, não havia uma legítima delegação nacional de soberania sobre a pessoa do Imperador e, como deste se originaria o Poder Moderador, o Poder Moderador era um poder divino. O poder divino seria então irresistível a qualquer instituição humana, de forma que todos os atos do Imperador seriam atos de poder divino. A conclusão que o autor chega é que, se o Imperador era dotado de direito divino, este poder poderia sim ultrapassar a figura da Constituição feita por meros humanos:

“Ora, o direito de perdoar é uma das atribuições do Poder Moderador, e se esta emana de Deus, as outras não há razão para que deixem de ter a mesma origem, e consequentemente eis o Poder Moderador fundado

⁸⁷ BARRETO, Tobias. A questão do Poder Moderador e outros ensaios Brasileiros. Seleção e coordenação Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1977, Pág. 97;

⁸⁸ GÓES E VASCONCELLOS, Zacharias de. Da natureza e limites do Poder Moderador. Brasília: Senado Federal, 1978, Pág. 90;

na teoria do direito divino, quando a Constituição do Império tão formalmente o humanara, chamando-o – Delegação Nacional – Como qualquer outros poderes políticos⁸⁹”.

Assim, conclui Vasconcelos, que a legitimidade do Poder Moderador teria como base a *delegação nacional*, entretanto como tal delegação não seria passível de ser delimitada naquele momento em decorrência das características nacionais do Império, restou concluir que a *delegação nacional* seria na verdade a vontade divina que se faria através da própria ideia de vontade, tornando, por assim dizer, o Poder Imperial àquela época incompatível com a construção constitucional humana como foi colocada. Desta maneira, o autor concluía que tal poder com tamanha força não poderia se compatibilizar com as formas de governo humanas, visto que não existiria força que pudesse se colocar sobre este poder e este exerceria apenas a sua própria soberania e não a da população ou a do Estado⁹⁰.

Outro ponto que Vasconcelos observa na construção do Poder Moderador é a sua característica de estar fora do sistema clássico de divisão de poderes, e por este motivo o poder deveria ser um poder fora da própria figura do poder. Entretanto, ao delimitar o Poder Moderador na sua atuação real, o Marquês de Caravelas, no seu projeto constituinte, o colocou como “chefe” do poder executivo. O foco aqui não é a discussão da Constituição, mas o problema colocado por Vasconcelos ao trazer a teoria de Constant como base do Poder Moderador, uma vez que toda a nossa teoria advém dele, e assim não seria possível um conflito de poderes, já que, em uma primeira observação, o Poder Real seria um poder característico do Estado e não da organização política, assim, ao colocar o Poder Moderador como chefe do poder executivo, teremos um problema de definição teórica, pois a mudança na aplicação da teoria necessitaria de uma nova teoria para que ela fosse legitimada, de forma que o modelo adotado pelo Estado Brasileiro não seria uma teoria do Poder Moderador, mas uma teoria do poder monárquico⁹¹.

⁸⁹ Ibidem, Pág. 92;

⁹⁰ Idem;

⁹¹ Ibidem, Pág. 103;

Assim ao analisar este ponto de nossa Constituição de 1824, Vasconcelos observa que:

“Nem se diga que nossa forma de governo ficava isenta de tal inconveniente como criação do Poder Moderador conferido exclusivamente ao Imperador, porquanto sendo esse poder, como lhe chama neutro, poder que não frequentemente, mas, por assim dizer, com largas intermitências exerce a sua ação, a posse dele conferida exclusivamente ao Imperante não seria motivo bastante para asseverar-se a existência da monarquia ou do governo de um só⁹²”.

E depois neste sentido completa Vasconcelos:

“[...] na verdade o príncipe que fosse reduzido a possuir só a plenitude das funções, cujo complexo forma o que B. Constant denomina Poder Real, que é, com pequenas diferenças, o nosso Poder Moderador, tendo apenas no poder executivo uma parte, esse príncipe reinaria somente, não governaria, porque, se entre tais palavras pode haver diferença, [...] reinar é o papel daquele que só observa e inspeciona para intervir em casos de desinteligência e desarmonia, ao passo que governar é atributo de quem mesmo fora dessa hipótese põe mãos no leme da nau do Estado, e a dirige a bom porto⁹³”.

Assim, a crítica liberal ao pensamento do Poder Moderador ficaria até este momento enclausurada na figura do “príncipe”, principalmente na forma como este poder foi montado e na sua força absoluta a ele atribuído pelos primeiros pensadores do Poder Moderador no Estado Brasileiro. Tal crítica é de extrema importância para que fosse possível entender o pensamento de Tobias Barreto, que partindo deste ponto em comum, trouxe uma nova visão nacional sobre o Poder Moderador e como ele deveria ser em uma figura normativa, permitindo o bom convívio entre os outros poderes.

⁹² Idem;

⁹³ Ibidem. Pág. 104;

Movimento dialético em Tobias Barreto

Posteriormente, o pensamento liberal ganhou um grande expoente, Tobias Barreto, que delinear de forma inovadora a questão do Poder Moderador em uma linha nova de pensamento, de tal profundidade que preencheu as lacunas entre a origem do pensamento e sua aplicação em um ambiente real. Barreto não manteve uma visão cega da corrente liberal, mas teceu uma grande e pesada crítica à vontade liberal de estabelecer um governo de semelhante monta ao existente no Reino Unido:

“O governo do Brasil não pode ser parlamentar, à maneira do modelo que oferece a terras dos Pitt e dos Palmerston; porquanto esse regime supõe ali uma penetração recíproca do Estado e da sociedade, que em geral nos outros países vivem divorciados. O governo do Brasil não pode ser tal, atento que o sistema inglês é o resultado de um gérmen poderoso, deposto pela providência, isto é, pela mesma índole do povo, no largo ventre de sua história⁹⁴”

E ainda, como bem observado por Tobias Barreto, naquele momento histórico não fazia sentido a divisão do poder de forma a retirar a mão forte do Imperador que, após a declaração de independência, buscava manter a união do país. Entretanto, a vontade do Imperador em manter o poder não tinha como plano principal a unidade nacional, mas a manutenção de uma forma de governo herdada de Portugal⁹⁵; porém os liberais também não tinham uma visão nacional clara do ambiente que se encontravam. Por este motivo, o pensamento de Barreto trouxe a racionalidade hegeliana necessária ao pensamento do Poder Moderador, permitindo a compressão pela suprassunção (*aufhebung*) dos pensamentos continentais, não negando o pensamento dos conservadores, mas considerando as particularidades de todas as correntes de pensamentos. Nesta mesma construção, Barreto considerou o pensamento hegeliano na construção de um Poder Moderador, através de uma monarquia constitucional que buscasse o equilíbrio de poderes e a força do Imperador como elemento potencializador do Estado:

⁹⁴ BARRETO, Tobias. A questão do Poder Moderador e outros ensaios Brasileiros. Seleção e coordenação Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1977, Pág. 85;

⁹⁵ PAIM, Antônio. A discussão do Poder Moderador no segundo império. In: Curso de introdução ao pensamento político brasileiro. Unidades 3 e 4. Brasília: Ed. UnB, 1982, Pág. 13.

“[...] a que não se pode assinalar limites de existência, não deixa de ser por isso uma coisa sem apoio nos conselhos da razão. A contradição mínima que labora no fundo do sistema vai se pondo claramente a descoberto, de modo que insistir e pugnar por tal ideia tende a cair na opiniaticidade insensata⁹⁶”

E depois Barreto completa:

“Logo, convém banir essas ideias do constitucionalismo liberal, e deixar que o Imperador seja o que a constituição quis que ele fosse, isto é, independente, preponderante e soberano⁹⁷”

Assim, podemos considerar a contribuição mais importante de Barreto ao pensamento do Poder Moderador foi a necessidade de o pensar não como uma ferramenta fechada que funciona por um modelo pré-moldado, mas como uma solução que deva ser aplicada à realidade normativa, cultural e justa de cada Estado. Neste sentido, o Poder Moderador deve assumir uma realidade normativa condizente com a realidade social de onde se pretende aplica-lo como teoria válida do Estado. Desta forma, ao colocar a necessidade de considerar a construção do Poder Real como foi colocado na Constituição de 1824, Barreto analisa as origens históricas tanto francesas quanto inglesas e, desta maneira, observa que o Poder Moderador não encontrou caminhos frutíferos na França pelo fato desta se inspirar na monarquia britânica, que estruturalmente não se parecia em nada com os sistemas governamentais continentais:

“Nota-se mais: o que a França tinha então de comum com a Inglaterra, não era um atributo de si mesma, um produto espontâneo de sua natureza, mas uma imitação do próprio modelo inglês. Menos possível se tornava a formação de uma ideia geral de monarquia representativa. O certo é que a noção embora incompleta, do governo britânico era que havia de positivo na mente dos publicistas. Deste modo, observando um simples fato particular, generalizaram-no e subiram com ele nas alturas

⁹⁶ BARRETO, Tobias. A questão do Poder Moderador e outros ensaios Brasileiros. Seleção e coordenação Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1977, Pág. 84;

⁹⁷ Ibidem, Pág. 85;

do absoluto. Esta ideia geral teria sido uma concepção científica? Não, foi uma concepção artística⁹⁸.

Deste modo, podemos observar que o pensamento de Barreto irá partir de uma crítica forte ao liberalismo brasileiro, que buscava copiar os modelos e fórmulas uma vez implementadas em outros países e sistemas políticos, de forma que as principais críticas feitas a Vasconcelos iam de encontro a concepção que os liberais tinham de Monarca, sendo uma ideia inglesa, distante da realidade brasileira, cometendo assim os mesmos erros sistemáticos que a França havia cometido e que haviam gerado décadas de instabilidade jurídica naquele país. Por isso, chegou à conclusão que o pensamento liberal buscava uma solução onde o Imperador representasse não apenas a sua figura Real, mas uma figura transcendental que iria condensar toda a boa vontade humana em sua pessoa:

“Os Liberais em geral, mas sobretudo o liberalismo brasileiro, encerra alguma coisa de análogo ao messianismo judeu, encarado pelo lado ínfimo e prosaico⁹⁹”.

E mais à frente em sua obra, com duras palavras completa:

“ De igual maneira o liberalismo entre nós, que não passa de uma escatologia política, só faz ouvir promessas de melhoramento, os seus gritos proféticos de abalo e renovação social, quando apraz ao Imperador arredá-lo dos conselhos da coroa e distribuir com o outro partido o pão da vida governativa. Fora disto, e quando no gozo do conchego régio, adeus, liberdade, e bem assim todo o sistema de ilusões que enfloram essas palavras¹⁰⁰”.

Barreto buscava demonstrar que a opção por uma teoria do Estado que fosse então baseada no equilíbrio do Poder Moderador, não necessariamente deveria passar por um modelo político conservador ou liberal, visto que tal opção seria sempre baseada na

⁹⁸ Ibidem, Pág. 103;

⁹⁹ Ibidem, Pág. 105;

¹⁰⁰ Ibidem, Pág. 106;

necessidade estruturante do próprio Estado. De fato, devemos observar que durante a segunda metade do Século XIX, a discussão do Estado acabou por se concentrar em torno da opção liberal do Estado¹⁰¹, tal opção fazia-se forte por pressão política externa dos países de língua inglesa:

“[...] A Inglaterra que lutou durante séculos e acabou por submeter a realza à disciplina do seu parlamento, na falta de *common Law* ou de *Statute Law*, que determinem a demissão dos seus ministros, apela para a sua história, para os seus costumes feitos e consagrados. Não assim porém os outros países, como o nosso, onde o parlamentarismo, se não antes a sua caricatura, é de data bem recente, e por conseguinte as chamadas *normas e práticas* parlamentares, que são constantemente invocadas, ainda se acham em via de formação, ou ainda constituem objeto de controvérsia¹⁰²”.

Barreto queria assim demonstrar que a vontade constitucional de 1824 passava por uma opção monarquista parlamentarista, entretanto não poderíamos importar um modelo externo ao que foi proposto pelos pensadores conservadores. De fato, o objetivo da Constituição era a presença de um Imperador forte e Soberano, limitado apenas pela moral e pelos bons costumes (seja o que for que estas palavras signifiquem), e por este motivo não poderíamos tentar interpretar o nosso parlamentarismo, com um Poder Moderador claro e atuante, como um poder moderado pelos costumes e convenções; não havia espaço normativo, uma vez colocado o Poder Moderador, o mesmo deveria então atuar como previsto, e de fato a nossa Constituição, dentro das teorias constitucionais existentes, abordou de forma clara as possibilidades e as limitações do Poder Moderador¹⁰³.

¹⁰¹ Devemos ressaltar que tal pressão para que o país se adota a opção liberal em vez de um pensamento próprio do Estado Brasileiro, tem origem mesmo no início do império de Pedro I e continuo por todo o período imperial, culminando no golpe Republicano. Tal momento histórico foi uma construção não apenas do momento de enfraquecimento do poder do Imperador após a guerra do Paraguai, ou mesmo o fortalecimento das Forças Armadas por decorrência da mesma, mas sim de uma grande influência continua entre os pensadores, políticos e diplomáticos, de tal maneira que o pensamento Liberal era visto como a única opção que salvaria o país de seu “destino”. RAFFAELLI, Marcelo. A Monarquia e a República: aspectos das relações entre Brasil e Estados Unidos durante o Império. Rio de Janeiro: CHDD; FUNAG, 2006, Pág. 175;

¹⁰² BARRETO, Tobias. A questão do Poder Moderador e outros ensaios Brasileiros. Seleção e coordenação Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1977, Pág. 116 - 117;

¹⁰³ Ibidem, Pág. 119;

Por fim, devemos observar que, para Barreto, até mesmo a forma parlamentar de governo não seria adequada para o Estado Brasileiro, visto que o mesmo considerava a sua aplicação dependente de uma cultura e construção histórica muito variada, necessitando assim de tempo para o desenvolvimento social e cultural, para que os próprios problemas do parlamentarismo fossem solucionados sem que os mesmos pendenciassem para crise institucionais. Neste sentido, fica claro que para Barreto a forma de governo não era fator determinante para a aplicação do Poder Moderador, visto que os autores até aqui estudados colocavam o parlamentarismo como momento de surgimento do Poder Moderador. Assim, o autor considerava que até mesmo em um presidencialismo seria possível a existência de um poder deste tipo, que fosse compatível com a formação social e cultural da sociedade¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Ibidem, Pág. 120;

1.3 Finalidade do Poder Moderador

Após observar as visões dos autores acima, faz-se necessário que observemos a qual seria então a função do Poder Moderador, de modo que a função de tal poder tomou características distintas na França e no Brasil, diferenças estas que foram causadas pelo fato de que, ao encontrar caminho na realidade, foi necessário que o mesmo sofresse algumas adaptações às nossas realidades legais, possibilitando a existência de um Poder Real verdadeiramente efetivo dentro das necessidades legais. Neste sentido, a vontade de Benjamin Constant era que o Poder Moderador fosse o último momento, momento no qual a vontade constitucional fosse garantida por meio da ação de um poder previsto na lei, e que, usando de sua força, restabeleceria a ordem normativa que fora quebrada por qualquer um dos outros poderes¹⁰⁵.

Constant considerava que a figura que tivesse em mãos tal poder, teria poder apenas sobre os outros poderes do Estado, de forma que o Poder Moderador seria apenas voltado para cima, para os outros poderes constitucionais, pois o mesmo estaria sujeito à vontade máxima da população e por isso deveria seguir ela como seu objetivo fim. Vale aqui relembrar que o conceito de Soberania para Constant se baseava na Soberania que era emanada do povo e esta, como virtude máxima do Estado e valor real da Revolução Francesa, deveria guiar toda a forma de agir do Poder Moderador. Assim, o problema encontrado por Constant será o da soberania absoluta dos poderes, soberania esta que poderá atravessar de forma cruel a soberania individual e a vontade coletiva, que é quando o Poder Moderador deverá agir, restaurando o equilíbrio:

“A democracia é a autoridade depositada nas mãos de todos, mas apenas a autoridade suficiente e necessária à segurança da sociedade; a aristocracia é essa autoridade confiada a uns poucos; a monarquia, essa mesma autoridade entregue a um só. O povo pode abdicar da autoridade em favor de um só homem ou de um, pequeno número; mas o poder será sempre limitado, como o é o do povo a quem o conferiu.

¹⁰⁵ ALVES, Cleber in REVISTA DO SENADO. Ano 45, Número 180 – Out/Dez – 2008. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. Por Cleber Francisco Alves. Pág. 65 a 75;

Suprimindo-se a palavra absoluto inserida gradativamente na construção das frases, todo o terrível sistema de Hobbes desmorona. Com esta palavra, nem a liberdade, como se verá a seguir, nem a tranquilidade e a sorte são possíveis em qualquer instituição. O governo popular não é senão uma tirania convulsiva; o monárquico, um despotismo mais centrado. Quando a soberania não é limitada, não há nenhum meio de se colocar os indivíduos sob proteção dos governos. Em vão se pretenderá submeter os governos à vontade e todas as preocupações tornam-se ilusórias¹⁰⁶.

Assim, o Poder Moderador tinha uma função bem clara em Constant, a de buscar equilíbrio entre os poderes, garantindo a soberania de todos evitando assim que os poderes do Estado atuem com soberania ilimitada, promovendo a injustiça. Neste ambiente, o Poder Real será aquele que atuará de forma pontual, evitando o descumprimento da Constituição e a legitimação de uma atitude ilegal, ou seja, que seja contrária à Constituição, esta que na visão de Constant representaria o ponto máximo da soberania da população¹⁰⁷.

Nós temos de uma forma bem diferente a função do Poder Moderador no Estado Brasileiro, que em nossas terras adquiriu uma amplitude de ação expandida, agindo não apenas como o momento da realização da soberania, mas também como *ultima ratio* política e social. Na Constituição de 1824, como já pode ser observado nos pontos anteriores, o Imperador não tinha uma simples obrigação de ação restauradora do equilíbrio, mas tinha constitucionalmente o dever final de julgar todas as atitudes tomadas pelos outros poderes, seja ele executivo, legislativo ou judiciário. Assim, enquanto em Constant e em sua teoria política o Poder Moderador seria uma força externa em relação aos outros poderes e apenas a eles, no Brasil este Poder seria uma força motriz que não apenas buscava legitimar, mas através dos seus atos garantir a harmonia entre os poderes, sendo pela sua figura ou por meio de seus atos previstos de forma positiva na

¹⁰⁶ CONSTANT, Benjamin. Princípios políticos Constitucionais. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, Pág. 33;

¹⁰⁷ COSTA JUNIOR. Luiz Roberto Guimarães da. Poder Moderador: o quarto poder no Segundo Reinado (1840-1889). – Mestrado em ciências políticas. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2002, Pág. 48;

Constituição. A figura do Imperador seria a figura que traria legitimidade ao poder, sendo momento de equilíbrio, revestida de uma grande responsabilidade, o motor político da Constituição do império¹⁰⁸. Neste sentido, podemos observar o que diz o Marquês de São Vicente:

“Estes Atributos são inseparáveis da monarquia, são dogmas políticos consagrados por justo e irrecusável interesse público. É um princípio de ordem e segurança nacional, princípio quanto ao poder perfeitamente resguardado pela responsabilidade ministerial, e quanto aos fatos individuais pela fundada crença de que tão alta posição, a majestade e suas virtudes e ilustrações jamais terão ocasião de infringir as leis. Só um sofrimento moral poderia contrariar essa crença¹⁰⁹”.

A figura do Imperador, em sua tradição existente no Brasil, atraiu para sua competência o dever de exercer o poder, mas dentro de um sistema monárquico constitucional, respeitando a soberania do povo. O Imperador adquiriu desta forma o poder último, ou seja, ele poderia agir quando necessário fosse em seu julgamento, cabendo apenas à sua pessoa o papel de decidir como e quando agir, muito diferente do que pode ser observando em Constant, onde as situações para ação do Poder Moderador eram extremamente restritas e delimitadas, característica típica do constitucionalismo francês daquela época¹¹⁰.

Por este motivo, devemos considerar a finalidade do Poder Moderador no Brasil não como incorreta, mas como a necessária para que a realidade efetiva do Estado e as necessidades do país fossem suprimidas em um governo que buscava a unidade de várias questões pertinentes para a nossa história, cultura e para a própria origem colônias. Devemos ter sempre em mente que mesmo sendo um país ocidental, de colonização Europeia, não significa que teremos que seguir apenas a tradição francesa ou inglesa, mas todo o conjunto das tradições que formaram a história política de nosso país, seja ela

¹⁰⁸ BARRETTO, Vicente e PAIM, Antônio. Evolução do pensamento político brasileiro. Belo Horizonte: Itatiaia, 1989, Pág. 48;

¹⁰⁹ SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, marques de. Direito público Brasileiro e a análise da constituição do império. Brasília: Senado Federal e UNB, 1978, Pág. 205;

¹¹⁰ BARRETTO, Vicente e PAIM, Antônio. Evolução do pensamento político brasileiro. Belo Horizonte: Itatiaia, 1989, Pág. 60;

francesa, espanhola, portuguesa e alemã. Assim, a figura histórica do Poder Moderador em nossa pátria será sempre a supressão de todos estes movimentos e teorias políticas, sociais e estatais, buscando entre os meios possíveis a realização efetiva dos valores constitucionais representados na Constituição de 1824, que se perpetuaram pela nossa história.

1.4 Poder Moderador e constituição

Como foi observado, o Poder Moderador não é uma força onipotente que possa agir como uma cruz de ferro sobre os Estados soberanos. Desta forma, observamos o caso da Constituição de 1824, onde de forma clara o Imperador era colocado já inicialmente no artigo 4 de sua Constituição:

“Art. 4º: A Dynastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I actual Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil”¹¹¹.

A colocação da figura de defensor perpétuo do Brasil é muito criticada por Tobias Barreto, que via a figura quase divina do Imperador, como colocada na Constituição, como uma figura não correspondente ao Poder Moderador de Constant, e também via uma inversão dos valores parlamentares e monárquicos colocados por Hegel¹¹². Talvez o ponto de maior entrave seja mesmo o notório capítulo I do título 5º, principalmente o inovador Artigo 98, que foi muito questionado por Barreto, onde o mesmo traçou um paralelo entre a figura do Imperador esperada em Hegel e a figura que foi alçada pelo poder constituinte à figura de chave fundamental do equilíbrio de Estado:

“[...] parece apropriado ao tempo e às circunstâncias apreciar com calma o que de mais importante se há escrito sobre ser ou não ser entre nós possível um governo parlamentar, um governo à inglesa, onde o rei figurasse, segundo uma expressão de Hegel, como o ponto em cima do *i*.¹¹³”

A primeira característica que podemos extrair do aparecimento do Poder Moderador na Constituição brasileira é que o mesmo foi fruto do poder constituinte, assim

¹¹¹ No artigo 4, logo no título 1, onde é detalhada a forma de governo presente no país, podemos observar a colocação da figura do Imperador, de forma constitucional, como figura soberana e objetivamente capaz de defender o país. A figura de um *defensor perpétuo* deve ser sempre analisada dentro de um prisma religioso, neste caso, católico, religião professada na Constituição de 1824 e que trazia o elemento fundador de perpetuidade e justificação da figura do Imperador, como visto no artigo 5. CONSTITUIÇÃO POLITICA DO BRAZIL: Constituição imperial de 1824;

¹¹² BARRETO, Tobias. A questão do Poder Moderador e outros ensaios Brasileiros... Pág. 84;

¹¹³ Idem;

seria a vontade do povo, fonte última de todo o poder do Estado. Podemos observar as implicações máximas da vontade e da soberania popular ao colocar este poder não como uma ferramenta, mas como um quarto poder de soberania clara e caráter ilimitado sobre os outros poderes. Neste sentido, podemos observar claramente a influência de Constant, que define o Poder Moderador como um poder sobre os outros poderes, limitado pela soberania popular, e como esta é expressa pela Constituição, podemos ver que o poder será limitado através da própria Constituição.¹¹⁴

O Poder Moderador então necessita de uma forma que possibilite sua atuação, assim como também precisa de uma previsão constitucional que legitime sua ação sobre os outros poderes. Como já pudemos analisar, o Poder Moderador é em regra um poder de ação na exceção e por este motivo sua ação é, de certa forma, rara, atuando no momento contrário à normalidade¹¹⁵.

O Poder Moderador deve então não apenas ser autorizado pela Constituição, mas também ser delimitado. É característica do Poder Moderador a sua limitação extrema de ação, visando apenas o equilíbrio das instituições e a preservação do Estado contra ingerências do próprio Estado, como a ação de um poder contra o equilíbrio dos poderes. A teoria do Poder Moderador será a forma natural encontrada por vários pensadores do Estado para preservar o equilíbrio de poderes teorizado por Montesquieu. Podemos assim observar que na construção normativa brasileira, como colocado por Barreto, o Poder Moderador deveria ser previsto no ordenamento brasileiro, buscando garantir todo seu aspecto de ação dentro da norma e da legalidade, de forma que o poder seria sim um poder constitucional legítimo do Estado por sua legalidade e previsão legal¹¹⁶.

¹¹⁴ GÓES E VASCONCELLOS, Zacharias de. Da natureza e limites do Poder Moderador. Brasília: Senado Federal, 1978. Pág. 32

¹¹⁵ SCHMITT, Carl. O Conceito do Político. Lisboa: Edições 70, 2015. Pág. 62;

¹¹⁶ BARRETO, Tobias. A questão do Poder Moderador e outros ensaios Brasileiros. Seleção e coordenação Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1977, Pág. 119;

2. Poder Moderador e o soberano

Após a introdução da relação de Carl Schmitt com o Estado, podemos começar a desenvolver o vínculo que o poder moderador moderno desenvolve com o Soberano proposto pela teoria schmittiana. Como podemos ver, o nexo do poder moderador no Estado é uma relação diferente da observada na sua origem formadora, o poder moderador não se encontra apenas na proximidade do mediador e cumpridor dos poderes, mas se encontra agora sob forma de garantidor do Estado e agirá em determinados momentos, e estes determinados momentos, como ainda veremos, serão os momentos de exceção¹¹⁷. Porém, antes de analisarmos a exceção, devemos analisar a figura de um “soberano”, buscando responder à pergunta feita por vários pensadores do poder moderador: seria o Poder Moderador o Soberano?

Devemos entender em primeiro lugar que o Soberano é quem decide na exceção¹¹⁸; pelo fato de sua ação começar em um momento de excepcionalidade do Estado, que terá assim origem não apenas na interferência internacional, mas principalmente no momento de anormalidade do cumprimento da norma jurídica, seja pela sua insuficiência, seja pelo fato do próprio equilíbrio de poderes ter sido comprometido por uma das instituições que irão então atentar contra a soberania democrática¹¹⁹.

A relação entre o Poder Moderador e o Soberano é colocada por Schmitt como uma relação de intimidade a ser considerada: inicialmente, vemos que os dois poderes podem ser melhor definidos no momento de excepcionalidade, visto que os dois poderes terão por função buscar a normalidade. Em seguida, vemos que o portador do Poder Moderador deve ser capaz de exercer força de coação o suficiente para que todos os outros

¹¹⁷ ALVES, Cleber in REVISTA DO SENADO. Ano 45, Número 180 – Out/Dez – 2008. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. Por Cleber Francisco Alves. Pág. 70;

¹¹⁸ SCHMITT, Carl. Teologia Política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, Pág. 7;

¹¹⁹ CARDOSO, Paulo Roberto. Soberania e exceção em Carl Schmitt. Dissertação de Mestrado – UFMG, Belo Horizonte, 2009, Pág. 41;

poderes se submetam a ele. Por final, o Poder Moderador e o Soberano terão a ação firmada apenas no momento da anormalidade, entretanto, diferente do Soberano, o Poder Moderador perde a sua legitimidade quando o mesmo permanece no poder além do momento de exceção, tornando-se assim o portador do poder soberano sem que exista um poder que possa exercer o equilíbrio da Soberania, gerando assim uma força contrária que tudo pode inclusive atentar contra a liberdade subjetiva.

Por este motivo, antes que possamos construir um conceito de Poder Moderador, devemos entender de forma breve a relação que é construída entre o soberano e a sua ação no Estado, observando assim a relação dialética da Normalidade com a guerra e, por final, o poder do Político na sua proximidade com a definição do Soberano de Schmitt e o momento final de sua atuação no Estado como Poder de fato.

2.1 Soberania e o Estado de Exceção: Carl Schmitt

Para entender a íntima relação do Poder Moderador com o Soberano devemos entender o que vem a ser a Exceção. Para entender a Exceção, devemos analisar a normalidade e deste modo voltar ao pensamento do jurista alemão Carl Schmitt.

Ao colocar a ideia de Norma (*Rechtsstandard*), Schmitt necessariamente coloca a ideia contrária à norma, a Exceção (*Ausnahme*). Assim como o Estado pressupõe o conceito de Política, a normalidade pressupõe a exceção. A Política encontra seu caminho não apenas na Norma, como elemento centralizador da normalidade positivamente colocada no Estado de Direito, mas também na Exceção, momento em que as teorias políticas encontram sua realização empírica¹²⁰. Schmitt considera a normalidade o momento mais comum de toda a realização do Estado, porém é na exceção que a sua teoria encontra vida prática e realização subjetiva:

“A exceção é mais interessante do que o caso normal. O que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da exceção. Na exceção, a força da vida real transpõe a crosta mecânica fixada na repetição¹²¹. ”

Então, para entender a Exceção para Schmitt devemos em primeiro lugar entender a normalidade. Ao colocar a Exceção como um evento condicionado ao momento, o jurista alemão estabeleceu que devemos entender todos os momentos que levam a Exceção e, em um ambiente analítico de visão ampliada, a falta de normalidade que gera a Exceção, que é o momento da existência de todo o objeto final da formação ética do Estado¹²².

Neste sentido, o que vem a ser normalidade? A preocupação básica filosófica direta de Schmitt é o pensamento da lei no contexto das condições de sua possibilidade,

¹²⁰ CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. Secularização Inacabada: Política e direito em Carl Schmitt. Curitiba: Appris, 2011. Pág. 252;

¹²¹ SCHMITT, Carl. Teologia Política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pág. 15;

¹²² HEINRICH, Meier. Die Lehre Carl Schmitts. Vier Kapitel zur Unterscheidung Politischer Theologie und Politischer Philosophie. Stuttgart: Weimar, 2004, Pág. 177;

ou seja, a normalidade do Estado é necessariamente da ação do político¹²³. Nesta mesma definição, podemos encontrar a Exceção, que como dito é o momento contrário na dicotomia com o normal. No entanto, uma vez que a situação ‘normal’ é sempre frágil e vulnerável para Schmitt, ele considera que a necessidade paradoxal de violar as normas legais é necessária para estabelecer a possibilidade da validade da lei. Esta possibilidade de contrariar a norma legal é elemento chave na teoria do político.

Assim a questão do normal e da Exceção está diretamente ligada à questão da soberania e do guardião da constituição ou à um Poder Moderador, ou seja, ao poder discricionário do Estado em seu momento mais elevado. A dialética da norma e da exceção levará à interpretação do poder constitucional em seu éthos. Schmitt argumenta que toda constituição não está à disposição de mudanças pelas maiorias políticas (movimentos políticos comuns do Estado), pois o sistema constitucional é bastante invariável¹²⁴.

A relação entre a Normalidade e a Exceção é a forma de ação de sua teoria política. A Exceção é um fato que deve ser previsto, não no sentido de aplicação de leis de forma ampla, ou mesmo através de uma positivação legal¹²⁵; como sintetizado na frase de Schmitt: "Não existe uma norma que possa ser aplicada ao caos". Assim, entra a importância da ação política, elemento intrínseco do Estado e da formulação da normalidade na sua possibilidade e também da exceção, como momento de ação dentro dos princípios constitucionais e da vontade especificada do povo através de seus representantes eleitos¹²⁶.

A normalidade, para Schmitt, é criada pelo Estado como elemento de sua substância ética. Sendo decorrente deste fato, podemos observar que

“[...] toda norma, pressupõe uma situação normal. Não há norma em vigor no vazio, numa situação não normal (em relação a norma). Se o

¹²³ Idem, Pág. 179;

¹²⁴ Idem, Pág. 181;

¹²⁵ DYZENHAUS, Dave. Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism. London: Durham & London, 1998. Pág. 222;

¹²⁶ Ibidem, Pág 271;

Estado ‘coloca as condições externas da vida ética’, isso significa: ele cria a situação normal¹²⁷”

Neste momento, podemos ver na teoria do jurista alemão a conjunção de fatores que levará ao centro de sua teoria política, visto que a progressão filosófica necessária para a compreensão da Exceção passa pela formação ética do Estado¹²⁸ e, em seguida, pela concepção de normalidade e Exceção. Após estes conceitos, podemos prosseguir para a segunda parte de sua teoria:

“ Na exceção, as normas do direito revelam sua impotência frente à situação concreta ou ao estado de necessidade extremo que põe em risco a própria existência do Estado¹²⁹”

Amigo X Inimigo e a relação de Normalidade

A relação amigo-inimigo que Schmitt estabelece em sua obra “O conceito do Político” é de fundamental importância para a compreensão da situação extrema da exceção e do Político como elemento de atuação no Estado ético. O inimigo é mais que um adversário usual ou mesmo um concorrente, é a negação máxima do Estado colocada no contexto externo do mesmo. Segundo Kervégan:

“O inimigo é, em sua determinação especulativa, o aspecto exteriorizado da *negatividade* constitutiva da identidade positiva de si da vida ética¹³⁰. ”

Neste sentido, assim completa Cardoso:

¹²⁷ SCHMITT, Carl. Teologia Política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, Pág. 162;

¹²⁸ KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole, 2006, Pág. 151;

¹²⁹ CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. Secularização Inacabada: Política e direito em Carl Schmitt. Curitiba: Appris, 2011. Pág. 252;

¹³⁰ KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole, 2006, Pág. 157;

“A inimizade constitui, portanto, a expressão mais radical da experiência da alteridade, ou seja, a circunstância em que a diferença é percebida como uma negação absoluta¹³¹. ”

O conceito de inimigo não parte apenas de um pensamento de Schmitt, mas passa pelo conceito hegeliano de inimigo do Estado. O pensamento hegeliano é a base para a relação entre o político e o Estado estabelecida por Schmitt, neste sentido Kervégan nos traz de forma clara a definição básica da relação:

“Mas essa relação de exterioridade, que se encontra exposta por meio do duplo processo da ‘repulsão’ e da ‘atração’, é, na realidade, apenas o desvio graças ao qual a identidade imediata do ser qualitativo consigo mesmo aparece mediatizada por sua diferença, por seu outro, por sua negatividade¹³²”

A relação com o inimigo é a da negatividade máxima posta. É o momento do contrário aos interesses do Estado. O caráter do político e sua formação se encontram dentro de uma relação de antagonismos ao interesse da situação, esta relação se encontra dentro da contraposição amigo-inimigo, sendo o seu momento mais extremo, o inimigo, caracterizado pela necessidade de aniquilação (guerra) do outro¹³³.

Ao dividir a atuação lógica do político na contraposição amigo-inimigo, Schmitt estabelece, em seu sentido concreto, um elemento existencial. Este movimento é próprio do político e inerente à sua natureza, esta definição sempre estará pautada no limite da guerra, não existindo este movimento no momento da paz¹³⁴. Por estar diretamente relacionado ao momento da exceção na atividade do Estado, a relação com o inimigo é uma relação de negação total, assim, continua Kervégan:

¹³¹ CARDOSO, Paulo Roberto. Soberania e exceção em Carl Schmitt. Dissertação de Mestrado – UFMG, Belo Horizonte, 2009, Pág. 40;

¹³² KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole, 2006, Pág. 158;

¹³³ SCHMITT, Carl. O Conceito do Político. Lisboa: Edições 70, 2015, Pág. 56;

¹³⁴ Ibidem, Pág. 54;

“A inimizade não é outra coisa senão a relação negativa de si da totalidade ética¹³⁵. ”

O inimigo só existirá do ponto de vista político, como aquele que atua externamente contra a eticidade do Estado, minando o interesse coletivo que busca a realização da liberdade subjetiva. O inimigo colocado por Schmitt sempre estará contra a comunidade, com o objetivo de desestabilizar a sociedade, agindo contra os interesses do Estado¹³⁶.

Assim, segundo Cardoso:

“O inimigo é determinado externamente, uma vez que ele é o ‘outro’, o estrangeiro, não interessando que ele seja moralmente bom ou esteticamente bonito¹³⁷”

O inimigo será em regra externo, visto que o mesmo atua contra o Estado. O inimigo interno será aquele que atua dentro do Estado em favor de uma ruptura da continuidade do mesmo (revolucionário). Na teoria de Schmitt, é de fundamental importância para a concepção do inimigo que o mesmo seja um elemento comum para toda a sociedade, sociedade representada no Estado democrático pelo político¹³⁸.

Ainda neste sentido, o conceito de inimigo é de forma simples e direta aquele que não é amigo, não integrante de sua eticidade, nem de sua relação política no caráter positivo, a negação máxima do outro em face do objeto antagonista que o define da forma colocada por si mesmo¹³⁹. Assim, o inimigo faz parte de algo que eventualmente se tornará o seu extremo, ou seja, a luta armada como realização da ação de inimizade no

¹³⁵ KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole, 2006, Pág. 159;

¹³⁶ MARCELO Jr, Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a fundamentação do direito. São Paulo: Max Limonad, 2010, Pág. 122;

¹³⁷ CARDOSO, Paulo Roberto. Soberania e exceção em Carl Schmitt. Dissertação de Mestrado – UFMG, Belo Horizonte, 2009, Pág. 43;

¹³⁸ HEINRICH, Meier. Die Lehre Carl Schmitts. Vier Kapitel zur Unterscheidung Politischer Theologie und Politischer Philosophie. Stuttgart: Weimar, 2004;

¹³⁹ O político é um elemento integrante do próprio Estado, participante da unidade interna da comunidade. O seu conceito é formado de fora para dentro, através da definição dos seus antagonismos e dos seus elementos de ação dentro do Estado e fora do mesmo, independente do justo ou do moral, mas dependente do fato do externo ao político, seu antagonista, não ser um semelhante. CARDOSO, Paulo Roberto. Soberania e exceção em Carl Schmitt. Dissertação de Mestrado – UFMG, Belo Horizonte, 2009, Pág. 43;

real¹⁴⁰. O inimigo está diretamente relacionado com o público, já que o mesmo só pode ser um *inimigo público* (*Staatsfeind*), pois será inimigo da sociedade, da união ética do Estado, negando assim seu caráter pessoal e o colocando em seu momento de contraposição ao político como figura representante do povo¹⁴¹:

“ A contraposição política é a contraposição mais intensiva e extrema, e qualquer carácter concreto de contraposição é tanto mais político quanto mais se aproximar do ponto mais extremo, do agrupamento amigo-inimigo¹⁴²”

A guerra como momento de exceção

O conceito amigo-inimigo pressupõe a guerra como momento de Exceção, neste sentido Schmitt trabalha a relação da guerra em si como elemento da política¹⁴³ e não como a política exercida por outros meios como colocado por Clausewitz, que afirma que “A guerra parece um momento puramente militar e menos político”¹⁴⁴. Para Schmitt a guerra não é o objetivo central do político, é apenas o momento mais extremado da inimizade. O éthos do Estado não pode ser apenas a relação de inimizade extrema (*Krieg*), porém não pode ignorar que, no momento de necessidade, a opção militar deve ser exercida. Para Schmitt, o soldado não é o político no momento da guerra, mas é uma ferramenta utilizada pelo político e, por este motivo, o mesmo não está inserido na relação

¹⁴⁰ SCHMITT, Carl. O Conceito do Político. Lisboa: Edições 70, 2015, Pág. 61;

¹⁴¹ Ibidem, Pág. 56;

¹⁴² Ibidem, Pág 57;

¹⁴³ Ibidem, Pág 63;

¹⁴⁴ Carl von Clausewitz, autor da renomada obra “Da Guerra” (*Vom Kriege*). Para Clausewitz, a guerra e a política se confundem (política por outros meios). Para ele, a política é apenas aparência, de maneira que a razão tenta justificar a guerra com motivos ideológicos, políticos e sociais. No parágrafo 24 de sua obra, o pensador militar prussiano afirma: “Quanto mais grandiosos e poderosos forem os motivos da guerra, quanto mais afetarem a própria existência da nação, quanto mais violenta for a tensão que precede a guerra, tanto mais a guerra será conforme a sua forma abstrata; e quanto mais ela procurar a destruição do inimigo, quanto mais a finalidade militar e os objetivos políticos coincidirem, tanto mais a guerra parecerá puramente militar e menos política” - CLAUSEWITZ, Carl Von. Da Guerra. Rio de Janeiro: Editora perspectivas realidades, 1976, Pág 92; Schmitt diverge de Clausewitz ao afirmar que a política é o momento mais extremado, não o momento da *ultima ratio* como colocada pelo general prussiano, onde a guerra é um momento independente da ação do político nas preservações do Estado. SCHMITT, Carl. O Conceito do Político. Lisboa: Edições 70, 2015, Pág. 63-64;

de causa da Exceção e da guerra, sendo apenas uma ferramenta utilizada pelo poder constitucional como meio de lidar com a exceção.

A guerra não é conteúdo da política, nem faz parte de sua meta ou forma, mas é um *pressuposto* latente, com vias reais de vir a existir, comportando o pensamento real do político¹⁴⁵.

O conceito de guerra é diretamente relacionado com o Estado e a dicotomia entre Exceção e Normalidade, necessária para a compreensão da ação de equilíbrio do Estado, principalmente respaldado pelas relações necessárias entre Estados soberanos. Hegel já caracterizava este momento (§339) como momento das relações interestatais, presentes sempre na guerra e na paz¹⁴⁶. Assim a guerra *moderna* está relacionada com os Estados:

“A definição moderna da guerra como relação relativamente regulada entre Estados, sendo que cada um é o único juiz da legitimidade de sua causa – Hegel diz que ‘seus direitos [...] têm sua *efetividade* em sua vontade particular’¹⁴⁷”

Neste momento, por se tratar de relações entre Estados, a ideia de guerra justa coloca o inimigo como algo presente, as suas ações são, do ponto de vista do *justus hostis*, inteiramente justificadas no momento das relações interestatais¹⁴⁸.

O Estado tem o dever ético de se preservar, visto que o mesmo realiza o bem de todos aqueles que dele dependem. Deste modo, a preservação do Estado será por meio da ação direta e própria do mesmo; nesta teoria, o Poder Moderador será então o momento ético necessário para a preservação do Estado e, para Schmitt, será o momento necessário na guerra, momento claro da ameaça ao Estado de direito e às realizações da liberdade. Nesta teoria então, será necessária a ação do soberano que atuará como elemento de ligação do Poder Moderador e da Exceção, e o Poder Moderador atuará acima das leis para a preservação do Estado social colocado. Assim é natural a ação do Político de

¹⁴⁵ SCHMITT, Carl. O Conceito do Político. Lisboa: Edições 70, 2015, Pág. 64-65;

¹⁴⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Filosofia do Direito. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010, pág. 305;

¹⁴⁷ KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole, 2006, Pág. 161;

¹⁴⁸ Como dito anteriormente, as relações interestatais estão colocadas em um estado de natureza composto por todos os Estados. Os Estados soberanos não podem, segundo Schmitt, estar sob um tribunal mediador supremo, pois o mesmo estaria afrontando a própria soberania dos Estados em seu direito básico de estabelecer as relações amigo-inimigo. Os Estados estão, neste sentido, sujeitos apenas ao tribunal da história como poder superior-julgador. Ibidem, Pág. 170;

autopreservação, sendo característica de sua ação no Estado. As organizações internacionais não podem impedir a realização da guerra, pois cabe a cada país, dentro da liberdade de ação do Político, decidir, cabendo apenas aos acordos internacionais convencionais regular as relações de guerra¹⁴⁹. Assim, dentro deste pensamento, conclui Kervégan:

“É preciso admitir que toda guerra é justa a partir do momento em que é conduzida por um Estado e respeita os preceitos, recentemente formulados, do direito da guerra e do direito das pessoas¹⁵⁰”

Neste sentido, a relação que Schmitt estabelece entre a inimizade e a amizade é fundante para o entendimento da guerra como momento de Exceção e ato de autopreservação do Estado. A guerra não é um momento romântico das relações de Estado, ela está relacionada ao medo e a capacidade dos indivíduos se negarem de forma máxima, o soldado então, como elemento do Estado, se despojará de toda a sua individualidade em prol de uma ação conjunta, o soldado será a ferramenta do Poder Moderador, despersonalizado para ação necessária em prol unicamente do Estado. A inimizade então trará no seu ser aí o conceito de negação à existência racional do outro ser e, neste momento, a inimizade terá a realização máxima na eliminação do outro¹⁵¹. Como dito por Schmitt, os conceitos de inimigo e combate são correlatos e construídos a partir das condições similares do exercício da política:

“Os conceitos de *amigo*, *inimigo* e combate adquirem o seu real sentido ao terem e manterem referência em particular, à possibilidade real da morte física. A guerra resulta da inimizade, pois esta é negação conforme ao ser de um outro ser. A guerra é apenas a mais extrema realização da inimizade¹⁵²”

¹⁴⁹ DYZENHAUS, Dave. Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism. London: Durham & London, 1998, Pág. 231;

¹⁵⁰ KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole, 2006, Pág. 162;

¹⁵¹ SCHMITT, Carl. O Conceito do Político. Lisboa: Edições 70, 2015, Pág. 62;

¹⁵² Para Schmitt, a guerra sempre decorrerá do momento mais extremado do conceito de inimizade. A guerra é a realização do momento de preservação da sociedade em vista do inimigo comum à comunidade. Schmitt não traz uma definição belicista do dever do político, mas de uma atuação de preservação do próprio Estado, independentemente dos meios necessários. Idem;

Assim, por transpor o caráter básico da relação de moral e justiça, o conceito amigo-inimigo colocado pelo jurista alemão é, em si, o conceito das relações de sobrevivência do Estado, através das quais o Estado coloca para si os seus objetivos e os objetos que o desviam de seu caminho. A relação de amizade está então colocada em um conceito de normalidade política, enquanto o conceito de inimizade será colocado, em seu momento máximo, na exceção e na capacidade de negação do outro¹⁵³.

O inimigo em seu momento extremo

Ainda na construção da relação inimizade-guerra como momento extremo, podemos aprofundar a sua conceituação através do encontro dos pensamentos de Hegel e Schmitt na construção do conceito de guerra e da mesma como momento da política de necessária ação de autopreservação. Em um primeiro momento, o conceito de guerra que Schmitt nos traz está diretamente relacionado não só com a modernidade, mas também com o período contemporâneo¹⁵⁴. O jurista alemão entendeu de forma profunda as relações de guerra e paz existentes no Ocidente, principalmente na Europa industrializada do século XX:

“Ele (Carl Schmitt) se mostra bastante consciente de que a concepção da guerra que ele expõe é aplicável apenas para a ordem interestatal do mundo moderno, isto é, acima de tudo, da Europa¹⁵⁵”

Schmitt continua seu estudo ao concluir que as relações de guerra, usando o conceito de Hegel¹⁵⁶, estão sujeitas apenas ao julgamento que cabe à própria nação, em

¹⁵³ KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole, 2006, Pág. 162;

¹⁵⁴ Ibidem, Pág. 164;

¹⁵⁵ O conceito de guerra schmittiano se desenvolve na formação histórica da Europa, e por consequência, no mundo ocidental. Desta maneira, podemos concluir que o conceito de Schmitt é plenamente aplicável ao Brasil, por suas características europeias e por seu desenvolvimento sociocultural ocidental. KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole, 2006, Pág. 163;

¹⁵⁶ Isto Hegel resume na declaração em que afirma de forma categórica: “[...] na *história mundial*, enquanto *tribunal do mundo*”. Tal afirmação é retomada por Schmitt e depois interpretada por Kervégan no sentido em que, mesmo no estado de natureza, no qual os Estados soberanos se encontram uns com os outros, a

sua autonomia para definir seus inimigos e amigos e as atitudes necessárias para manter a soberania do Estado. A guerra como momento de inimizade é independente de qualquer tribunal ou de qualquer fundamentação justa, não estando sujeita ao arbítrio de nenhuma entidade superior do plano terrestre:

“Como não é possível invocar o julgamento de Deus, nem o da humanidade, ‘não há pretor, árbitro supremo nem mediador entre os Estados’, os quais estão, uns em relação aos outros, no estado de natureza¹⁵⁷”

Kervégan traz este entendimento com o objetivo de demonstrar que a guerra não deve ser iniciada por um motivo *justo* (*Gerechtigkeit*) ou mesmo *moral*. A guerra é um momento individual do Estado, que encontra através deste momento seu único meio para que o objetivo seja alcançado, para que o inimigo seja neutralizado, para que haja a garantia da segurança e continuidade do Estado¹⁵⁸. Schmitt deixa claro que quando o político optar pela guerra, ela será a única opção, pois todos os meios alternativos já foram gastos e, portanto, a guerra não deve ser o fim, mas deve ter sempre em si a possibilidade da existência da paz, de modo que a realização da guerra será não apenas a busca pela solução do conflito decorrente da inimizade, mas também o meio para alcançar a paz.

“A partir de então, a guerra é o único meio, portanto o meio justo, de decidir entre as reivindicações igualmente fundamentadas que são ‘verdadeiros direitos’. [...] ‘Na própria guerra, a guerra é determinada como algo que deve cessar. Ela contém, assim, a determinação do direito internacional segundo a qual a possibilidade da paz deve ser mantida na guerra¹⁵⁹”

E assim, podemos completar com Hegel na Filosofia do Direito:

história virá sobre todos eles com o ímpeto julgador imparcial ao qual todos estão suscetíveis. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Filosofia do Direito. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010, Pág. 306 (§340);

¹⁵⁷ KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole, 2006, Pág. 164;

¹⁵⁸ SCHMITT, Carl. O Conceito do Político. Lisboa: Edições 70, 2015, Pág. 63;

¹⁵⁹ KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole, 2006, Pág. 165;

“§338 - No fato de que os Estados se reconhecem reciprocamente como tais, *também na guerra*, permanece a situação da ausência de direito, de violência e de contingência, um *laço* em que eles valem uns para os outros sendo em si e para si, de modo que, na guerra mesma, a guerra é determinada como algo que deve ser passageiro¹⁶⁰”

E como algo passageiro, a guerra será uma realidade histórica, um fato que, segundo Kervégan, está no seio da história como parte do conflito necessário para a formação dos Estados soberanos:

“ A guerra, contudo, não é apenas um mal necessário, uma realidade dotada de um estatuto jurídico ou ainda um momento de negatividade no seio da História; ela comporta uma *positividade ética* intrínseca e, por isso mesmo, uma necessidade¹⁶¹”

Assim, o conceito de Schmitt de guerra decorrente da inimizade se encontra com o de Hegel em uma relação complexa do Estado ético com a ação do político no Estado e com a concepção de inimizade. A guerra colocada por Schmitt se encontra dentro do pensamento de Hegel como momento da preservação das garantias e da liberdade subjetiva encontrada pelo cidadão na sua relação com o Estado:

“ De fato, ela torna contingente e relativo o que é, por sua própria natureza, contingente e relativo: a vida, a liberdade, a propriedade, tudo que o estado de paz parece conferir, aos olhos dos indivíduos-cidadãos - muito mais indivíduos que cidadãos -, um valor supremo. A guerra é a grave lembrança da verdade fundamental da ética hegeliana do Estado: a existência da unidade política é a condição de todas as determinações éticas relativas¹⁶²”

¹⁶⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Filosofia do Direito. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010, Pág. 305;

¹⁶¹ KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole, 2006, Pág. 166;

¹⁶² Ibidem, Pág. 167;

Por fim, ao colocar o momento mais extremo da ação do político como a guerra, Schmitt concluirá que a guerra é o momento de negação total do outro, e, assim como encontrado em Hegel, a negação do outro será de fundamental importância para a realização do objetivo da guerra. Será negação total do inimigo que se coloca em posição contrária ao Estado, e assim, a negação absoluta será o momento da guerra:

“A guerra opera uma negação da negação, mais precisamente uma negação das determinações finitas que a consciência particular pode querer fazer passar por objetivos incondicionados da ordem social e política¹⁶³”

¹⁶³ Ibidem, Pág. 176;

2.2 A Exceção e a ação do Poder Moderador

Talvez o ponto mais importante a ser considerado em uma análise do Poder Moderador seja a nossa capacidade de reconhecer este poder, porém, para reconhecer temos que ter em mente a necessidade de entender a sua ação como poder estabelecido para uma ação, tanto na exceção quanto na normalidade.

Deste modo, a opção por um Poder Moderador forte na Constituição estabelecia de forma legal e constitucional a figura de um Soberano, neste caso um soberano que tinha o dever máximo com a soberania não individual, mas com a soberania de um povo, um império. Neste sentido, a discussão da relação deste poder com o soberano é de fundamental importância para a compreensão de sua ação no Estado, não apenas como uma instância política, mas como poder fundamentado em princípios anteriores, princípios estes responsáveis pela formação do Estado e de sua cultura jurídica; o Soberano então terá a sua legitimidade no *jusnatural* de sua pessoa, ou seja, no seu dever explícito com o Estado:

“Ao colocar a validade em princípios anteriores e superiores, o *Jusnaturalismo* pressupõe ‘um dever ser independente da realidade do ser’, substituindo a racionalidade substancial pela forma. A lei, enquanto norma geral, é a ‘última garantia’ da oposição entre a lei e mandato, entre *ratio* e *voluntas*¹⁶⁴”.

Assim, fica clara uma íntima relação entre o Poder Moderador e a realidade do Soberano no Estado. Entretanto, tal discussão não foi feita à época do império por decorrência de que tal pensamento ainda estava sendo desenvolvido, e dessa forma não havia chegado em seu ápice. Hoje em dia é quase impossível pensar um Poder Moderador que não seja relacionado com o Soberano, tendo em vista que, ao decidir na Exceção, buscando a normalidade, o Poder Moderador age assim soberanamente entre a vontade legal e a própria normatividade¹⁶⁵.

¹⁶⁴ DYMETMAN, Annie. Uma Arquitetura da Indiferença: A República de Weimar. São Paulo: Editora Perspectiva, 2002. Pág. 137;

¹⁶⁵ SCHMITT, Carl. O Conceito do Político. Lisboa: Edições 70, 2015, Pág. 50;

Assim, a teoria de Schmitt vem na verdade acrescentar ao conceito de Poder Moderador que buscamos construir, e assim complementar a nossa concepção do Poder Real exercido durante o Império, não apenas do ponto de equilíbrio, mas também do exercício da soberania do Estado. O Imperador representava esta figura e tal representação era o ponto de força para que o mesmo se legitimasse como Poder Moderador, sem que tal força ultrapassasse a legalidade, tendo como base a própria figura histórica do Império.

Neste sentido, podemos observar que este Poder será então o ponto chave que se relacionará com o soberano de Schmitt. Assim, pelas mais variadas formas que o Poder Moderador pode tomar, podemos concluir que nem sempre o Soberano terá em sua pessoa o Poder Moderador, mas o Poder Moderador está sempre nas mãos de um Soberano. Neste sentido, não devemos confundir o Soberano com o chefe do Estado, mas compreender que a ação deste poder, como já pode ser observado nos capítulos anteriores, busca construir uma normalidade, normalidade esta característica da ordem constitucional vigente, das leis e do respeito pleno à Soberania popular.

Constant lembra bem que a normalidade do Estado está na construção de um Poder que busque o equilíbrio entre todas as partes, evitando que qualquer ente desta relação possua uma força superior a outro. Assim, quando falamos de soberania e de Soberano, consideramos que este será o elemento que evitará o poder absoluto e, como demonstrado por Constant, será aquele que com o poder correto e meio de ação condizente com a realidade efetiva impossibilitará, por sua ação determinante, que exista uma soberania maior que qualquer outra, a chamada soberania ilimitada, esta que como consequência será a fonte da injustiça e do tolhimento da liberdade individual¹⁶⁶.

Assim, observando todas estas características, podemos trazer ao entendimento que o problema da Soberania em Schmitt tem relação direta com o problema da soberania de Constant, uma vez que o jusfilósofo alemão busca construir uma teoria em cima da Exceção e por esta relação quem seria o Soberano a partir de um decisionismo natural

¹⁶⁶ CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 287 – 288;

será aquela pessoa que irá decidir os rumos fundamentais do Estado, buscando por este meio o equilíbrio do Estado e sua preservação¹⁶⁷.

Por estes motivos acima demonstrados, podemos então entender que o Poder Moderador e a figura a qual ele irá pertencer será também um poder decisionista, observando ao assumir a escolha do ponto de chegada, ou seja, aquela decisão e atitude que irá garantir que todos os outros poderes continuem coexistindo e plena harmonia. A força do Poder Moderador então virá não apenas da sua previsão normativa, mas também da sua característica de poder de escolha que nenhum dos outros poderes poderá tomar tendo em vista que os mesmos se encontram em um sistema de equilíbrio constitucional, fundamental para as teorias do Estado, inclusive para as teorias modernas do Estado¹⁶⁸.

¹⁶⁷ SILVA, Frederico Silveira e. O Decisionismo de Carl Schmitt e sua Relação com a Discrecionalidade e a Medida Provisória. In Revista CEJ, Brasília, N. 39 Out-Dez. 2017, Pág. 38;

¹⁶⁸ KAMPMANN, Fabio Roberto. Et al. A Teoria da Constituição na Obra de Carl Schmitt. Revista da decima ABDC, anis do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba, 2010, Pág. 301

3 Conceito

Após analisar todos estes momentos do poder moderador, podemos então perceber que o Poder Moderador ao chegar no Brasil, não manteve apenas as delimitações originárias do pensamento Francês, mas sim desenvolveu fortes raízes em nosso território, adquirindo capilaridade muito maior do que em qualquer país. Por este motivo ao encarar o Poder moderador devemos encarar o mesmo com o momento máximo do Estado, momento que toda a vontade da população será então garantida por uma ação natural. Também neste sentido, podemos observar que tal poder não se limitara apenas a questão da governabilidade, mas sim agira no momento adverso, na própria exceção como poder que será responsabilizado pela unidade nacional e por toda a vontade soberana. Não devemos limitar tal poder a apenas uma ação soberana, mas considerá-lo como característico de um sistema baseado na busca pela união nacional, tendo a sua ação principalmente na exceção, no momento extremo, onde a força do Estado será necessária para que o mesmo, como vetor das liberdades e dos direitos preserve a sua característica.

O Poder moderador é desta forma o caminho encontrado pelos pensadores do Estado que buscavam preservar a soberania e a vontade, tanto interna quanto externa em um Estado onde os direitos das pessoas e a liberdade, valores máximos da revolução francesa fossem a base de todos os seus integrantes.

SEGUNDA PARTE – O PODER MODERADOR NO ESTADO BRASILEIRO

Após vencida a primeira parte desta pesquisa, podemos então seguir para a sua aplicação na realidade. No primeiro momento, estudamos e entendemos como o poder moderador surge e como se aplica no Estado, traçando assim o pensamento desde seus primórdios franceses até a sua realidade no Estado Brasileiro. Apesar de neste momento termos visto o Poder Moderador tendo como exemplo a realidade, faz-se necessário que analisemos a relação histórica deste poder com o Brasil para que possamos cumprir o pleno entendimento desta ferramenta tão fundamental ao Estado.

Ao observar a realidade, passamos a entender a importância não apenas histórica, mas real para o país, observando que a construção histórica e política sempre esteve envolvida em uma opção decisionista. Não apenas no Império, mas durante toda a República tivemos, como sombra de todo o poder político, um poder de conservação (preservação), tendo balizado a construção de nossa cultura política. Como já pode ser observado, o Poder Moderador não se reduz apenas a um Poder Imperial, mas pode estar presente em outras entidades, que fora dos três poderes clássicos, assim não podemos então excluir a própria existência cultural deste poder.

Entretanto, na República, nos fica claro que a questão normativa, fundamental ao Poder Moderador está ausente, assim, ao analisar a sua construção histórica, devemos observar os pontos de encontro entre a teoria e a prática, observando que a ação deste poder nunca foi excluída ou negada, apenas assumiu uma nova roupagem institucional, ficando renegado a uma ação garantidora e social. Assim, a teoria de Schmitt se faz mais forte e presente, visto que o soberano não se caracterizará pela normatividade e previsibilidade, mas pela força exercida no momento de Exceção¹⁶⁹. Resta à pesquisa

¹⁶⁹ Neste sentido, vale a pena ressaltar que, na busca pela soberania, Schmitt coloca como ponto central do soberano o próprio poder, ou seja, uma das características principais do Soberano será a amplitude e a capacidade de exercer poder mediante ao próprio Estado, sendo ele momento de preservação do Estado no momento da Exceção. Assim, ao trazer esta teoria à realidade Brasileira, podemos observar que o Soberano

observar em quais momentos o soberano terá em mãos o Poder Moderador e em quais momentos este poder se fará apenas pela força e pelo decisionismo explícito.

Assim, podemos observar que, no decorrer histórico do Poder Moderador no Estado Brasileiro, podemos observar que sua aplicação será, de certa forma, comedida e quase sempre subliminar, característica comum que este Poder deve ter no Estado, agindo desta forma e mantendo a soberania típica deste poder no Estado¹⁷⁰.

Neste estudo, poderemos observar que inicialmente o Poder Moderador era construído de forma explícita no Estado e, como já visto, a figura do Imperador, que exercia o Poder de forma clara, não deixava dúvida quanto à origem deste poder, nem quanto ao modo como era exercido. Porém, com o decorrer histórico do Estado, após o golpe militar republicano, o Poder Moderador não deixou de existir, foi suprimido em um poder subjetivo, não mais com uma ação clara; entretanto, os vários estudos da época e atuais mostram que houve uma tentativa forte de manter esta instituição preservada e atuante dentro de uma previsão normativa constitucional¹⁷¹.

Por fim, iremos observar a influência do Poder Moderador no Estado no decorrer da história, assim como sua figura e consequências na política e na formação do Estado, observando o seu legado e as próprias características deste poder que se perpetuaram pelas

nem sempre terá em sua pessoa o Poder Moderador. O Poder se legitimará em ações do Estado pela força emanada da escolha do Soberano, gerando assim um conflito parcial, porém apenas momentâneo, entre o Soberano e o Poder Moderador, mas logo em seguida um poder se reconcilia com o outro, após considerar o Poder Moderador uma ferramenta do Estado com o fim semelhante a escolha do Soberano. Assim, o poder será a busca pela legitimação da ação de um Soberano. Inicialmente, tal reconciliação acontecerá na normatividade e na previsão legal, mas, em um segundo momento, se fará pela própria necessidade de ação de um poder, mediante a um impasse político e a desordem entre os outros poderes. SÁ, Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de. O Poder Pelo Poder. Tese de doutorado em filosofia (Universidade de Letras de Coimbra). Coimbra: FLUC, 2006, Pág. 433;

¹⁷⁰ BASTOS, Leão M, Tavares. O poder Moderador na república presidencial: Estudo de direito constitucional em torno do livro do Sr. Borges de Medeiros. Recife: Edições Mozart, 1936, Pág. 12;

¹⁷¹ Vale ressaltar que, em conjunto com o estudo promovido por Medeiros, foi anexado um projeto constitucional. Tal constituição por ele construída seguia os ditames da República, preservando o poder do presidente, entretanto, por decorrência dos costumes e da própria história nacional, o autor viu a necessidade de incluir a figura do Poder Moderador. Até este momento o poder existia de forma não tão clara, mas presente, por isso foi feita a tentativa de recuperar tal poder à luz da Constituição, no artigo 82 do seu projeto Constitucional. MEDEIROS, Borges de. O Poder Moderador na Republica Presidencial. Pernambuco: Edição da S A. Diário de Pernambuco, 1933, Pág. 131;

Constituições, bem como a influência na nossa última Constituição até o momento, a Constituição de 1988. Assim, queremos demonstrar a importância deste Poder na formação do Estado Brasileiro e sua afirmação como momento característico da nossa normatividade e positividade, visando demonstrar que toda a nossa construção legal ainda é, de certa forma, muito dependente deste poder e por este motivo ao olhar para trás poderemos ver sua ação no Estado e na sociedade¹⁷².

¹⁷² BARRETTO, Vicente e PAIM, Antônio. Evolução do pensamento político brasileiro. Belo Horizonte: Itatiaia, 1989, Pág. 88;

1. O Poder Moderador na Constituição de 1824

Quando trazemos uma construção histórica do Poder Moderador no Brasil imperial, geralmente caímos em construções performáticas padronizadas por pensadores do liberalismo, diferente da realidade que pode ser observada, não apenas pela figura constitucional e legal, mas também pelas figuras históricas que trataram do tema em sua época. Em primeiro lugar, para a compreensão do poder moderador no Império, devemos entender que o mesmo, apesar de ter especulação referencial por parte de Benjamin Constant, é na verdade um modelo aplicado e construído por Clermont Tonnerre¹⁷³. Quando o poder moderador foi incorporado na Constituição de 1824, ele visava trazer ao controle do Imperador todo o poder político que seria então subdividido na nova Constituição: o Imperador buscava uma forma de legitimar seu poder absoluto e divino através de uma assembleia parlamentar que serviria como instância *referendadora* de todas as decisões do imperador. A Constituição Imperial foi fruto de uma grande batalha entre os conservadores, que apoiavam o poder absoluto do Imperador, e dos liberais, que buscavam a construção de um modelo de governo semelhante ao encontrado no Reino unido¹⁷⁴.

Para que possamos compreender a instituição de Poder Moderador como existente na Constituição de 1824, devemos entender a origem do pensamento que predominou na elaboração da nova forma de poder: o Conservadorismo Monárquico Brasileiro. Como já foi dito, a construção da primeira forma de Poder Moderador no Brasil se deu em meio a um grande conflito de pensamentos conservadores e liberais, que buscavam uma forma de governo nova, que trouxesse o sentimento de representação para a burguesia e para os possibilitados de votarem. Inicialmente, devemos considerar que, dentro de uma teoria

¹⁷³ Clermont Tonnerre pode ser considerado o pai da ideia de poder, como já pôde ser observado nesta pesquisa. Deste modo, devemos considerar que a influência dos pensadores da constituição se deu não apenas pelo pensamento de Constant, mas também pelo pensamento de Tonnerre; desta forma poderemos explicar o motivo do Poder Moderador ter encontrado sua representação na figura de um Imperador como chefe do Executivo, pois desta forma seguia a forma imaginada por Tonnerre. Entretanto, ao definir a ação deste poder, a Assembleia Constituinte adotou o pensamento de Constant, com as adaptações que já foram descritas e observadas neste trabalho. CARVALHO, Eder Aparecido de. GILENO, Carlos Henrique. Reflexões sobre o poder moderador nas instituições políticas Brasileiras: O pretérito e o presente. In Revista Em Tese, UFSC: mar/abr 2018;

¹⁷⁴ PAIM, Antônio. A discussão do poder moderador no segundo império. In: Curso de introdução ao pensamento político brasileiro. Unidades 3 e 4. Brasília: Ed. UnB, 1982, Pág. 13-14;

naturalista do poder, vemos que o poder máximo da nação já se encontrava com o Imperador Dom Pedro I que, usando de sua prerrogativa de autoridade máxima, convoca a Assembleia para a deliberação sobre um poder constitucional. A convocação se deu pelo fato de que em 1822 o Brasil se declarava independente do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves e, para que a independência se legitimasse, era necessária a formação rápida de um poder claro que representasse a unidade nacional do novel país independente.¹⁷⁵

Porém, ao iniciar-se a discussão no parlamento sobre os moldes de uma nova constituição, foi observado que os parlamentares estavam fortemente divididos, e a principal divisão era sobre o centro do poder, a figura do Imperador. Era, de certa forma, de comum consenso que a nossa nova constituição deveria buscar inspiração nos estados europeus imperiais que, por certa experiência política, já tinham demonstrada a funcionalidade, não apenas pela governança, mas também pela longevidade que estas formas de governo tinham. Como centro desta inspiração tínhamos o governo inglês, que norteava o pensamento liberal da época através de sua forma de governo parlamentarista e da figura da rainha, sendo esta o elemento centralizador da figura do poder, mas estando está também esvaziada deste poder. Os conservadores buscavam nesta forma de governo a formação de um parlamento forte, esvaziando toda forma de poder que não fosse a simbólica figura do imperador¹⁷⁶. Os liberais entendiam que o parlamento, mediante a representação bicameral proposta em um modelo parlamentarista inglês, existiria a câmara baixa, eleita em períodos regulares, e a câmara alta, de caráter vitalício.

Entretanto, as ideias liberais não encontraram um terreno fértil em solo brasileiro, onde a figura do Imperador tinha assumido uma forma quase messiânica, além de divina, semelhante ao mito sebastianista, onde a figura do Rei, como Dom Pedro I, encarnaria a solução imediata dos problemas através de sua figura forte e direta em um governo absoluto. Vale ressaltar que o Brasil é um país colonizado por culturas europeias de caráter absolutista e também de culturas africanas de caráter totalitário, sendo desta forma

¹⁷⁵ SOUZA, Braz Florentino Henriques de. Do Poder Moderador. Brasília: Senado Federal, 1978, Pág. 33;

¹⁷⁶ BARRETO, Tobias. A questão do poder moderador e outros ensaios Brasileiros. Seleção e coordenação Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1977, Pág. 91;

o modelo de governo europeu característico a nossa cultura¹⁷⁷. A tendência conservadora era, desta forma, um marco comum, onde a figura do Imperador iria assumir a posição central no governo, longe de uma figura apenas de referência ou mesmo estabilizadora, mas sendo a figura própria do governo concentrado e emanado de sua pessoa.

Ocorre que, após a proclamação da independência, a tensão interna para que a figura do imperador fosse extinta, vinda principalmente por parte da burguesia e dos liberais, indo de encontro ao governo comum, tornou a elaboração de uma nova constituição muito difícil e complexa, tendo em vista a tensão que se instaurou entre o imperador e a Assembleia Constituinte. O poder então buscava se legitimar através da criação de instituições fortes, que buscavam o apaziguamento das tensões e a manutenção da figura de um Imperador forte e atuante. Antes mesmo de ser colocado como fonte de equilíbrio do Poder Imperial, o Poder Moderador, a Assembleia buscou formular a instituição da monarquia constitucional à brasileira:

“[...] a liberdade que se julga instituir com a monarquia parlamentar está bem longe de ser atingida. As instituições que não são filhas dos costumes, mas produto abstrato da razão, não aguentam por muito tempo a prova da experiência, e vão logo quebrar-se contra os fatos¹⁷⁸”

Assim, fazer a opção por um parlamentarismo à inglesa era a forma mais fácil de promover a separação nacional através da divisão precoce de poderes em um parlamento, de maneira a buscar o equilíbrio na própria figura do parlamento. Esta visão é reforçada por Tobias Barreto, que observa o esvaziamento da figura do rei em prol de um fortalecimento parlamentar, fruto de uma antiga tradição política:

“De feito, admitidas as premissas, nem eu concluiria que tudo deve ser confiado à bondade do rei, nem eu concluiria que é fácil inferir, que a Constituição se ressentia de vícios e lacunas capitais [...] e quem sabe o concurso de circunstâncias influíram na marcha ascendente da Constituição da Inglaterra para que a realeza, por uma espécie de

¹⁷⁷ Devemos observar que, até a declaração de independência, o Brasil vivia como parte do Império Português, e assim a forma de organização política nacional era uma forma tipicamente absolutista, mas, pela distância, este absolutismo era convertido em um governo regente da representação da vontade do Rei de Portugal. BARRETO, Vicente. O absolutismo Português e os Primórdios da Ideia Liberal no Brasil. In As Ideias Políticas no Brasil. Vol. 1. São Paulo: Convívio, 1979, Pág. 51;

¹⁷⁸ BARRETO, Tobias. A questão do poder moderador e outros ensaios Brasileiros. Seleção e coordenação Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1977, Pág. 81;

redução *ad absurdum*, se desenvolvesse no sentido de chegar a quase negação de si mesma [...]”¹⁷⁹

Ocorre que no Brasil ainda predominava o poder emanado pelas grandes famílias, coronéis e capitanias hereditárias, não existindo ainda uma tradição histórica democrática que poderia “quebrar” a tradição monárquica absoluta em prol de uma tradição democrática descentralizada. Então, tal mudança proposta pelos liberais foi a base para uma dissolução da Primeira Assembleia convocada pelo Imperador, gerando assim uma maior divisão entre os conservadores e os liberais. Entretanto, críticas ao pensamento conservador também são válidas, visto que os mesmos se polarizaram totalmente no em um lado oposto ao pensamento liberal, não sendo capazes de traduzir o sentimento burguês e a vontade imperial em uma única forma de governo. Tais críticas devem ser concentradas na fragilidade do pensamento conservador, que buscava na figura do soberano toda a legitimação necessária para a formação do novo Estado. O centralismo absoluto do poder e à governabilidade dada a um dos poderes do governo, no caso o executivo, e a figura do rei como poder imperador são os principais focos de críticas. Como já foi visto, o poder moderador escapa de sua função quando concentrado em um dos poderes do Estado, como o executivo, legislativo ou judiciário e, neste caso, a figura do rei não se encontra como figura de um quarto poder¹⁸⁰, como proposto por Constant, mas sim como chefe do executivo. Tal centralização do poder, como proposto pelos conservadores, foi o ponto chave de ruptura da primeira assembleia constituinte, cabendo neste sentido pesadas críticas:

“O publicista francês entendia que o poder real residia em mãos do rei, e que o executivo é confiado aos ministros. Teoria com que, observa

¹⁷⁹ BARRETO, Tobias. A questão do poder moderador e outros ensaios Brasileiros. Seleção e coordenação Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1977, Pág. 85;

¹⁸⁰ A discussão do Quarto Poder encontrou terreno fértil na Segunda Assembleia Constituinte Brasileira, em que, ao colocar o Poder Real, foi necessário que o mesmo encontrasse efetividade na realidade, assim, ao considerar as teorias existentes, houve uma divisão entre os pensamentos franceses da época. Desta forma, entre o pensamento de Constant e o de Tonnerre, foi decidido que a existência de um quarto poder poderia trazer demasiadas complicações para a aplicação do Poder Moderador e para sua efetividade real como momento final de todas as decisões do Estado. Assim, a adaptação a teoria de Constant se mostrou mais adequada a realidade brasileira. Vale aqui ressaltar que é muito importante observar que os caminhos da aplicação da teoria no ambiente prático sempre irão requerer uma adaptação às necessidades culturais e históricas de uma civilização e, por este motivo, o quarto poder não encontrou efetividade e foi substituído pela figura de um Imperador, Chefe do Executivo, de verdadeira efetividade nesta sua posição. LYNCH, Christian Edward Cyril. Da organização dos políticos: a Monarquia Constitucional e o Poder Moderador. In: Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia: o pensamento político do Marquês de Caravelas (1821-1836). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, Pág. 101;

um grave historiador, reduzia B. Constant na monarquia constitucional o chefe do Estado ao papel neutro e puramente moderador no centro dos princípios ativos, pois que tendo o ministério o poder executivo, limitava-se a prerrogativa do monarca a manter as autoridades em sua esfera, ou mudando o ministério, ou dissolvendo as câmaras, pensamento que foi posteriormente traduzido (para os que a exageravam) na formula: - O rei Reina e não governa”¹⁸¹

Assim, a crítica era semelhante a ideia básica da separação de poderes naturais que se firmou como base da civilização ocidental, separando o poder da Igreja do Estado e, desta forma, separando o Poder Moderador dos poderes tradicionais do Estado e colocando ele naturalmente na figura do Monarca, que deveria exercer tal poder de maneira neutra, buscando o equilíbrio e a governabilidade do Estado, mediante as tensões políticas naturais e as mudanças sociais. Os conservadores, entretanto, se esquivaram das críticas colocadas pelos liberais ao afirmar que o rei tinha em sua figura a força necessária para garantia da governabilidade parlamentar através de sua representação no Executivo e, neste sentido, os defensores do poder moderador como atuante na monarquia argumentavam:

“Mas nós dissemos, ainda, que o *Poder Moderador* era a monarquia; e a monarquia, personificação do soberano de direito, segundo Guizot, distingue-se por dois caracteres principais: a *unidade* e a *permanência* ou *perpetuidade*. Ora, o poder moderador não é um senão enquanto reside na pessoa do Imperador *exclusivamente*; ele não é *permanente* ou *perpétuo*, senão enquanto transmite-se por *sucessão* à descendência legítima do Imperador, segundo a ordem regular de primogenitura e representação. De maneira que não teria a Constituição proclamar, com verdade, o governo do Brasil como *monárquico* (art. 3º), a não ser as aplicações concretas que desse grande princípio fez nos arts. 4, 98 e 117”¹⁸²

¹⁸¹ GÓES E VASCONCELLOS, Zacharias de. Da natureza e limites do poder moderador. Brasília: Senado Federal, 1978, Pag. 100;

¹⁸² SOUZA, Braz Florentino Henriques de. Do Poder Moderador. Brasília: Senado Federal, 1978, Pag. 50;

Entretanto, apesar de buscar o equilíbrio através da representação real, o argumento central não girava em torno da possibilidade de renovação do Poder Real, mas da necessidade deste poder representar as vontades políticas existentes. Neste sentido, a colocação da figura do Imperador como Chefe do Executivo anularia o Poder Moderador da forma como foi imaginado, tomando o poder de assalto e traduzindo a soberania do Imperador em força que anularia as disputas políticas, tendo que em um governo onde o poder é centralizado em uma pessoa, não haveria disputas. Porém, como observado por Schmitt¹⁸³, a disputa política entre as forças do Estado e os políticos seria o movimento necessário para a preservação do Estado e o atendimento do sistema de necessidades políticas. Apesar de ser um autor posterior, a ferramenta de valorização e centralização do político de Schmitt traz as lentes necessárias para a compreensão da cisão que o Poder Moderador colocado na Constituição de 1824 causou no equilíbrio de poderes.

O ponto central de Souza, visto na citação acima, é a destinação clara da pessoa do Imperador, que é encarada como elemento originador da política, retirando assim do parlamento o centro de ação do político e colocando-o como um legitimador subsequente do poder. Apesar desta construção, com a elaboração da Constituição de 1824, o Imperador assumiu o Poder Moderador de forma direta, porém, em teoria, pouco atuante, de maneira que a chave das decisões e da governabilidade estaria na mão do Imperador, traduzindo assim a sua figura como legislador e poder decisório máximo, podendo desta forma contrariar a teórica moral, mantendo em última instância a força do Estado em sua pessoa¹⁸⁴.

Porém, a discussão do Poder Moderador na Constituição Imperial não tinha como fundo claro o elemento de busca de governabilidade, questão que foi levantada pelos conservadores na defesa do Poder Imperial, nem tinha o objetivo de evitar o desequilíbrio de forças do Estado e o surgimento de uma força que legitimasse a injustiça, como colocado por Constant, pois a sua instituição na figura do Imperador e a sua colocação como Chefe do Executivo criava um desequilíbrio claro entre os poderes. Porém, o Poder Moderador assumia uma função muito mais importante e fundamental na formação do

¹⁸³ KAMPMANN, Fabio Roberto. Et al. A Teoria da Constituição na Obra de Carl Schmitt. Revista da decima ABDC, anis do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba, 2010, Pág. 64;

¹⁸⁴ BASTOS, Leão M, Tavares. O poder Moderador na república presidencial: Estudo de direito constitucional em torno do livro do Sr. Borges de Medeiros. Recife: Edições Mozart, 1936. Pág. 16;

Estado: o Poder Moderador imperial tinha a função de preservação do Estado, através de uma figura centralizadora forte, que em suas mãos tinha a unidade nacional, apaziguando os conflitos regionais e permitindo acima de qualquer outra coisa a preservação da vontade nacional, fato que naturalmente poderia ser comprometido em um momento de declaração de independência, em que um país, que abarca tantas diferenças regionais e diferentes colonizações, teria com naturalidade o surgimento de movimentos separatistas regionais¹⁸⁵.

Então, partindo desta breve introdução, discutiremos sobre o Poder imperial e as questões sobre o Poder Moderador na Constituição de 1824, tendo como base a dicotomia entre os pensamentos conservadores e liberais, assim como, e principalmente, a função do Poder Moderador na figura do Imperador e como isto irá se relacionar com a própria ideia de preservação do Estado e posteriormente no Estado de Direito.

¹⁸⁵ PAIM, Antônio. A discussão do poder moderador no segundo império. In: Curso de introdução ao pensamento político brasileiro. Unidades 3 e 4. Brasília: Ed. UnB, 1982. Pág. 24;

1.1. O Poder Imperial

O Poder Imperial deve ser primeiramente analisado do ponto de vista do pensamento eclético. O poder do Imperador na Constituição de 1824 foi pensado como um poder que seguia o pensamento eclético espiritualista, ou seja, sua habilidade de conter as vontades individuais dentro da figura imperial. Para compreender isto, devemos observar que a figura do Poder Imperial é dotada de um espírito humano, sujeito a erros e acertos, e, por este motivo, suscetível ao movimento da história. Desta maneira, o pensamento eclético deve ser visto do ponto de vista hegeliano, onde o movimento de suprassunção do indivíduo e do espírito se encontram, e a figura do indivíduo (ou de um representante), iluminada por este movimento, será vista de forma clara na figura do Imperador, que em sua pessoa conterà toda a tradição humana da cultura ocidental. Como observado, o Estado será a representação do Absoluto hegeliano, e o é não por causa de sua imagem conciliadora, mas por causa do Estado como figura clara do absoluto na História¹⁸⁶. Assim, podemos entender que:

“Fora do Estado, o homem estará fora da sua essência. Nele é possível, e só nele, que a razão se realize na forma da vontade. O Estado é o revelar-se do Espírito como resultado de um processo histórico (*Gang*) pelo qual o Espírito se mostra como absoluto, como razão ou liberdade que a representação religiosa denomina Deus (*Gott*) e que encontra o seu momento de plena realização na sociedade humana ou no seu mundo (*Welt*).”¹⁸⁷

O Poder Imperial seria, em sua época, considerado uma forma de reunir na figura do homem, Imperador, a essência do Estado e sua característica de elemento absoluto. E, desta forma:

“ [...] para a escola Eclética o espírito humano é perfectível ao infinito, não havendo apenas erros, mas erros e acertos, nas teses que ganham a preferência em determinados ciclos históricos. O ecletismo pretendia-se herdeiro de toda a tradição humana do Ocidente, que encarava como

¹⁸⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. A idéia de justiça em Hegel. São Paulo: Edições Loyola, 1996. Pág. 402;

¹⁸⁷ Idem;

um processo histórico largo e contínuo, rigorosamente encadeado, em conformidade com os ensinamentos da filosofia hegeliana. ”¹⁸⁸

O que está em discussão neste momento é a ideia do Estado como único lugar da realização da liberdade subjetiva (no sentido hegeliano), e neste sentido, o Estado é também o ápice de toda história ocidental. Dentro deste pensamento, podemos observar que o pensamento eclético colocava o Imperador no centro de toda a discussão, colocando nele o poder de concentrar toda vontade em prol do Estado. Essa seria a justificativa do Poder Imperial como *Absoluto* para o Estado e fundamental para a sua existência. Este pensamento poderia legitimar a ideia de um Poder Moderador imperial como centro de todo poder legitimador do Estado¹⁸⁹.

Ao colocar o Poder Real com parte legítima do Estado, podemos observar que estamos colocando um elemento centralizante das vontades em uma figura forte, de forma que este poder pode agir como *Soberano*, representando o Estado em toda a sua vontade e peculiaridade. No caminhar do Estado encontramos a necessidade de que tal poder, que se realiza apenas dentro do Estado, encontre formas de se efetivar como momento máximo. Por este motivo, em Hegel, a figura do Poder Real acaba por tomar um caminho que se assemelha a uma força figurativa que representa o Estado, não mais como força que irá movê-lo, mas como elemento histórico e cultural fundamental¹⁹⁰.

Por conseguinte, a preocupação que devemos ter ao considerar o Poder Real é ter certeza de sua validade no Estado, esta deve ser considerada no momento em que temos uma clara divisão de poderes. Assim, ao considerar o Estado, devemos considerar o mesmo como momento da liberdade subjetiva, de maneira que a forma de governo que será colocada deve estar de acordo com este objetivo final do homem, possibilitando a colocação de um governo ético. Por este motivo, quando consideramos a existência de uma monarquia neste governo, devemos considerar esta como parte de um todo, voltado a apaziguar as diferenças através de uma representação comum a todos, gerando uma

¹⁸⁸ PAIM, Antônio. A discussão do poder moderador no segundo império. In: Curso de introdução ao pensamento político brasileiro. Unidades 3 e 4. Brasília: Ed. UnB, 1982. Pág. 19;

¹⁸⁹ DINIZ, Hindenburg Pereira. A Monarquia Presidencial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984, Pág. 260;

¹⁹⁰ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Filosofia do Direito. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010, Pág. 272;

união que é posta na figura do Rei, trazendo a legitimidade necessária para a existência de um Poder Real dentro do sistema que buscará a realização do homem¹⁹¹.

Sendo assim, o Monarca terá a sua legitimidade e seu Poder Real, (poder que em um primeiro momento não deve ser confundido com o Poder Moderador) como um poder que é exercido no Estado como parte de um sistema que irá buscar a totalidade (*Gesamtheit*). O Poder Real terá a sua legitimidade colocada através da *universalidade*, assim permitindo a existência de uma soberania interna legítima pela sua totalidade e pela idealidade da própria característica do Estado, neste sentido diz Hegel:

“§281- Ambos os momentos, em sua unidade indivisa, o si mesmo ultimo da vontade, sem fundamento, é com isso a existência igualmente sem fundamento, enquanto determinação deixadas com a *natureza* – essa ideia do *não-movido* pelo arbítrio constitui a *Majestade* do Monarca. Nessa unidade reside a *unidade efetiva* do Estado, que apenas é subtraída por essa sua *imediatidade externa* e interna à possibilidade de ser reconduzida à esfera da *particularidade*, do seu arbítrio, dos seus fins e das suas maneiras de ver, à luta das facções contra facções pelo trono e à debilitação e à desintegração do Poder Estado¹⁹²”.

O Poder Real que será colocado na figura do Monarca adquire a sua legitimidade por sua unidade efetiva (*effektive Einheit*). Deste modo, dotado de uma unidade legitimada não mais pelo direito positivo, o monarca adquire a sua ação como um direito além da ideia. Tal direito não se incompatibiliza com os outros poderes do Estado, visto que são poderes que se completam dentro da unidade efetiva do Estado, permitindo a completude de um movimento do Poder que antes, em um período feudal, se encontrava apenas no soberano, mas que, com o caminhar do Estado, se move para a união efetiva de toda a sociedade, trazendo poder a organização do Estado, porém não excluindo o Monarca deste movimento¹⁹³.

Assim, a legitimação de um Monarca dentro do Estado fica evidente, tendo o Poder Real o devido peso na reconciliação do Imperador com o Estado. Logo, a ação do Monarca como parte efetiva do poder é possível, desde que o mesmo não tenha em sua

¹⁹¹ Ibidem, Pág. 260;

¹⁹² Ibidem, Pág. 267-268;

¹⁹³ ROSENZWEIG, Fraz. Hegel e o Estado. São Paulo: Perspectiva, 2008, Pág. 327;

figura poder absoluto que infrinja a liberdade (como ideia efetiva) e a estrutura do Estado como momento máximo da realização humana¹⁹⁴.

Diante disso, Barreto, ao colocar em perspectiva a figura do Poder Real na República, lembrou que Hegel considera o Monarca como um ponto em cima do i e, além disso, sua ação no Estado será legitimada por um equilíbrio de poderes em que o próprio Estado não tenha ação como elemento negativo, ou seja, a força do Rei será apenas uma parte do Estado, agindo como um detalhe que terá as suas funções específicas e claras dentro de um sistema legal. Barreto ainda determina que o Poder Real deve ser construído com base em uma cultura jurídica e em uma forte tradição histórica, de forma que a figura do Rei ou Imperador terá se localizado no Estado por meio dos costumes e tradições¹⁹⁵.

Por fim, nos fica claro que mesmo em sistemas democráticos, onde a figura do Rei ou do Imperador adquire apenas um caráter simbólico, podemos dizer que tal caráter não é dotado apenas de negatividade, mas também de uma inserção no Estado e na Soberania. Deste modo, podemos concluir que este poder é de certa forma legítimo para que tenha ação de força no Estado, que pode ser condensada na figura de um Poder Moderador, entre outros tipos de poderes, a depender da construção histórica e cultural do Estado.

No caso do Estado Brasileiro, foi herdada a história e a tradição portuguesa absolutista, tendo como base esta grande tradição histórica na formação do Poder Real, de maneira que foi posta a permanência deste poder na Constituição de 1824, observando que foi mantida a tradição positiva Romano-Germânica da lei positiva e, dentro desta organização de poderes, a figura do Imperador como centro de um ambiente democrático¹⁹⁶.

¹⁹⁴ GALLI, Barbara. *Cultural Writings of Franz Rosenzweig*. Syracuse: Syracuse University Press, 2000, Pág. 21;

¹⁹⁵ BARRETO, Tobias. *A questão do poder moderador e outros ensaios Brasileiros*. Seleção e coordenação Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1977, Pág. 84 – 85;

¹⁹⁶ DINIZ, Hindenburg Pereira. *A Monarquia Presidencial*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984, Pág. 185;

Logo, o estabelecimento constitucional do Poder Real como portador do Poder Moderador, observando toda a construção do Poder e da legitimidade, tem uma legitimação clara, já que a história do Brasil se confunde com a história de Portugal, principalmente no ambiente político, lembrando a vinda e o estabelecimento da família real portuguesa no Brasil, de forma que a organização política e social que floresceu no Brasil tinha plenas condições para o estabelecimento de uma monarquia legítima e constitucional, bem como para a construção da noção de Império, com os deveres reais claramente positivados¹⁹⁷.

Agora delimitaremos as características do Poder Real brasileiro e a sua legitimidade como poder a exercer o Poder Moderador em um ambiente constitucional e democrático, como o Brasil Império de 1824. Tal organização deve ser construída pela legitimidade do Poder Imperial que se impôs, como observado acima, e pela necessidade de colocação e delimitação de um Poder Moderador através de um Poder Real, proveniente do Imperador que se estabeleceu no País como continuação da política e da cultura portuguesa.

¹⁹⁷ Ibidem, Pág. 207;

1.2 O Poder Real e o Poder Moderador

Benjamin Constant considerava o Poder Real não apenas como parte de uma estrutura real (ou divina) no Estado, mas como instituição, de tal importância que o mesmo, quando esvaziado de seus poderes absolutos (que seriam distribuídos para os outros poderes), ainda continuava a ter um status perante o Estado, um status tamanho, que apenas a sua força simbólica seria suficiente para mover os outros poderes. Desta forma, a relação entre a figura Real e o Estado continha em sua essência uma força (como observado na Inglaterra), em que a figura do Monarca, mesmo totalmente vazia de poder no Estado, tinha um papel central na destinação das vontades gerais do Estado. Não seria possível ignorar a história do Estado quando fosse imaginado o seu sistema político e social; na França pós-revolucionária, a figura do Imperador não poderia ser abandonada de imediato, negando a história e cultura do Estado e a organização social existente¹⁹⁸.

O poder do Rei, mesmo sendo considerado “vazio” em uma monarquia constitucional, ainda tinha força, uma força que criava de forma natural um Poder Neutro, este poder tinha influência sobre todos os outros poderes de forma natural:

“A monarquia constitucional cria esse poder neutro, na pessoa do chefe de Estado. O verdadeiro interesse desse chefe não é, de forma alguma, que um dos poderes derrube o outro, mas que todos se apoiem, se entendam e ajam em colaboração¹⁹⁹”.

Constant no mesmo sentido complementa:

“A monarquia constitucional nos proporciona, como já disse, esse poder neutro, tão indispensável a qualquer liberdade regular. O rei, num país livre, é um ser a parte, superior às diversidades de opinião, sem outro interesse que a manutenção da ordem e a manutenção da liberdade, sem nunca poder entrar na condição comum, inacessível, por conseguinte a todas as paixões que essa condição faz nascer e todas as que a

¹⁹⁸ CONSTANT, Benjamin. *Escritos de Política*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 20;

¹⁹⁹ *Ibidem*, Pág. 19;

perspectiva de tirar algum proveito alimenta necessariamente no coração dos agentes investidos de um poder momentâneo²⁰⁰”.

Desta maneira, Constant considerou que o poder monárquico tinha as características, quando colocado dentro de um regime constitucional, de um poder que transitava entre todos os outros poderes, de forma que o mesmo era casa de um certo poder “*neutro*”, que historicamente seria o respeito de todos os outros poderes para a figura do Monarca. Neste momento podemos ver uma relação clara e natural da figura do Rei com a figura de um poder que transita de forma legítima entre os outros poderes. Por este motivo, o Poder Real é, em primeiro momento, o poder legítimo e natural que exercerá o Poder Moderador em um Estado Monárquico Constitucional²⁰¹.

Na continuidade deste pensamento, Florentino nos trouxe a ideia que o Poder Monárquico e o Poder Moderador se relacionavam principalmente pelo fato dos dois poderes derivarem de uma busca pela Soberania e pela liberdade do povo, liberdade que se constrói com base na busca pelo equilíbrio do Poder Moderador ou mesmo na ponderação que o Monarca representa. Assim, quando foi imaginada a Constituição, foram colocados naturalmente os dois poderes, de forma contínua, juntando assim os dois poderes de forma a seguir a teoria colocada e imaginada por Constant²⁰².

Como pôde ser visto no capítulo anterior, a tradição portuguesa trouxe a figura de um Poder Real e, seguindo o caminho estabelecido, logo fica claro que este poder tem plena relação de legitimidade com o Poder Moderador, dando origem a uma simbiose de funcionamento. Por essas razões, o Poder Real foi a ferramenta verdadeira e eficiente na Constituição de 1824, não apenas pelo sentido dado ao Poder Real em Constant, mas também há uma natural evolução do Estado de Direito, havendo a plena noção histórica do centro do poder puramente monárquico, compreendendo a figura do rei como algo de origem divina, como força legítima de Deus para o Estado, formado pelas liberdades

²⁰⁰ Ibidem, pág. 21 – 22;

²⁰¹ CONSTANT, Benjamin. Princípios políticos Constitucionais. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, Pág. 38;

²⁰² VAINFAS, Ronaldo (organizador). Dicionário do Brasil imperial (1822-1889). Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, Pág. 91;

individuais de seus cidadãos, de maneira que o Poder Real será direcionado em serviço da soberania do Estado²⁰³.

Assim, podemos concluir que o Poder Moderador assume sua legitimidade no Poder Imperial, não pela força do Imperador ou do Rei, nem pelo poder absoluto da monarquia, mas pelo fato de que o Estado moderno assume a Soberania máxima da Constituição como vontade legítima da população. Desta maneira, o poder absoluto caberá apenas a Constituição e o Imperador será sujeito a este poder, de forma que o Rei ou Imperador, como primeiro cidadão, assumirá nas mesmas condições o posto de primeiro defensor da soberania popular condensada na Constituição.

Estas características marcaram claramente a formação do poder no período do Império e delimitaram o Poder do Imperador no Estado, bem como a sua representação na sociedade. Com o advento de uma nova forma de governo (República), a discussão do Poder Moderador na figura do Soberano (como pessoa) acabou por perder sua relevância empírica, pois o advento da República subverteu todo o conhecimento construído para estabelecer uma nova forma de governo, retirando a figura clara do Soberano, e trouxe a necessidade da discussão de um Poder Moderador fora da monarquia, dentro do formato republicano adotado, por este motivo, iremos agora observar as formas que o poder tomou após o Império.

²⁰³ LINDSAY, A. D. O Estado Democrático Moderno. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964, Pág. 179;

2 O Poder Moderador pós-Imperial

Após a guerra do Paraguai, o poder político e social no Brasil havia se movido de seu centro, em torno do imperador, para um sistema extremamente pulverizado e, com a custosa vitória na guerra, a cultura política encontrava dificuldade em manter o progressismo da Constituição de 1824. Neste sentido, a pressão advinda dos Estados Unidos e a importação do pensamento liberal em grandes quantidades, através de estudos e de autores estrangeiros à nossa cultura política, gerou um ambiente perfeito para a cisão do poder existente, onde houve o enfraquecimento da política em prol de uma pulverização do poder. Esta pulverização acabou por fortalecer o comando militar, que havia voltado com uma grande vitória na guerra e por isto era visto na sociedade de sua época como uma figura que poderia, através da força, pulverizar o poder pelos Estados e para várias pessoas. Dessa forma, as atitudes do Estado parlamentarista que busca agora, em seu seio, evoluir na construção dos direitos e a pressão contrária dos grandes produtores rurais e do coronelismo, acabaram por enfraquecer a figura do poder por representatividade no país²⁰⁴.

A dualidade de pensamento conservador e liberal, que existia na construção da Constituição, foi aos poucos sendo substituído por um pensamento único liberal, que adivinha da divisão dos poderes como a solução para a construção de uma frente forte contra as atitudes sociais e econômicas do Império. Por consequência, podemos dizer que:

“Tal se manifestava como um dos elementos fundamentais na elaboração de ideologia contraposta àquela dominante e que, portanto, abria vias de diversificação valorativa no cenário político brasileiro, numa época em que a herança colonial pesava demasiado, e que tinha como natural o absolutismo, o autoritarismo dos régulos e dos potentados. É, de fato, uma abertura para o rompimento da opressão, pelo menos a criação de frentes conscientes de resistência. Nisso teve êxito o Liberalismo radical²⁰⁵”.

²⁰⁴ CUNHA, Pedro Octávio Carneiro. História Geral da civilização Brasileira. Tomo II – O Brasil Monárquico. São Paulo: Difusão europeia do Livro, 1970, Pág. 175 – 176;

²⁰⁵ O que deve ser ressaltado aqui é que a resistência liberal à forma de governo do país teve origem antes mesmo da Constituição e acabou por se fortalecer no momento exato em que o Imperador era enfraquecido. O principal problema apontado era que a liberdade e os direitos fundamentais defendidos nas instâncias

O pensamento liberal procurava alguém que poderia representar a ideia liberal de poder e fosse uma espécie de “salvador”, um pensamento semelhante ao sebastianismo português. A figura forte do comandante do Exército, que aparecia como um grande vitorioso, foi o ponto chave para que o liberalismo encontrasse sua representação messiânica. O Marechal Manuel Deodoro da Fonseca era o que poderia ser chamado na América Latina de um “*caudilho*”, figura que tem como sua força central a própria imagem e representações que o mesmo busca construir:

“É perfeitamente verdadeiro que a maioria dos países latino-americanos não poderia esperar passar diretamente do despotismo autocrático e da violência – legado dos vice-reis espanhóis – para instituições parlamentares liberais. Mas é igualmente verdadeiro que na sua busca natural de formas mais amplas de liberdade pessoal e política os latino-americanos caíram no erro de adotar formas de Constituição que, na ausência das restrições extraconstitucionais dos costumes e influências, simplesmente resultaram em legalizar a velha tradição do *caudilho*²⁰⁶”.

Assim, no golpe de 1889, o Marechal Deodoro, apoiado por uma grande frente liberal, trouxe uma nova forma de governo, renegando a tradição europeia em prol de uma tradição americana, rompeu com as formas culturais do Estado de maneira a inverter os valores estabelecidos de origem romano-germânica, para uma matriz baseada apenas nos costumes. Tal mudança de foco e tradição foi consequência da pressão vinda dos Estados Unidos, que já na época do Império disputava poder com o Brasil na construção de uma figura hegemônica na América. Por esses motivos, o golpe republicano nos trouxe uma nova tradição, que buscava atribuir mais poderes aos estados que compunham o Brasil, retirando-os da contração de poderes do monarca e do parlamento e pulverizando-os por todos os lados entre estados e o que depois viria a ser conhecido como municípios²⁰⁷.

mais altas do governo eram sistematicamente desrespeitados quando chegavam às instâncias inferiores do governo. A retidão do governo e do monarca não se traduziu em uma correlação desta retidão nas figuras do poder. MONTENEGRO, João Alfredo de Souza. O liberalismo radical no império. Componentes ideológicos de Cipriano Barata. In *As Ideias Políticas no Brasil*. São Paulo: Convívio, 1979, Pág. 141;

²⁰⁶ HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade o presidente do Brasil: Um Estudo do Brasil constitucional (1889 – 1934)*. Brasília: Editora UNB, 1981, Pág. 47 – 48;

²⁰⁷ *Ibidem*, Pág. 50;

Entretanto, ao assumir o poder, o Marechal Deodoro seguiu a mesma linha de toda a política *caudilha* latino-americana, assumindo o governo de forma despótica, de maneira que todo o Estado girava em torno da figura do governante. Desse modo, Hambloch completa:

“No seu desejo de um defensor mais forte de suas novas liberdades teóricas, Libertadores e Restauradores, republicanos sinceros e ardentes reformadores procuraram um sistema constitucional que colocaria amplos poderes, durante um período estipulado, nas mãos do chefe de Estado, que deveria – com a colaboração do Congresso – defender as novas liberdades do povo. O que alcançaram, na prática, foi colocar poderes ilimitados nas mãos de um homem que o Congresso não podia controlar, e que, por meio de sofismas ou da violência, algumas vezes obedecendo a letra da constituição e sempre traindo o seu espírito, quando isso lhe covenha, agiu despoticamente em seus próprios interesse e no de seus satélites, sem qualquer consideração pelas liberdades do povo²⁰⁸”.

Consequentemente, em toda a construção político-social que vinha sendo feita durante o Império, houve uma quebra, de caráter democrático, da forma de poder. A cultura nacional não seguia ou não estava preparada para um republicanismo delimitado pelo modelo liberal, como o existente nos Estados Unidos, de forma que o golpe foi construído apenas entre os “*coronéis*” (que exerciam poder semelhante ao dos senhores feudais), a elite intelectual burguesa de sua época e entre as instâncias inferiores do Poder, que tinham forte leitura dos pensadores e doutrinadores liberais. Assim, a nossa experiência com o republicanismo foi caracterizada pela diminuição das liberdades e dos direitos em troca de uma descentralização do poder.

A experiência republicana foi uma mudança no sentido de como o Estado era construído, tendo em mente que, em um primeiro momento, saímos de um regime que

²⁰⁸ Ibidem, Pág. 48;

tinha bases democráticas para um regime que poderia ser considerado autoritário, rompendo de forma definitiva com a cultura política²⁰⁹.

Em vista disso, ao retirar o poder de como já era conhecido, desfazendo o parlamento e o Poder Real, a construção da República tornou muito difícil e complexa a localização e a delimitação das funções institucionais, de feito que, na Constituição de 1891, a estabilidade nacional e a liberdade, como conhecidas na Constituição de 1824, não foram alcançadas, considerando a instabilidade institucional proporcionada pelo surgimento de poderes quase autoritários e pela falta de uma cultura política republicana. Tal instabilidade nos leva a questionar o papel da construção dos poderes clássicos de Montesquieu que, dentro de um sistema em constante desequilíbrio, acabaria por concentrar o poder ainda mais na figura do líder, que teria em suas mãos o poder e a normatividade que viria a convir a ele²¹⁰.

Pelos motivos colocados acima, a discussão do Poder Moderador irá tomar outros rumos, de maneira que sua clareza e objetividade, construída na Constituição Imperial, será substituída pela obscuridade de um regime republicano, que irá, de forma sistemática, afastar os nossos costumes culturais e sociais políticos²¹¹. Por isso, principalmente nos primeiros anos do novo regime, a política não sabia bem como reagir ao novo modelo político, de forma que toda a cultura da sociedade se mostrava incompatível com a República. Por causa desta instabilidade, todo o poder foi colocado nas mãos de uma única pessoa, o Marechal Floriano, e tal concentração de poder nos levou a um regime ditatorial forte, com uma constante violação dos preceitos constitucionais e da lei em prol do poder absoluto²¹².

²⁰⁹ CHACON, Vamireh. O Estado e o povo no Brasil: As experiências do Estado Novo e da democracia populista, 1937-1964. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1977, Pág. 19;

²¹⁰ OURO PRETO, Visconde de. Advento da ditadura militar no Brasil. Paris: Imprimiere F. Pichon, 1891;

²¹¹ Podemos observar que, em consequência do golpe republicano, o regime instaurado no Brasil até os dias atuais tem se mostrado incompatível com a construção cultural e política do país, de forma que as consequências de tal mudança são vistas até hoje. De fato, há uma grande necessidade de que o país se reconcilie com a sua própria história, negando as influências externas estranhas a nossa cultura política ocidental, trazendo novamente ao centro dos debates a forma de governo compatível com as diferenças culturais e sociais que devem ser reconciliadas, em negação ao liberalismo estrangeiro e em aceitação à formação do Estado Ético, Estado que representa a nossa origem e cultura europeia em conformidade com as nossas diferenças e necessidades sociais. SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de Justiça no Mundo Contemporâneo: Fundamentação e aplicação do Direito como Maximum Ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, Pág. 263;

²¹² HAMBLOCH, Ernest. Sua Majestade o presidente do Brasil: Um Estudo do Brasil constitucional (1889 – 1934). Brasília: Editora UNB, 1981, Pág. 58;

Por consequência da falta de estrutura no poder, a noção de Poder Moderador acaba por ser confundir novamente com o poder absoluto, de forma que os pensadores da época buscavam uma forma de reestabelecer o Poder Moderador dentro de uma formatação republicana, reestabelecendo assim nossas raízes culturais. Entretanto, como base da teoria do Poder Moderador, a ação deste se torna nula ou sem aplicação quando a mesma está sujeita a governos autoritários, visto que o equilíbrio de poderes no qual sua ação é necessária não existe mais. Assim, o objeto de ação do Poder Moderador se torna inexistente, restando apenas uma ação vazia na busca da preservação da soberania externa do país, em detrimento a qualquer outra realização da devida importância deste poder na sua relação com a soberania interna. Como a vontade social não é mais considerada da forma como colocada na Revolução Francesa, o referido poder acaba por se tornar uma esfera vazia de conteúdo²¹³.

A discussão passa agora a ser não apenas sobre a forma clara do Poder, mas também sobre a sua elasticidade para ser aplicado fora do modelo teorizado pelos pensadores do Século XIX. De maneira direta, podemos dizer que, em um primeiro momento, o Poder Moderador foi transposto de forma simples para a figura daquele que se declarasse soberano, e muitas vezes este foi considerado o Chefe de Estado, que no republicanismo será o presidente (no modelo adotado no Brasil). Porém, as críticas contrárias sempre foram mais fortes e coerentes, apesar de serem críticas de origem liberal, deveriam ser observadas, pois em um sistema de três poderes imutáveis, seria um desequilíbrio a inserção de um quarto poder. Nas vertentes teóricas onde o Poder Moderador ficaria fora do sistema de poderes, nenhum poder daquela época tinha legitimidade para exercer um equilíbrio de Estado sem que atentasse contra a soberania popular.

Podemos então considerar que o período de 1889 até 1933 são os anos da calamidade do Poder Moderador, que mesmo sendo amplamente discutido não encontrava legitimidade nem aplicabilidade como as encontradas na Constituição de 1824. A principal razão para este fato era a inexistência da noção de soberania popular, que mesmo na Constituição de 1926 era encarada de forma mais fina e frágil do que na já debilitada e superada Constituição de 1891. Deste modo, podemos dizer que a única tentativa de trazer organização social para a discussão partiu de Borges de Medeiros, que

²¹³ MEDEIROS, Borges de. O Poder Moderador na Republica Presidencial. Pernambuco: Edição da S A. Diário de Pernambuco, 1933, Pág. 75;

considerava a iminente necessidade de restabelecer o esboço de uma instituição que protegesse a soberania popular e o Estado contra as instabilidades políticas e sociais de sua época²¹⁴.

Entretanto, como poderemos ver a seguir, mesmo esta tentativa de reestabelecer o Poder Moderador de forma positivada na Constituição de 1934 acabou por afastar a sua aplicabilidade padrão, renegando a outros poderes características que deveriam ser privativas do Poder Moderador, mas que foram pulverizadas e diminuídas até o ponto em que se tornaram apenas características dos poderes Executivos e Legislativos para evitar ingerência destes poderes entre si²¹⁵.

A questão que deve ser discutida após a instauração da República é onde reside o Poder Moderador, tal discussão será a base de todo o pensamento da República em relação ao referido poder. A discussão neste caso acabará por se concentrar não mais na formalidade do Poder, mas em sua presença que se fará por meio da força. A força de um poder residirá no soberano e, por causa da forma como o poder será construído, residirá no mais forte, e assim o estabelecimento do mais forte será caracterizado por uma sequência de golpes de Estado. Entretanto, como já pode ser observado na primeira parte desta pesquisa, o Poder Moderador residirá no soberano quando o mesmo não estiver em posse do poder absoluto²¹⁶.

Então, o que podemos perceber é que o Poder Moderador não será compatível com o exercício comum do poder no Estado, sendo esse poder uma força de intervenção em prol da soberania do Estado e da população. Desta forma, quando existir uma intervenção por parte de uma força soberana, a mesma agirá como Poder Moderador fosse, porém quando esta força passa a exercer o poder de forma comum, atraindo assim o poder total para esta força, a mesma deixará de exercer o Poder Moderador, visto que tal poder é incompatível com o poder comum²¹⁷.

²¹⁴ Ibidem, Pág. 32;

²¹⁵ PAIM, Antônio. A discussão do poder moderador no segundo império. In: Curso de introdução ao pensamento político brasileiro. Unidades 3 e 4. Brasília: Ed. UnB, 1982, Pág. 20;

²¹⁶ KAMPMANN, Fabio Roberto. Et al. A Teoria da Constituição na Obra de Carl Schmitt. Revista da decima ABDC, anis do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba, 2010;

²¹⁷ CONSTANT, Benjamin. Princípios políticos Constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, Pág. 19;

Assim, a República será uma sucessão de forças soberanas que exercerão o Poder Moderador contra governos que não seguem a soberania popular e, em seguida, as forças soberanas abrirão mão do Poder Moderador para que as mesmas exerçam o poder comum (em alternância da ação).

O primeiro exemplo que podemos observar é o golpe republicano, onde o exército, de forma individual²¹⁸, buscou assumir em sua estrutura o dever de Poder Moderador, e, por uma força revestida de legitimidade ligada a soberania e vontade popular, expulsou e modificou as forças constitucionais colocadas, em prol de uma ordem social nova, relacionada à vontade popular momentânea. Deste modo, após o Marechal Deodoro assumir o governo, as Forças Armadas (não apenas o Exército) continuaram, através de sua presença hegemônica, a exercer o Poder Moderador, não mais pelo vetor da positividade, mas por meio da teoria do Soberano²¹⁹.

Devemos observar a tentativa de reestabelecer o Poder Moderador na República presidencial por Borges de Medeiros, na construção constitucional de 1933. Outro momento que devemos observar é a passagem do poder civil para o golpe militar, onde vemos novamente uma mudança do local do poder, que só será recuperado com a Constituição de 1988. Desta maneira, devemos observar a trajetória do poder político para que possamos entender a sua aplicabilidade.

Primeiramente, podemos traçar dois momentos do Poder Moderador na República: o momento de certeza, que perdurou de 1891 até 1964, onde, apesar das certezas constitucionais e dos regimes autoritários, ficou claro que os militares, por sua força e principalmente por parte de sua cultura militar, advinda das tradições monárquicas, possuíam em sua figura de ação uma força decisionista e, desta maneira, uma plena ação como soberano. Tal relação se condensaria em força que poderia (e foi) ser exercida contra os governos em prol da busca de uma “normalidade”. Tal busca pela

²¹⁸ Após o Marechal assumir o poder, não foi instaurado um governo militar, mas sim foi buscado uma nova ordem constitucional de forma que o próprio Marechal continuou a exercer o poder se distanciando das próprias forças militares. Desta maneira podemos em tão dizer que ainda foi possível existir uma certa independência do Poder Moderador da estrutura de governo, entretanto, a formalidade observada no período imperial nunca mais será recuperada, restando apenas a figura do Poder Moderador informal;

²¹⁹ SILVA, Frederico Silveira e. O Decisionismo de Carl Schmitt e sua Relação com a Discricionariedade e a Medida Provisória. In Revista CEJ, Brasília, N. 39 Out-Dez. 2017;

normalidade teve seu ápice em dois momentos máximos, sendo os golpes militares de 1889 e 1964, respectivamente²²⁰.

O segundo momento que podemos observar é o após o golpe militar de 1964, uma vez que, ao assumir o poder de forma definitiva, as Forças Armadas, que antes possuíam a força decisória típica de um Poder Moderador, passaram a exercer o poder de fato. Como já foi dito, o fato de em momentos decisórios as Forças Armadas exercerem o poder, retirando o poder político estabelecido e o colocando em um novo formato político e social é uma quebra do padrão estabelecido, possível apenas por meio de uma força com ação relevante no Estado²²¹. Por este motivo, devemos considerar este segundo momento como o momento de ausência absoluta de uma figura do Poder Moderador ou mesmo de um Soberano que fosse capaz de exercer a força da mesma maneira como ela foi exercida pelas forças militares.

Esse segundo momento pode ser observado como um momento de incerteza, pois as Forças Armadas durante todo o início da República haviam exercido o Poder como se Moderador fosse, mas, ao assumirem o poder de fato, tal força acabou por se perder e não foi assumido ou colocado em nenhuma outra instituição. Tal ausência não se deve à repressão às instituições clássicas, mas à característica do Poder Moderador, que não se localiza nas forças comuns do Estado, de forma que nenhuma força estatal tinha a devida legitimidade para assumir esta função²²².

As consequências do segundo momento histórico do Poder Moderador na República ficarão mais evidentes após o regime militar onde, ao retomar a normalidade, após décadas de Exceção institucionalizada, o poder acabou por se perder, não apenas pela ausência de uma positivação e de uma normatividade típica do período republicano, mas também pelo medo que foi instaurado aos portadores da soberania, já que um período tão longo de exceção levou a uma insegurança pública com o força, semelhante ao que

²²⁰ FAUSTO, Boris (direção). História Geral da civilização Brasileira. Tomo III – O Brasil Republicano, Volume 10 (política e cultura). São Paulo: Difusão europeia do Livro, 1970;

²²¹ SILVA, Ligia Osorio. Projeto nacional e politização das Forças Armadas, 1944-1964. In Militares e política no Brasil. São Paulo: Expressão Popular, 2018, Pág. 88;

²²² Durante o regime militar, de 1964 até 1985, não havia força soberana maior que os próprios militares e, desta forma, a teoria schmittiana encontrava aplicação no Estado. Entretanto, como já foi observado, nem sempre o Soberano terá em mãos o Poder Moderador, ainda mais quando este Soberano exerce poder de forma única e solitária, não restando instituição estatal para ser moderada. KAMPMANN, Fabio Roberto. Et al. A Teoria da Constituição na Obra de Carl Schmitt. Revista da decima ABDC, anis do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba, 2010;

foi visto na República de Weimar²²³. A ausência de normalidade provocada por uma interferência do Poder Moderador levou ao medo de uma atuação desmedida do Poder. Por isso, temos que analisar o período pós-Constituição de 1988 como o momento da volta do Poder Moderado. Como iremos ver mais a frente, o Poder Moderador encontrou novamente no Estado uma forma de agir, buscando sempre a legitimação constitucional e a normalidade. Esta trajetória histórica se inicia na definição de um Poder que fosse de possível aplicação na Constituição e na sua delimitação, assumida pela sua latente necessidade de reconhecimento legal.

Neste momento da pesquisa, devemos estudar as características do Poder Moderador em sua ação na República, para que posteriormente possamos concluir o estudo observando a finalidade final que o referido Poder assume no Estado Brasileiro e a sua relação com a democracia e a preservação dos direitos.

²²³ O que foi visto neste período histórico foi uma crise na soberania popular que, por causa da falta de normalidade, acabou por perder a confiança na força de um Poder Soberano que como Moderador agia. Assim, o período se assemelha aos tempos finais da República de Weimar, onde a noção de Soberania popular havia se enfraquecido pela atuação constante e em peso do Soberano. Na teoria de Schimtt, a Exceção acaba por comprovar a regra, a teoria do Soberano, pois é o exemplo da necessidade de uma atuação que busque a normalidade a curto prazo, evitando a perda da legitimidade. DYMETMAN, Annie. Uma Arquitetura da Indiferença: A República de Weimar. São Paulo: Editora Perspectiva, 2002, Pág. 127;

2.1 Poder Moderador Constitucional na República

Como já observamos, o Poder Moderador na República encontrou dois momentos distintos, marcados pelos dois golpes militares. Durante o momento da certeza, houve uma forte tentativa de trazer positividade e normatividade ao referido Poder. Tal tentativa se dava não pela ausência de um poder que como moderador agisse, mas sim pelo fato do Poder estar forte e presente na realidade e, desta maneira, existiam apenas duas formas de lidar com este fenômeno: a primeira forma seria assumindo a sua existência e a positivando através da constituição, desta maneira o Poder poderia ser modulado e delimitado de acordo com a necessidade, se adaptando às necessidades reais de ação na República e à sua forma institucional; a segunda maneira seria reconhecendo este poder, porém o deixando ainda em obscuro para que o mesmo agisse não pela normalidade, mas pela Exceção²²⁴.

Houve novamente um grande embate entre o pensamento liberal e o pensamento do Estado, e do lado do Estado se encontrava Borges de Medeiros que, observando a constante instabilidade social existente em sua época, em seu anteprojeto de constituição buscou trazer a opção do Poder Moderador. A sua teoria seguia um modelo muito semelhante ao encontrado na Constituição de 1824, visto que não foi criado um novo poder institucional que seria responsável apenas pelo equilíbrio de poderes, mas foi legado novamente ao Executivo o papel de portador do Poder Moderador, seguindo assim uma teoria híbrida entre a soberania de Constant e o equilíbrio de Clermont-Tonnerre. Talvez a opção por colocar o Poder Moderador na figura do presidente teria como base as questões culturais, visto que havíamos passado por vários momentos de força absoluta nas mãos dos presidentes e assim faria sentido manter o costume político²²⁵.

O momento de certeza pode ser caracterizado não pela constante normalidade, mas pelas constantes crises constitucionais e por regimes autoritários que exerciam a força sobre o Estado, ignorando a soberania popular em prol de uma soberania externa do Estado. Porém, devemos considerar que a busca pela normalidade nunca foi abandonada e até podemos considerar que a Exceção permanente não foi instaurada pela força que o

²²⁴ MEDEIROS, Borges de. O Poder Moderador na Republica Presidencial. Pernambuco: Edição da S A. Diário de Pernambuco, 1933, Pág. 58;

²²⁵ Ibidem, Pág. 88;

Poder Moderador exercia sobre o Estado nos momentos que fugiam da normalidade aparente²²⁶.

Assim, mesmo após a instauração da República e a criação de uma nova constituição, a força do pensamento liberal radical encontrou forte reação contrária. Tal reação foi combatida através da força do Estado e da arbitrariedade típica dos governos despóticos. Tal período é comumente conhecido como a República da Espada, sendo esta a nossa primeira experiência com a ausência de um Poder Moderador que tivesse força de ação sobre o Estado, visto que não existia nenhuma força maior que a militar a ser exercida²²⁷. A política de aproximação aos Estados Unidos pode ser uma explicação plausível para a formação política da época, observando que os ideais americanos foram importados para o nosso modelo de República, causando assim o início de um momento de adaptação e de modificação sociocultural aos valores republicanos. Porém, como a história nos mostra, tal período (1889-1894) foi construído não mais em cima de um diálogo nacional, como ocorrido na construção do Império, mas em cima da força necessária para que tal mudança política adquirisse legitimidade perante a soberania popular²²⁸.

Não bastava o apoio dos senhores de terras e dos grandes coronéis que dominavam o interior do país, era necessário que a população em si, representante da soberania, se adaptasse ao novo momento do Estado. Assim, podemos dizer que o Poder Moderador, que havia sido tomado à força das mãos do Imperador pelos militares, agisse de forma unilateral, visando apenas a manutenção da soberania nacional em detrimento da soberania interna. Neste momento não podemos falar de um Poder Moderador formal ou mesmo teórico, pois a sua força existia apenas de fato e, através da sua realidade objetiva, exercia a coerção pela figura simples e despótica do Soberano na figura dos dois presidentes colocados e não escolhidos. Por este motivo, o Poder havia encontrado em

²²⁶ Durante toda a busca pela normalidade, da República Velha até o Estado Novo, sempre houve a normatividade dos atos. Entretanto, mesmo com a previsão legal, o momento mais externo do Estado, ou seja, mais próximo da realidade, acabou por seguir uma realidade que Charcon chama de normalidade de “fato”, ou seja, o Estado se mostrava incapaz de vivenciar a sua própria positividade. Analisando este ponto, podemos dizer que este seria o motivo para que o Poder Moderador tenha agido sempre por fora da *Positividade*, visto que o valor constitucional máximo não tinha um valor social suficientemente relevante para que uma legitimação da força moderadora alterasse a sua legitimidade de ação. CHACON, Vamireh. O Estado e o povo no Brasil: As experiências do Estado Novo e da democracia populista, 1937-1964. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1977, Pág. 26 – 27;

²²⁷ FAUSTO, Boris & Devoto, FERNANDO J. Brasil e Argentina: um ensaio de história comparada, 1850-2002. Editora 34, 2004, Pág. 228;

²²⁸ Idem;

seu próprio golpe uma necessidade de agir. A Proclamação da República trouxe *o mesmo fantasma* que rondava o início do Império: o fantasma da cisão cultural que acarretaria em movimentos separatistas fortes. O que estava em jogo era a unidade nacional que havia sido fragilizada pelo golpe da República²²⁹.

Pelos motivos acima apontados, podemos dizer que o Poder Moderador do momento da certeza deveria agir e agiu. Sua ação pode ser observada na força dos oficiais militares que comandavam o país com o peso da espada e com braço de ferro. Não podemos dizer que foi de tal forma prejudicial, pois a República havia criado um problema que apenas o Poder poderia resolver e, como este Poder estava com os militares, eles deveriam agir em prol de uma unidade nacional²³⁰. O resultado pode ser visto até os dias atuais, onde, ao contrário do poder de *caudilho* que marcou os nossos vizinhos, a força do Poder Moderador manteve a unidade nacional em detrimento da soberania interna²³¹.

Podemos, então, ver que a preservação da unidade territorial e nacional foi um movimento quase exclusivo do Brasil, visto que em toda a América houve movimentos de separação bem-sucedidos, com uma constante mudança geopolítica por todo o continente. Claro que tal necessidade de atuação das forças moderadoras não existiria se o golpe da República não tivesse ocorrido, mas as forças militares encontraram a solução nas mesmas ferramentas que nos levaram a República. Curiosamente, também podemos observar que o grande “mal” que a República buscava combater, o Poder Real, havia sido usado como ferramenta para sustento dos primeiros anos da República, Poder que agora se manifestava na força e na soberania das forças militares²³².

Com a continuidade da República logo veio a normalidade, esta era necessária para que o constante Estado de Exceção não suprimisse a figura do Poder. Em decorrência desta normalidade, o Estado, agora sob um regime constitucional republicano,

²²⁹ Ibidem. Pág. 241;

²³⁰ HAMBLOCH, Ernest. Sua Majestade o presidente do Brasil: Um Estudo do Brasil constitucional (1889 – 1934). Brasília: Editora UNB, 1981, Pág.48;

²³¹ Ibidem, Pág. 50;

²³² O problema da unidade nacional sempre foi relacionado à construção cultural e histórica e, como pode ser observado, tal problema sempre era solucionado através de uma figura centralizadora que em sua pessoa concentrava os valores comuns a toda a unidade nacional. Na época do Imperador, a figura real e a devoção ao Rei eram elementos comuns a toda a unidade nacional, demonstrado de forma clara no artigo 116 da Constituição Imperial (em anexo). Entretanto, a unidade nacional proporcionada pelo Imperador não existia em um governo que agia sobre a rédea presidencial, assim a união deveria ser conquistada à força e através da soberania do Presidente militar, tendo como garantia a força militar. A unidade nacional foi mantida por meio do medo e da relação de entendimento entre o Soberano e a população. Ibidem, Pág. 51 – 52;

necessitava de continuidade e afirmação. Não podemos negar que, durante a República Velha (1889 – 1930) e com os avanços do civil ao cargo de presidente, o Poder Moderador continuou nas mãos dos militares que exerciam de fato tal poder, longe de qualquer positividade. Tal exercício continuou a ser necessário para a manutenção do sistema republicano e do liberalismo dentro de uma unidade nacional mantida à força.

Entretanto, tal instabilidade durou pelo período de poucos anos, a Constituição Republicana já havia sido substituída (1934), não por causa da sua falta de legitimidade, mas pelo fato de tal legitimidade não estar mais presente na Constituição. De fato, podemos observar que o poder dos militares (que era a fundamentação da República) não se encontra de forma legítima na Constituição. Por estes motivos e pela crise na Soberania, foi necessário um novo projeto constitucional que visasse legitimar todos os poderes do Estado e trazer a normalidade não mais pela força, mas por um grande acordo nacional em torno da Soberania²³³.

Foi neste ambiente que o pensamento de Medeiros tomou certa relevância no cenário nacional. Medeiros estava preocupado com o modo como o Estado se mantinha em posição legítima, visto que era necessário que a soberania popular fosse restabelecida e firmada. Assim, tendo o pleno conhecimento das nossas origens culturais e históricas, o jurista pernambucano buscou a reconciliação do Estado com a sua própria história. Tal reconciliação acabou por ser condensada em seu anteprojeto de Constituição de 1933. Ao que nos interessa, o ponto máximo de sua busca pela legitimidade se encontrava na tentativa de reestabelecer o Poder Moderador à sua estrutura positivada constitucional, trazendo a força da normatividade para este poder²³⁴. Entretanto, o principal erro que podemos ver em sua busca pela normalidade está na procura pelo poder. Como observado, o poder se encontrava nas mãos dos militares, que eram a única figura soberana forte e hegemônica da República que poderia exercer o Poder Moderador de forma legítima, visto que a estrutura militar concentrava, naquela época, a força máxima do Estado²³⁵.

²³³ MEDEIROS, Borges de. O Poder Moderador na Republica Presidencial. Pernambuco: Edição da S. A. Diário de Pernambuco, 1933, Pág. 90

²³⁴ Ibidem, Pág. 85;

²³⁵ Tal afirmação se comprova na própria história, em que, após a constante busca pela normalidade, os militares acabaram por novamente tomar o poder, usando como força legitimadora o fato do Poder Moderador ainda se encontrar em sua figura. Por terem o Poder Moderador, a ação do golpe de 1964 tinha como base legitimadora a manutenção da soberania popular e do Estado de Direito. Tal ação poderia ser

Ao tentar retirar a força moderadora dos militares e devolver esta força aos moldes do Império, Medeiros acabou por enfraquecer a própria teoria. No Império, o Poder Moderador se encontrava na figura do Imperador pelo fato do mesmo ter força e legitimação perpétua decorrente de seu posto, que se encontrava acima de qualquer tensão política e visava apenas aos interesses nacionais. A figura do Presidente, por sua característica, não possuía tal legitimidade, primeiramente por ser um cargo temporário e depois pelo fato do presidente não representar a soberania de toda a população²³⁶.

Neste sentido, as críticas de Bastos feitas ao pensamento de Medeiros devem ser observadas, pelo fato de que naquela época o problema da legitimidade do Presidente já era encarado como um problema sério. O Poder Moderador republicano, mais do que o Poder Moderador tradicional de Constant, deve respeitar o equilíbrio de poderes. Nas teorias republicanas, os três poderes devem exercer entre si um fino equilíbrio para que seja possível a existência do Estado e o dever às leis. Entretanto, quando nesta teoria é inserida a figura do Poder Moderador, este irá naturalmente desequilibrar a fina relação de equilíbrio. Para isto, todos os entes do Estado possuem as ferramentas necessárias para garantir o cumprimento constitucional e a harmonia de poderes²³⁷.

Para este equilíbrio, qualquer Poder Moderador que venha a ser exercido deve vir de fora do sistema, para evitar o risco de acabar com o próprio sistema. Assim, ao colocar o Poder Moderador na figura do Executivo, seria desequilibrado o sistema, da mesma forma este Poder não deve ser colocado em qualquer outro Poder (Legislativo e Judiciário), sob pena de o retornarmos ao perigo que advertiu Constant: a soberania do Poder estaria ameaçada pela vontade de uma instituição ou pela interpretação conveniente de um tribunal que vá contrariamente aos princípios constitucionais declarados²³⁸.

legitimada se os militares não tivessem permanecido no poder de fato após o golpe. Desta forma, a permanência no poder acabou por deslegitimar o Poder Moderador dos militares.

²³⁶ Schmitt ensina que, em uma República Presidencial, não podemos considerar o Presidente como uma figura hegemônica semelhante ao Primeiro Ministro ou ao Imperador, principalmente pelo fato de que o Presidente tem origem em uma disputa política hegemônica, ou seja, com base em uma eleição direta por parte da população, de forma que sempre existirá uma parte ganhadora e uma parte perdedora. O mito se perde no fato de, apesar do Presidente governar sobre todos, a parte perdedora não se reconcilia de forma natural com a parte ganhadora, gerando assim uma natural divisão social e um enfraquecimento da figura do Presidente. CARDOSO, Paulo Roberto. Soberania e exceção em Carl Schmitt. Dissertação de Mestrado – UFMG, Belo Horizonte, 2009, Pág. 44;

²³⁷ BASTOS, Leão M, Tavares. O poder Moderador na república presidencial: Estudo de direito constitucional em torno do livro do Sr. Borges de Medeiros. Recife: Edições Mozart, 1936, Pág. 12;

²³⁸ Aqui devemos ressaltar que o equilíbrio de poderes deve ser respeitado para que possamos ter um cumprimento do dever constitucional. No sistema constitucional brasileiro, caberá a cada Poder apenas o que foi colocado na Constituição, de modo que ao Legislativo caberá legislar dentro das normas constitucionais, e ao Judiciário, julgar dentro das mesmas normas, restando ao Poder Moderador o dever

Pelos motivos apresentados, a tentativa de trazer à tona o Poder Moderador acabou por fracassar, fracasso este de responsabilidade não apenas do ainda dominante pensamento liberal, mas também fato dos juristas da época não terem percebido que o referido Poder havia encontrado morada fixa na República. Não nos cabe determinar aqui a legitimidade das Forças Armadas em exercerem tal poder, porém não resta dúvidas que, no transcorrer do caminhar histórico, fica evidente a força dos militares nas decisões principais que foram tomadas durante a República Velha e principalmente no Estado Novo. Neste momento, a busca por legitimação do Poder Moderador acabou por pulverizar as suas forças e vontades em atos singulares que foram incorporados nas Constituições seguintes, sendo esta a consequência da busca pelo Poder Moderador. Temos, por exemplo, o poder de veto presidencial, que antes era um poder típico do Imperador nas atribuições de Poder Moderador e acabou por se tornar ferramenta de equilíbrio de poderes²³⁹.

Outros atributos típicos do Poder Moderador Imperial, como a graça, acabaram por aparecer em algumas Constituições como elementos da busca do equilíbrio de Poderes²⁴⁰. Assim, a tentativa de reestabelecer o referido Poder no Estado Novo não pode ser considerada um fracasso total, pois acabou por trazer algumas das suas características para dentro do sistema de equilíbrio constitucional, providenciando, assim, ferramentas, que tornaram a República tão duradoura, mesmo diante de constantes crises constitucionais²⁴¹.

Nos anos que se seguiram, acabamos por ver a busca apenas pela estabilidade legal e pela integridade nacional, como ferramenta de ação do Poder Moderador, e o

de resguardar a soberania popular através da preservação da vontade constitucional. CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos Constitucionais*. 2^a Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, Pág. 30;

²³⁹ PAIM, Antônio. A discussão do poder moderador no segundo império. In: *Curso de introdução ao pensamento político brasileiro*. Unidades 3 e 4. Brasília: Ed. UnB, 1982, Pág. 23;

²⁴⁰ CARNEIRO, André Correa de Sá. O veto parcial no sistema constitucional brasileiro. Publicado em revista E-legis, nº 2, pp. 10-14, 1º semestre, 2009, Pág. 12;

²⁴¹ Devemos considerar outro momento da afirmação do Poder Moderador: a Intervenção Militar de 1930, onde a junta militar governou o país por apenas 10 dias, como um momento da ação do Poder em busca da restauração do equilíbrio do Estado, mesmo considerando que, após este período, o governo foi colocado nas mãos de Getúlio Vargas que, seguindo o constante problema republicano, acabou por instaurar uma nova ditadura no país. ABREU, A. Rio; FIECHTER, G. Regime; FRANCO, V. Outubro; SKIDMORE, T. Brasil. Verbete: Juntas Militares do Brasil – FGV;

momento de certeza perdurou até o ano de 1964, quando as Forças Armadas, munidas do Poder Moderador, tomaram o Poder em um novo golpe militar. Não podemos dizer que o golpe, em um primeiro momento, foi desprovido de legitimidade, mas acompanhava a vontade soberana da população, que acabou por apoiar de forma massiva a intervenção militar como meio de sanar a crise de representatividade mostrada pela ausência de cumprimento dos deveres constitucionais e pelos frequentes problemas de obediência a lei típicos das Repúblicas Presidencialistas²⁴².

Entretanto, a legitimidade do Poder de agir como Moderador das Forças Armadas logo foi por terra, visto que as mesmas acabaram por assumir o poder de forma definitiva, afastando da sua alçada qualquer atitude de Poder Moderador, visto que o mesmo não é compatível com o poder em exercício. Não podemos afirmar que houve um desconhecimento ou falta de vontade por parte dos militares, visto que era bem claro que, ao assumir o poder pela força, eles ficariam impossibilitados de intervir no próprio governo e acabaria por não existir órgão ou entidade do Estado que tivesse poder e legitimidade para exercer tal Poder em um regime militar²⁴³.

Tal momento da incerteza teve seu fim com a redemocratização do país em 1985. Podemos dizer que, após este momento, durante a nova construção constitucional, o Poder Moderador acabou por retornar para o único expoente do Estado que continuava a ter a força, mas não tinha o poder. Assim, as Forças Armadas voltaram a exercer o referido Poder, de forma bem acanhada, tendo em mente o trauma institucional ao qual o Brasil foi submetido durante o regime militar. Porém, o fato do Poder Moderador voltar a estar nas mãos das Forças Armadas como poder não positivado, não impediu o poder constituinte de trazer na nova Constituição um novo elemento até então ignorado pelos outros poderes: a Exceção.

Como já foi observado, a Exceção é um momento fértil para ação do Poder Moderador no Estado e a previsão legal da mesma possibilitou a existência de ferramentas

²⁴² GÓES, Waldemar de. O Brasil do General Geisel. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1978, Pág. 61;

²⁴³ Idem;

que nos habilitem a entender a realidade efetiva do Estado e buscar sempre o seu ponto máximo de efetivação através da soberania das pessoas. A previsão legal deve reconhecer formalmente a possibilidade de ação da força máxima do Estado, força esta que tem o objetivo de permitir a manutenção do objeto fim do Estado, ou seja, a liberdade. Por este motivo, devemos analisar a Constituição de 1988 à parte, não apenas pelo fato de ter vindo após o momento da incerteza do Poder Moderador, mas também pelo amadurecimento da noção republicana de Estado, sendo através das novas ferramentas que buscavam a união nacional ou mesmo da previsão constitucional de ação das Forças Armadas no momento da Exceção, legitimando na história o papel que os militares assumiram após o fim do Poder Moderador clássico do Imperador.

Também devemos observar que, apesar da ausência de qualquer forma de delimitação do Poder por parte das Constituições anteriores, essa ausência acabou por caracterizar a forma de ação do Poder Moderador durante a história. Entretanto, com a Constituição de 1988, a forma de encarar as Forças Armadas acabou por mudar em alguns aspectos a relação do Poder Moderador com o Estado, e por este motivo devemos analisar esta Constituição à parte.

2.2 Poder Moderador na Constituição de 1988

O Poder Moderador foi re-imaginado após o fim dos regimes militares, de forma que o mesmo, desprovido ainda de sua forma clássica, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 através da previsão legal da Exceção e da ação de um Soberano. Como pode ser demonstrado na primeira parte desta pesquisa, a ideia schmittiana de Soberano é compatível com o Poder Moderador, de forma que os mesmos podem (mas não necessariamente devem) estar colocados na mesma figura. Assim, antes de analisar a forma da Exceção prevista na Constituição, devemos entender que tal previsão é sinônimo da existência de um Soberano:

“Invertendo a colocação, a norma se constrói-se a partir da exceção. As normas, a Constituição, só têm direito de existência a partir da garantia constitucional do estado de exceção; não para assegurar a democracia em situações especiais, como queria Weber, Naumann e Press, mas para garantir a própria possibilidade do decreto das ‘situações especiais’, quando necessário”²⁴⁴

Assim, como foi possível observar nos capítulos anteriores, os militares, que após o golpe de 1964 tinham renegado e excluído o Poder Moderador de sua atribuição indireta, se viam agora fora do poder em todas as instâncias, voltando a ser capazes de ser novamente o pedra angular de exercício da soberania externa a partir da força e da soberania interna, agora com a figura de guardião que deve ser provocado quando houver algum desequilíbrio constitucional por parte de algum dos poderes ou por algum ente de Estado²⁴⁵.

De forma clara, podemos ver que o Poder Moderador não se faz presente de forma clara e explícita na Constituição atual, porém, ao analisar o artigo 142 através de uma

²⁴⁴ DYMETMAN, Annie. Uma Arquitetura da Indiferença: A República de Weimar. São Paulo: Editora Perspectiva, 2002. Pág. 140;

²⁴⁵ HUNTINGTON, Samuel P. O Soldado e o Estado: Teoria e política das relações entre civis e militares. 2. Ed. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2016, Pág. 209;

interpretação estratégica²⁴⁶, podemos considerar que as Forças Armadas têm o dever constitucional de agir como elemento de proteção do Estado e da Constituição.

A Constituição Brasileira de 1988, pelo seu artigo 142, trouxe todo o espectro de atuação do poderio militar em seu caput, deixando assim uma margem, de certa forma, excessiva para a interpretação geral de suas atividades em um cenário expandido²⁴⁷. Porém, ao olharmos os deveres comuns às Forças Armadas podemos encontrar a proteção e a garantia da soberania do Estado, principalmente internamente, através dos dispositivos existentes nos artigos 36, 136 e 137 da Constituição e posteriormente complementados pela GLO (Garantia da Lei e da Ordem) como novo modo de ação das Forças Armadas. São dispositivos que, em uma interpretação expandida proporcionada pelo constitucionalismo estratégico, permitem considerar a Garantia da Lei e da Ordem como função essencial das Forças Armadas, que atua em ambientes antes considerados fora de sua alçada, como ambientes virtuais, propaganda, imigração, entre outros elementos existentes²⁴⁸. Esta expansão se dá de semelhante modo à atuação de um Poder Moderador, que, como já visto antes, não está se preocupando de forma geral com a governabilidade ou com a distribuição dos poderes, mas com a preservação do Estado de Direito e, mais claramente na Constituição de 1988, do Estado Democrático de Direito.

Podemos ver de forma clara, no referido artigo, a hierarquia das importâncias que o poder constituinte atribuiu às forças:

“Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e (A) destinam-se à defesa da Pátria, à (B) garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, (C) **da lei e da ordem**²⁴⁹”.

²⁴⁶ HORTA, José Luiz Borges. Urgência e Emergência do Constitucionalismo Estratégico. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, Pág. 784, 2012;

²⁴⁷ PIETRO, Jaire Brito. Segurança Nacional, Segurança Pública e o Exército. Revista: A Defesa Nacional. Nº 758. 1992, Pág. 38;

²⁴⁸ AMORIM, Celso Luiz Nunes. A política de Defesa de um País Pacífico. Revista da Escola de Guerra Naval, Rio de Janeiro: v.18, n.1, 2012, Pág. 78;

²⁴⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 1988; **Grifo Nosso**.

Desta forma, podemos observar os deveres constitucionais claros por ordem de importância. Em primeiro lugar encontra-se a defesa da pátria, considerada em geral como elemento de garantia da integridade do país mediante ameaças de grandes proporções internas e externas²⁵⁰; assim, o dever primário das Forças Armadas é com a pátria, objeto único da unidade de todos os elementos nacionais. Em segundo lugar, temos a garantia dos poderes constitucionais²⁵¹, elemento que se volta para dentro de si, ao defender a aplicação da Constituição contra fatores internos que a desobedeçam²⁵²; neste sentido, podemos incluir, a partir deste dever constitucional, a concepção de constitucionalismo estratégico, visto que a proteção dos poderes constitucionais pode incluir forças de influência internas e externas que atentem contra a integridade colocada pela Constituição de 1988.

Por fim, devemos separar a garantia da lei e da ordem, decorrente do dever constitucional de proteção ao Estado e sua soberania, do dever provocado diretamente pela incapacidade do cumprimento do Estado de sua função por outros órgãos; neste sentido, as Forças Armadas cumprem deveres externos às próprias quando são chamadas para realizar uma operação de engenharia ou dever de polícia e segurança, visto que na doutrina e função final previstas na Constituição não são determinadas tais demandas²⁵³. Isto não significa que tais funções devem ser excluídas do dever extraordinário das Forças Armadas, visto que a garantia da soberania do Estado pode assumir diversas funções, entretanto tais funções são temporárias e não podem se tornar atividade fim das Forças Armadas. Estas devem se atentar estritamente ao cumprimento do dever constitucional²⁵⁴, que já se encontra em processo de expansão tendo em vista a importância da interpretação estratégica do dever constitucional exprimido²⁵⁵.

²⁵⁰ BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: Para uma crítica do Constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Pág 230;

²⁵¹ Neste sentido, os poderes constitucionais são os três poderes, sendo o Poder Legislativo o maior dos poderes, seguido do Judiciário e do Executivo. Estes são os poderes basilares do Estado Brasileiro, previstos na Constituição de 1988;

²⁵² Em seu artigo, o autor defende que a importância do Brasil como país pacífico vai além de seu objetivo como nação, mas abrange o interior de sua unidade geral que proporciona a formação da união nacional. AMORIM, Celso Luiz Nunes. A política de Defesa de um País Pacífico. Revista da Escola de Guerra Naval, Rio de Janeiro: v.18, n.1, 2012.

²⁵³ MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. Pág. 769.

²⁵⁴ PESSOA, Mário. O Direito da Segurança Nacional. Rio de Janeiro: Editora Biblioteca do Exército 1971, Pág. 241;

²⁵⁵ HORTA, José Luiz Borges. Urgência e Emergência do Constitucionalismo Estratégico. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, Pág. 785, 2012;

Com a Garantia da Lei e da Ordem como elemento de atuação das Forças Armadas na unidade nacional, devemos considerar o previsto nos artigos 136 e 137 da Constituição e, mais recentemente, o artigo 36²⁵⁶, que têm se demonstrado como moldes conjuntos da ação das Forças Armadas como ferramenta do Poder Moderador.

Ao continuar a nossa análise, percebemos a dificuldade em conciliar o dever do Estado com o dever das Forças Armadas, porém fica claro que os artigos 136 e 137 visam de forma direta a atuação das Forças Armadas como elemento central na proteção do Estado. Como já foi dito, a modernidade do Poder Moderador se encontra na ação positiva de preservação do Estado através dos meios constitucionais que autorizam esta ação, deste modo, o dever das Forças Armadas é agir quando provocadas por um dos poderes estabelecidos (Legislativo, Executivo e Judiciário) respeitando a soberania popular, a autonomia e o equilíbrio de poderes²⁵⁷. Retornando a Salgado, podemos ver nesse sentido a complexidade que o Estado moderno encontra na conciliação de todas essas dificuldades:

“A cisão do Estado está, pois, nesse embate que se trava dentro dele mesmo, criando dois estados: o Estado Poiético do domínio burotecnocrata e o Estado Ético do domínio da sociedade política, enquanto Estado Democrático de Direito²⁵⁸”.

Nesse sentido, o Estado Brasileiro moderno é um dificultando a aplicação do dever constitucional das Forças Armadas, complicando uma interpretação estratégica dos artigos 136, 137 e 142 da Constituição e, por consequência, sendo um empecilho à Eticidade do Estado de Direito.

²⁵⁶ A intervenção federal ocorrida no Rio de Janeiro tem se mostrado como um exemplo de ação das Forças Armadas, como modo de busca de equilíbrio do Estado perante uma ameaça interna. Neste sentido, apesar da intervenção não poder ser caracterizada como modelo de moderação do Estado, ela irá representar uma ação positiva quando for feita em decorrência do desequilíbrio, que atentar contra a Constituição e contra a unidade nacional, caso claramente visto nesta intervenção, onde forças contra o Estado fortemente armadas estão atentando contra a unidade nacional e contra a Constituição. DECRETO Nº 9.288, DE 16 DE FEVEREIRO DE 2018

²⁵⁷ PESSOA, Mário. O Direito da Segurança Nacional. Editora Biblioteca do Exército. 1971, Pág. 201;

²⁵⁸ SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado Poiético. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v 27, n. 2, Pág. 37-68, 1998;

As ações positivas previstas na Constituição, deste modo, englobam uma política de atuação ativa de observância à lei e a obrigação de cumprimento da lei, não apenas para regular as Forças Armadas, mas como forma de garantir o cumprimento da lei por outros órgãos e poderes do Estado que não estejam cumprindo com a observância da lei ou exercendo forças que ameacem a soberania nacional. Porém, como demonstrado por Mário Pessoa, a operação de *GLO* não é uma ação de cumprimento individual, como a construção de uma estrada ou a proteção ativa da população, mas uma ação de intervenção direta no órgão que não foi capaz de cumprir com os seus deveres e deste modo necessita de uma espécie de “intervenção estatal” para que as diretrizes normativas e positivas sejam cumpridas, podendo ser uma intervenção militar ou organizacional proporcionada pelas Forças Armadas²⁵⁹. Deste modo, o compromisso para que seja executada a Garantia da Lei e da Ordem deve ser uma ação integrada, não apenas entre as Forças Armadas, mas envolvendo todos os órgãos e poderes do Estado que sejam capazes e diretamente responsáveis pela boa funcionalidade das instituições deficitárias.

Deste modo, fica evidente que a Constituição Federal estipula, através dos artigos já citados, os momentos de Exceção e determina a atuação das Forças Armadas como momento máximo para controle da Exceção e estabelecimento da normalidade. Esta normalidade é buscada através das ferramentas de intervenção e ação, sendo a Exceção muitas vezes caracterizada como um momento de excepcionalidade previsível dentro do Estado de Direito.

Por isto, podemos entender que na Constituição de 1988 temos o resgate do Poder Moderador, não em sua forma tradicional, mas através da relação do Soberano com a Exceção, de forma que, para que possamos entender a relação plena da República com o Poder Moderador, devemos modular o pensamento por meio da sua história, assim levando em consideração toda a trajetória cultural deste poder, de semelhante modo a como foi construído por Tobias Barreto. A nossa experiência constitucional acaba por provar a teoria do autor, onde podemos observar que o Poder Moderador não é o reflexo do seu tempo, mas sim uma construção histórica²⁶⁰.

²⁵⁹ PESSOA, Mário. O Direito da Segurança Nacional. Editora Biblioteca do Exército. 1971. Pág 201;

²⁶⁰ REGO, Antônio Carlos Pojo do. in Presidencialismo no Brasil: história, organização e funcionamento / João Paulo M. Peixoto (organizador) – Brasília : Senado Federal. 2015, Pág. 53 – 54;

Existe então um paralelo na construção do Poder Moderador que pode ser observado tanto no Império quanto na República. Em primeiro lugar, podemos observar que os dois Poderes são frutos das necessidades históricas: o poder no Império era parte da necessidade de buscar o equilíbrio nacional e a unidade interna; já na República, apesar da grande dificuldade em sua normatização, sua construção e ação é fruto da busca também pelo equilíbrio interno, visto que o sistema republicano tem a tendência de gerar o desequilíbrio, visto principalmente na presidência (poder executivo) que sofre sempre de grandes problemas de legitimidade²⁶¹.

A crise representativa foi o motivo para a preservação do Poder Moderador, porém tal preservação se deu não na positividade, mas na organicidade do Estado, que buscou meios e ferramentas para a sua preservação, mantendo assim a organização interna e a soberania externa por meio da força. A Constituição de 1988 é um exemplo da necessidade de presença do referido Poder, seja através da previsão legal, seja por meio da sua ação, sendo esta feita tanto pelos poderes do Estado quanto pelos poderes que vão agir na Exceção prevista no Estado.

Analisando todas estas características colocadas pela delimitação histórica do Poder na República, devemos observar, além da aplicabilidade do Poder Moderador, os seus limites e a função de sua construção e aplicação na República. Por este motivo, o dever do Poder Moderador será retratado em sua função primordial, e esta função será de equilíbrio entre todas as forças e principalmente entre a soberania popular e o Estado. Então, antes de investigar os limites do Poder Moderador, devemos estudar como esta busca por equilíbrio é construída pela teoria e como ela se encontra na efetividade da ação deste poder, tendo como base o Estado Brasileiro e a nossa delimitação histórica.

²⁶¹ Idem;

2.3. Busca por equilíbrio do Poder Moderador na República

Como pôde ser visto acima, a Constituição de 1988 trouxe novamente para o centro da estabilidade política a ideia original do equilíbrio de poderes, que veio colocado como elemento fundamental e estabilizador do Poder soberano existente. Além disso, a Constituição trouxe novamente o povo como fonte de toda a Soberania. Entretanto, na distribuição de poderes o povo contentou-se a ser representado pelos poderes eleitorais padrões, delegando toda a sua vontade ao elemento constitucional. Então, ao tentarmos localizar a vontade do povo, seu poder soberano ou sua razão, não os encontraremos de forma explícita em movimentos sociais ou grupos partidários²⁶², mas a encontraremos na letra fria e racional da lei; o ordenamento constitucional é, desta forma, a vontade do povo condensada de forma clara na lei²⁶³.

Entretanto, para Constant, muitas vezes distorcida por uma interpretação Hobbesiana da soberania popular²⁶⁴, há uma tendência autoritária de retirar todo o caráter de condensação do poder delegado pelo povo à Constituição em prol de uma ditadura da soberania, que atropelaria o Estado de Direito em todos os seus níveis, atentando contra o equilíbrio de poderes colocado:

“Esta palavra, Absoluto, desnatura toda a questão e nos arrasta a uma nova série de consequências; é o ponto em que o escritor deixa o caminho da verdade para caminhar pelo sofisma, até o fim que se havia proposta ao começar [...] ele deduz que o soberano tem o direito

²⁶² Quando falamos em grupos partidários, estamos analisando que os mesmos representam a vontade de um grupo da população que, reconhecendo suas carências ideológicas e questões sociais, ingressa em um grupo partidário que melhor o represente. Entretanto, a vontade de um grupo partidário não se condensa em uma vontade geral e social da população. Muitas vezes confundimos a vontade partidária com a vontade do elemento soberano chamado POVO, este teve sua vontade exprimida ao máximo na Constituição e, até que outra venha a substituir, a vontade constitucional é a vontade do povo. Quando um partido político é eleito, não está ali representada a vontade do povo na condução da Soberania, mas sim o caminho que será seguido por um determinado momento para a aplicação e interpretação da vontade do povo. Por este motivo nenhum partido, por mais popular ou votado que seja, terá então o direito a representar a vontade soberana, se limitando apenas a interpretar ela e aplicar a mesma. RABELLO FILHO, Benjamin Alves. Partidos políticos no Brasil: Doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey. 2001. Pág. 71-72;

²⁶³ QUEIROZ, Ari Ferreira de. Direito constitucional. 16. ed. Leme: editora JHMIZUNO. 2014, Pág. 71-72

²⁶⁴ CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Pág. 12;

absoluto de punir; do segundo que o soberano tem o direito absoluto de fazer guerra; do terceiro, que o soberano é legislador absoluto²⁶⁵”

Ao instituir a Constituição, o poder constituinte deu forma e modo a sua própria vontade e, como já pôde ser visto, deu sentido a uma soberania final e única, colocada em formato do Estado de Direito soberano. Entretanto, ao considerar a soberania podemos nos perder, como Hobbes se perdeu, na vontade exprimida pela população por fora da Constituição; quando esta vontade se manifesta, muitas vezes ela atenta contra a vontade constitucional, motivada por questões momentâneas e clamores populares. Então, quando questionado sobre a solução para esta manifestação da soberania do povo, Constant esclarece que a soberania é clara dentro dos moldes por ela escolhida, assim como na Constituição e no Estado Democrático de Direito²⁶⁶. O povo será soberano para punir, desde que seja dentro de um sistema legal e pelo judiciário, assim instituindo o Poder Judiciário, este condensa toda a vontade vigilante da população acerca da justiça. De semelhante modo, o povo será soberano para criar as suas leis, desde que seja através da forma constitucional por ele colocada, ou seja, através de seus representantes eleitos.

Por este motivo, toda aplicação legal da soberania não é condensada em apenas uma pessoa (Presidente) ou mesmo na figura pulverizada do Congresso Nacional, muito menos no Judiciário, que tem apenas a função de observar e aplicar a lei. Neste sentido, a vontade popular deve ser convertida em vontade de fato, mas esta vontade não deve ser condensada em um sistema de representatividade direta, observando que tal representatividade pode gerar uma disputa pela proclamação da soberania individual em detrimento da soberania coletiva²⁶⁷.

A disputa pela soberania, que o liberalismo da República irá proporcionar, é semelhante ao problema da soberania mediante o Poder absoluto da França pós-revolucionária (1791); ser aplicada agora na República não diferencia o seu fim. A busca pelo equilíbrio das soberanias não é superada pela representatividade no Estado, nem pela

²⁶⁵ Idem;

²⁶⁶ Ibidem, Pág. 14;

²⁶⁷ CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 23;

democracia, porém apenas o sistema democrático pode nos fornecer o perfeito funcionamento do Estado, para que as cisões provocadas pelas diferenças encontrem solução na soberania da liberdade. Por este motivo, há a necessidade de ação de um Poder que possa conciliar a busca pela soberania (que neste momento se encontra colocada de forma externa a outros estados e de forma interna ao indivíduo) com o objetivo de que o Poder democrático e legítimo não acabe por atropelar as vontades individuais. Não podemos dizer que as vontades individuais são incompatíveis entre si, visto que todas elas podem ser mediadas na construção do indivíduo ético que não se encontra mais apenas na sociedade civil, mas agora também se encontra no Estado²⁶⁸. Entretanto, todas estas vontades são anuladas com a existência de uma soberania que não seja fomento da liberdade (soberania absoluta).

Observando o problema da soberania e da sua relação com a construção da liberdade no Estado, podemos entender que desta tensão tem origem a necessidade de preservação dos valores máximos da liberdade humana, estes se farão visíveis não na forma da lei, mas na cultura e na história que são encarnadas na figura do Poder Moderador e, por este motivo, a finalidade do Poder Moderador, como colocada na primeira parte desta pesquisa, tem um proveito semelhante aqui.

Entretanto, é preciso considerar que o Poder Moderador deve agir dentro dos limites da concepção republicana imperante, de forma que sua intervenção não deve ser no sentido de mudar a forma como a Soberania irá se manifestar, nem de mudar a estrutura do Estado, mas de manter a forma como os poderes se manifestam. A forma como o Poder Moderador se manifestou no Estado Republicano foi sempre em sentido de manter as noções de governo e a Soberania²⁶⁹.

²⁶⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010, Pág. 193 (§188);

²⁶⁹ Devemos lembrar que, durante o período inicial da República, a soberania não era representada pela vontade política, mas sim pelo sentimento nacional. Tal confusão se deve ao fato da representatividade ter sido abalada pela nova forma de governo. A vontade que antes era comum acabou por se torna singular, e a disputa pela vontade que acontecia na sociedade acabou por dividir toda a sociedade em uma simples disputa de classes econômicas, promovida pela imposição liberal em uma sociedade tradicionalmente monárquica. KRADER, Lawrence. *A Formação do Estado*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, Pág. 170;

Então, o centro da questão será a falta de legitimidade do Poder Moderador, que em um Estado Constitucional positivo deve agir dentro de uma legalidade anterior, tornando assim sua ação, de certa forma, ilegítima. Tal busca pela legitimidade acabou por colocar o Poder em dois Estados diferenciados, sendo o primeiro Estado observado no momento da certeza do Poder (1889 – 1964), onde este agia como garantidor do Estado e da normalidade. A necessidade de normatização foi superada pela fragilidade constitucional do Estado e pela atuação do Soberano governo, que geralmente agia ao arrepio constitucional (motivo para as várias cisões constitucionais). A própria ação, movida ao arrepio constitucional dos governos, era a legitimação do Poder Moderador, e o encarava como meio de garantia do Estado acima de todos os interesses políticos²⁷⁰.

Entretanto, com a volta da normalidade proporcionada pela Constituição de 1988, foi possível observar que um Poder que age fora da positividade não é mais compatível com o ordenamento legal. Porém, o fato de existir uma normalidade não impede que os poderes constitucionais atentem contra a Constituição, de forma que o referido Poder nunca será de todo abandonado pelo Estado; assim, a força de um Poder Moderador neste segundo estágio da história estará ligada aos valores máximos da democracia e da Soberania, se tornando assim um Poder que, ao agir na Exceção, terá como finalidade essa Soberania. Por este motivo, a força do Estado, que no Brasil continuará a ser exercida pelos militares, será a força legítima para buscar a preservação dos poderes, por meio de um equilíbrio, este é, de forma geral, garantido pelas ferramentas do Estado e dos poderes²⁷¹, porém, quando houver uma ingerência destes poderes que vá além das ferramentas constitucionais existentes, acabaremos por necessitar de novas ferramentas que lidem com a Exceção constitucional estabelecida. Por este motivo, devemos lembrar que, como colocado por Constant, uma injustiça praticada por um dos poderes e depois

²⁷⁰ Apesar da vontade do Poder Moderador ser a mesma que legitima a vontade dos Reis e Imperadores, não podemos excluir da vontade a ideologia, ela é a forma como vemos o mundo e encaramos os fatos. O poder, mesmo quando nas mãos de uma instituição do Estado, estará sujeito a interpretações humanas e estas serão sempre guiadas pela forma de pensar dos homens. Assim, toda ação será balizada pela ideologia mais influente do Estado e da instituição portadora de Poder Moderador, sendo impossível uma ação que não seja balizada por valores ideológicos. BOSI, Alfredo. Ideologia e Contraideologia: Temas e variações. São Paulo: Companhia Das Letras, 2010, Pág. 63;

²⁷¹ Neste caso teremos os sistemas de controle de constitucionalidade e o sistema de freios e contrapesos como elementos gerias que garantirão a busca pela normalidade constitucional quando uma injustiça for cometida por um dos poderes. Tais sistemas muitas vezes perderão a sua efetividade quando um segundo poder acabar por “legitimar” tal injustiça constitucional, sendo necessário uma ferramenta externa a este controle de constitucionalidade. CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, Pág. 368;

referendada por outro dos poderes não poderá ser legitimada, haverá sempre um poder que buscará colocar a normalidade constitucional no curso correto²⁷².

A busca pelo equilíbrio constitucional não será um objetivo vazio, mas direcionado ao momento de maior necessidade de intervenção dentro dos poderes. Por este motivo, o artigo 144 da Constituição de 1988 acabou por definir a força militar, que neste momento já é reconhecida pela sua constante atuação no Estado, como uma força de atuação direcionada à vontade dos poderes constitucionais estabelecidos. Ou seja, a interferência dos poderes na Constituição de forma a romper com a ordem constitucional e com a soberania popular seria motivo para que um dos poderes justificasse a intervenção das Forças Armadas com o objetivo de restaurar a ordem anterior²⁷³.

Então, observando o colocado na Constituição atual, podemos ter uma referência da vontade anterior, tendo como base a busca pelo equilíbrio constitucional e social, garantindo a observância dos direitos positivados em perspectiva à vontade popular, que será de fundamental importância a existência de um fino equilíbrio de poderes, tanto através de um comum controle de constitucionalidade quanto por meio da figura do Poder Moderador, que exercerá o equilíbrio constitucional da Exceção.

²⁷² CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, Pág. 9;

²⁷³ A teoria constitucionalista moderna então deve, remetendo ao pensamento de Constant, reconhecer através da positivação os estados de anormalidade, prevendo a intervenção de um Poder Soberano do Estado para buscar a normalidade. DANTAS, Francisco Ivo Cavalcanti. Da defesa do Estado e das instituições democráticas na nova constituição. Rio de Janeiro: Aide, 1989, Pág. 27;

2.4 Limites do Poder Moderador

Se já podemos estabelecer a finalidade atual deste poder como sendo uma busca pelo equilíbrio entre os outros poderes de forma interna e externa, então podemos observar os limites da aplicação do Poder Moderador no Estado. De fato, este período republicano serviu para que possamos entender melhor a relação deste Poder com a sociedade, não apenas pela sua ação, mas também pelo seu constante movimento em relação a continuidade do Estado e da Constituição, mesmo ele não estando positivado. Neste ambiente vemos que o Poder Moderador não se limita à necessária positivação, mas tem sua ação ligada diretamente ao poder do Soberano, agindo assim como momento final da garantia dos poderes. Por este motivo, o nobre Poder não pode ser aplicado de forma contínua ou desordenada, sob pena do mesmo perder a sua característica principal de equilíbrio e acabar por se tornar mais uma ferramenta desestabilizante do Estado²⁷⁴.

Também podemos observar que o principal limite imposto ao Poder Moderador está na sua necessária separação do poder de fato. Como visto em 1964, após o golpe militar, tal poder acabou por perder a sua validade, uma vez que o único capaz de exercer a figura moderadora de forma Soberana sobre os outros poderes acabou por assumir o governo, deslegitimando os outros poderes em prol dos interesses internos. O que podemos observar é a total incompatibilidade do Poder Moderador com o Poder de fato. Tal incompatibilidade é traduzida como um limite da teoria, onde a força que age sobre a máquina (Instituições do Estado) não pode vir da própria máquina, mas deve vir de um agente externo responsável por garantir o seu perfeito funcionamento (Poder Moderador)²⁷⁵.

Por este motivo, o Poder Moderador não pode virar aquilo que o mesmo tem como objetivo combater: O Poder Absoluto. Assim, os limites à teoria são semelhantes aos encontrados por Constant, mesmo quando tal teoria é aplicada na República, visto que o

²⁷⁴ CORRÊA, Oscar Dias. A defesa do Estado de Direito e a Emergência Constitucional. Rio de Janeiro: Presença, 1980, Pág. 28 – 29;

²⁷⁵ ALVES, Cleber in REVISTA DO SENADO. Ano 45, Número 180 – Out/Dez – 2008. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. Por Cleber Francisco Alves. Pág. 70;

seu fim será o mesmo que no Império, de modo que a doutrina do Império nos mostra que, apesar de ser o elemento final das decisões tomadas pelo Estado, a ação do Poder deve se concentrar apenas naquilo que ameaça à soberania interna e externa, de forma que o Poder Moderador deve agir como momento final, uma vez que não existirá força maior que possa interferir na Soberania do Estado sem a criação de uma ruptura institucional generalizada ou levar a extinção do Estado:

“Cumpre ter muito em vista uma circunstância importantíssima, e vem a ser que o Poder Moderador, pela natureza do Executivo, não pode ser invasor, não pode usurpar. Pode embaraçar o movimento, não o pode, por si só, empreender e levar a efeito; o mais que pode efetuar é a conservação do que está, por algum tempo. É poder não de movimento, mas essencialmente conservador”²⁷⁶

Os limites do Poder Moderador, tanto no Império quanto, e principalmente, na República podem ser colocados pela finalidade de cada ação, desta forma o poder não pode gerar movimento, mas deve conservar o que foi colocado, impedindo assim a degradação de outros poderes e do próprio Estado por atitudes contrárias aos valores constitucionais²⁷⁷. Porém, ao considerar a República, principalmente em seu início, temos a clara percepção de que a ausência de normatividade do Poder Moderador acabou por o levar à conservação simples da vontade popular, ignorando a vontade constitucional.

Tal afirmação deve ser vista com o devido cuidado, observando que, em um primeiro momento, a construção constitucional era uma imposição que vinha de cima para baixo. Por este motivo, a crise na representatividade constitucional acabou por limitar a ação do referido poder a uma ação disruptiva simples em prol de uma percepção de vontade e de dever. A falta de positivação do Poder Moderador acabou por o colocar

²⁷⁶ Neste sentido, Paim leciona que, apesar de o imperador ter o poder moderador em mãos, legitimado pela própria constituição para que tomasse sempre que necessário a descrição final, seja ela no Executivo, legislativo ou Judiciário, a própria figura de defensor perpetuo do Brasil levou a uma aplicação comedida de seus poderes, atuando apenas no momento onde as outras ferramentas constitucionais falharam. Neste mesmo sentido, Visconde de Uruguai coloca o limite do Poder Moderador como sendo o movimento: Qualquer atitude deste poder que gere movimento é uma atitude deslegítima de tal poder. Visconde Do Uruguai, in PAIM, Antônio. A discussão do poder moderador no segundo império. In: Curso de introdução ao pensamento político brasileiro. Unidades 3 e 4. Brasília: Ed. UnB, 1982, Pág. 23;

²⁷⁷ Idem;

em um certo obscurantismo acerca dos seus limites, uma vez que tais limites estão sempre relacionados ao movimento que este Poder irá gerar. A busca pela conservação na República será a busca pelo entendimento do que conservar, uma vez que, pela fragilidade do texto da lei e pela imposição da vontade superior em detrimento da liberdade do outro, não restava muito o que conservar. Assim, a ação do Poder Moderador acabou por se resumir em conservar o poder pela ruptura²⁷⁸.

Na Constituição de 1988, entretanto, tal poder não foi deixado “solto”, visto que a ausência de normatividade é compensada pela previsão legal da Exceção. Tendo como base esta previsão, podemos observar um claro retorno à noção de conservação, onde o objetivo final de toda essa normatização será a preservação dos Poderes constitucionais e do Estado da forma como colocado pela Constituição²⁷⁹. Assim, a concretização do limite do Poder Moderador estará na conservação, não sendo um poder de movimento.

Dentro desta teoria, podemos colocar a separação entre o Poder de fato e o Poder Moderador, visto que o primeiro é o poder exercido pelo governante do Estado e pelo Soberano no exercício comum das suas atribuições. Tal poder gera movimento, não um movimento de mudança e revolução, mas um movimento de direcionamento do Estado de acordo com o esteio político. Por mais ordinário que tal poder possa parecer, ele é representação máxima da vontade e da soberania popular, assim o Poder Moderador não pode ser considerado um poder de decisão comum²⁸⁰.

Desta forma, não há motivos para considerar os limites do Poder Moderador de forma não relacionada ao movimento, por ser um poder conservador do Estado. Então, podemos aplicar a teoria dos limites do Poder Moderador não só no período imperial, mas também na República, observando que o entendimento básico do referido Poder não

²⁷⁸ A formação do Estado Republicano será a busca pela conservação dos poderes atribuídos pela população aos seus legítimos representantes, porém tal atribuição acaba por se tornar contrária a soberania coletiva e aos direitos individuais na medida que o soberano acaba por não respeitar a vontade colocada. Assim, em busca de “conservação” da soberania, o Poder Moderador acabaria por agir. Porém, em um ambiente onde tal ação não teria formato legal, acabaria por tornar tal ação uma nova ruptura social. CONSTANT, Benjamin. Princípios políticos Constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014, Pág. 18;

²⁷⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, Pág. 1104;

²⁸⁰ SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, marques de. Direito público Brasileiro e a análise da constituição do império. Brasília: Senado Federal e UNB, 1978, Pág. 207;

mudou, tendo ainda como base a construção da soberania, tanto em seu momento interno quanto no seu momento externo.

Por fim, devemos encarar os limites do Poder Moderador não como momento avesso ao referido poder, mas como momento de afirmação deste poder como um poder independente, que é delimitado não pelo Poder Absoluto, mas pela clara delimitação deste Poder. Tal delimitação não visa limitar a força do Poder Moderador, mas trazer à sua teoria a força e legitimação necessárias para a validação como elemento do Estado, não limitado apenas pela força absoluta, mas também pela racionalidade do Estado e pela forte base teórica²⁸¹.

²⁸¹ PAIM, Antônio. A discussão do poder moderador no segundo império. In: Curso de introdução ao pensamento político brasileiro. Unidades 3 e 4. Brasília: Ed. UnB, 1982, Pág. 24;

3 Preservação do Estado: Estado Democrático Brasileiro

Após analisar a construção histórica do Poder Moderador no Estado Brasileiro, podemos observar uma finalidade mais fina e restrita do referido Poder. Não basta a existência de um Poder que tenha finalidade social, deve ser uma força que aja com objetivo claro e delimitado. Dentro deste ambiente delimitado é possível colocar a vontade popular que deve ser condensada seu momento máximo: O Estado Democrático.

Assim, ponderando o caminhar do Estado como Absoluto, devemos considerá-lo como o ferramenta de preservação da vontade popular. Conforme já foi colocado, durante a passagem do indivíduo da sociedade civil para o Estado, todas as suas vontades devem ser direcionadas a construção do bem, tal bem é condensado em sua realidade efetiva²⁸².

A passagem tem a construção do Estado Ético como ponto máximo que deve ser preservado, de forma que o Estado Democrático é um passo de fundamental importância no caminhar em direção ao Estado Ético. Tal caminhar, em direção ao ápice da construção humana, se condensa na construção e efetivação dos direitos fundamentais, de forma que a liberdade será garantida apenas pelo Estado. Não só isso, o Estado é o único elemento forte o suficiente para suprimir de forma passiva as vontades individuais em torno de uma vontade coletiva que não se impõem contra a liberdade individual, mas que convive e potencializa tal liberdade²⁸³.

Então, o Poder Moderador tem uma ação fundamental: a preservação do Estado; esta alcança o seu ponto máximo quando todos os seus elementos são reconhecidos no Estado como ferramenta de preservação da vontade de seus cidadãos e da preservação da liberdade. Por este motivo, o referido Poder pode ser a ligação entre a vontade constitucional e os direitos individuais, que serão condensados em um momento máximo de reconciliação, que se encontrará na soberania interna dos seus membros e na garantia

²⁸² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010, Pág. 230;

²⁸³ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, Pág. 390;

da preservação externa do Estado como representação legítima das vontades internas, frutos da construção cultural, histórica e política do Povo.

A relação do Poder Moderador com o Estado Democrático era mais clara quando o Poder se encontrava positivado na Constituição de 1824, em que era seguida uma linha clara de aplicação do mesmo para a preservação da vontade e para manutenção de uma “vontade” soberana, que se condensava na figura do Imperador. Assim, ficava clara a existência de uma ideia de soberania que deveria ser protegida e guardada não apenas pela Constituição, mas também pelo defensor perpétuo do Estado Brasileiro²⁸⁴.

Entretanto, com a República e a crise na representatividade, o ideário da democracia acabou por se perder na instabilidade social. Por isso, a vontade soberana acabou por aparecer apenas na figura de um Soberano que competia com outras vontades políticas, assim uma figura de força decisionista tomou para si o papel da representatividade “democrática”. Tal problema só poderia ser resolvido através de um retorno a segurança constitucional, fato que até nos dias atuais não foi possível identificar²⁸⁵.

Talvez seja a figura de um Poder forte que, mesmo na frágil segurança institucional decorrente de várias Constituições fracas, nos tenha garantido uma certa estabilidade interna. Tal força age como elemento de união e conservação, preservando os direitos fundamentais enquanto o Estado busca, através de suas ferramentas internas, a normalidade. Assim, a figura deste poder que busca preservar a Soberania é uma figura de Poder Moderador, seja pelas suas características, seja pela força exercida para a conservação do Estado.

Não podemos, entretanto, negar que o referido Poder, principalmente em decorrência da instabilidade do Estado, tenha agido de forma a gerar movimento, visto que sua ação no intuito de preservar o momento acabou por modificar governos e

²⁸⁴ PAIM, Antônio. A discussão do poder moderador no segundo império. In: Curso de introdução ao pensamento político brasileiro. Unidades 3 e 4. Brasília: Ed. UnB, 1982, Pág. 14;

²⁸⁵ CHACON, Vamireh. O Estado e o povo no Brasil: As experiências do Estado Novo e da democracia populista, 1937-1964. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1977, Pág. 91;

instaurar novos regimes ditatoriais. Apesar de tudo, todas as suas ações sempre foram direcionadas no sentido de buscar alternativas, dentro dos limites do Estado, que não gerassem prejuízos aos direitos e valores máximos que balizam o Estado Brasileiro.

Assim, o ponto central da defesa do Estado pelo Poder Moderador será a preservação dessa instituição que representa a nossa liberdade, tanto interna quanto externa. A Constituição atual acabou por trazer a ideia de preservação do Estado, não mais como momento de assegurar qualquer Estado, mas sim aquele de acordo com os ditames internos da vontade final do legislador constituinte, por isso fica claro que a ação das Forças Armadas (como Poder Moderador) se dará sempre no plano da democracia e respeitando as instituições constitucionalmente colocadas. Por fim, a defesa da Constituição por uma instituição detentora do poder de ação, será a defesa da Constituição como a defesa do Estado de Direito, momento máximo colocado pela Constituição de 1988 e presente na forma de ação das Forças Armadas.

Neste sentido, fica claro que a teoria do Poder Moderador deve ser novamente revisitada, com o objetivo de gerar uma unicidade ao seu momento e, por decorrência, completar o movimento dialético por ela proporcionado, buscando a suprassunção de sua ação de acordo com as necessidades dos Estados e principalmente do Estado Brasileiro. Isto, porém, não exclui a existência empírica deste poder, que de forma clara age em todos os momentos históricos do Estado, sendo impossível ignorar a sua existência, sob pena de advogar pela instabilidade institucional do Estado e contra os direitos por ele garantidos.

Conclusão

Ao concluir esta pesquisa, fica claro que, observando os dois períodos distintos do Poder Moderador no Estado Brasileiro, poderemos ter a certeza de sua ação atemporal, vinda não apenas da sua figura e força claras na época imperial, onde a sua delimitação constitucional nos trazia a certeza de força, de forma bem delimitada com a harmonia dos poderes, mas também na República, onde, apesar da diferente forma de organização do Estado, o Poder Moderador encontrou ação forte.

Devemos ressaltar que durante todo o Império, o Imperador, mesmo sendo a figura de um poder superior, não produziu atos de injustiça ou que atentassem contra o Estado, uma vez que a sua mera existência e a sua força implícita geravam a ação necessária às outras forças do Estado, seja para evitar os conflitos internos, seja para garantir a unidade nacional.

Entretanto, com o advento da República, a não definição clara do Poder Moderador acabou por ser transferido à única instituição do Estado detentora da força incondicional de ação, às Forças Armadas, que passaram a agir como força de garantia institucional na preservação do Estado. A delimitação do Poder Moderador pós-imperial é a própria delimitação da ação das Forças Armadas no Estado, que durante toda a nossa história republicana agiram com plena consciência de preservação do Estado e dos direitos individuais.

Percebemos, então, que todos os momentos de ação das Forças Armadas na conservação do Estado foram com objetivos claros de preservar a soberania do povo, respeitando – em um primeiro momento - a característica de ação do Poder Moderador de não assumir o poder de fato em si. Por este motivo, delimitar o Poder Moderador nos seus dois momentos na República foi de fundamental importância para que a sua ação, que até os dias atuais não está claramente positivada na lei, possa ser delimitada na história do Brasil. No momento da certeza tínhamos o Poder agindo de forma clara sem a vontade de assumir o poder de fato, no momento da incerteza tínhamos uma ausência de Poder Moderador pelo fato de as Forças Armadas terem assumido o poder de fato.

Ao avançarmos para a redemocratização do Estado Brasileiro, podemos observar que, aos poucos, as Forças Armadas voltaram a assumir o papel de Poder Moderador, com o objetivo claro de respeitar a Constituição e de ter ação clara dentro do Estado com o fim de preservar a vontade popular.

Assim, para nós fica evidente a existência do Poder Moderador no Estado Brasileiro atual, observando todas as características aqui levantadas e a ação *natural* de conservação do Estado por parte das Forças Armadas. Então, o ponto mais importante a ser observado é o fato de que, desde a Independência do Brasil, sempre existiu um Poder Moderador que agisse como garantidor do Estado e que até o período atual tal força se faz presente e atuante, como parte fundamental do Estado Brasileiro e da soberania popular.

Desta forma, o Poder Moderador age como *atalaia* do Estado Brasileiro, buscando preservar a soberania popular, tanto interna quanto externamente, permitindo assim que o Estado exerça a sua maior garantia: a liberdade.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, A. Rio; **FIECHTER**, G. Regime; **FRANCO**, V. Outubro; **SKIDMORE**, T. Brasil. **Verbete: Juntas Militares do Brasil – FGV**. Disponível em <http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/juntas-militares>;

ALVES, Cleber in REVISTA DO SENADO. Ano 45, Número 180 – Out/Dez – 2008. **A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro**. Por Cleber Francisco Alves. Pág. 65 a 75, disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176563/000860606.pdf>, acessado dia 20/01/2018;

AMORIM, Celso Luiz Nunes. **A política de Defesa de um País Pacífico**. Revista da Escola de Guerra Naval, Rio de Janeiro: v.18, n.1, 2012;

ANDRADA, Bonifácio José Suppes de. **A teoria do poder moderador de Benjamin Constant e a experiência constitucional brasileira no século XIX**. 2013. Disponível em: <http://www.diritto.it/docs/35440-a-teoria-do-poder-moderador-de-benjamin-constant-e-a-experi-ncia-constitucional-brasileira-no-s-culo-xix>;

BARRETO, Tobias. **A questão do poder moderador e outros ensaios Brasileiros**. Seleção e coordenação Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes, 1977;

BARRETO, Vicente. **O absolutismo Português e os Primórdios da Ideia Liberal no Brasil**. In As Ideias Políticas no Brasil. Vol. 1. São Paulo: Convívio, 1979;

BARRETTO, Vicente e **PAIM**, Antônio. **Evolução do pensamento político brasileiro**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1989;

BASTOS, Erico Araujo. **STF e poder moderador: Política à margem do poder constituinte na atuação do supremo tribunal federal**. Curitiba: Juruá, 2005;

BASTOS, Leão M, Tavares. **O poder Moderador na República presidencial: Estudo de direito constitucional em torno do livro do Sr. Borges de Medeiros**. Recife: Edições Mozart, 1936;

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para uma crítica do Constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008;

BOSI, Alfredo. **Ideologia e Contraideologia: Temas e variações**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2010;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 1988;

BRASIL. CONSTITUIÇÃO POLITICA DO BRAZIL: Constituição imperial de 1824: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm;

BRASIL. Decreto Nº 9.288, De 16 De Fevereiro De 2018;

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. O Brasil Monárquico: o processo de emancipação. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1976;

CARDOSO, Paulo Roberto. Soberania e exceção em Carl Schmitt. Dissertação de Mestrado – UFMG, Belo Horizonte, 2009;

CARNEIRO, André Correa de Sá. O veto parcial no sistema constitucional brasileiro. Publicado em revista E-legis, nº 2, pp. 10-14, 1º semestre, 2009;

CARVALHO, Eder Aparecido de. GILENO, Carlos Henrique. Reflexões sobre o poder moderador nas instituições políticas Brasileiras: O pretérito e o presente. In Revista Em Tese, UFSC: mar/abr 2018. Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/download/1806-5023>;

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 13ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007;

CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas. Secularização Inacabada: Política e direito em Carl Schmitt. Curitiba: Appris, 2011;

CHACON, Vamireh. O Estado e o povo no Brasil: As experiências do Estado Novo e da democracia populista, 1937-1964. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1977;

CLAUSEWITZ, Carl Von. Da Guerra. Rio de janeiro: Editora perspectivas realidades, 1976;

CONSTANT, Benjamin. Escritos de Política. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005;

CONSTANT, Benjamin. Princípios políticos Constitucionais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014;

CORRÊA, Oscar Dias. A defesa do Estado de Direito e a Emergência Constitucional. Rio de Janeiro: Presença, 1980;

COSTA JUNIOR. Luiz Roberto Guimarães da. Poder Moderador: o quarto poder no Segundo Reinaldo (1840-1889). – Mestrado em ciências políticas. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2002;

COUGNY, Adolphe Robert et Gaston, Dictionnaire des parlementaires français de 1789 à 1889. Paris: Bourloton 1889, tomo 2; disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/biographies/1789-1889/Tome>;

CUNHA, Pedro Octávio Carneiro. **História Geral da civilização Brasileira**. Tomo II – O Brasil Monárquico. São Paulo: Difusão europeia do Livro, 1970;

DANTAS, Francisco Ivo Cavalcanti. **Da defesa do Estado e das instituições democráticas na nova constituição**. Rio de Janeiro: Aide, 1989;

DINIZ, Hindenburg Pereira. **A Monarquia Presidencial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984;

DYMETMAN, Annie. **Uma Arquitetura da Indiferença: A República de Weimar**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2002;

DYZENHAUS, Dave. **Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism**. London: Durham & London, 1998;

FAUSTO, Boris & Devoto, **FERNANDO J. Brasil e Argentina: um ensaio de história comparada, 1850-2002**. Editora 34, 2004;

FAUSTO, Boris (direção). **História Geral da civilização Brasileira**. Tomo III – O Brasil Republicano, Volume 10 (política e cultura). São Paulo: Difusão europeia do Livro, 1970;

FURET, François. **Pensar a Revolução Francesa**. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

GALLI, Barbara. **Cultural Writings of Franz Rosenzweig**. Syracuse: Syracuse University Press, 2000;

GÓES E VASCONCELLOS, Zacharias de. **Da natureza e limites do poder moderador**. Brasília: Senado Federal, 1978;

GÓES, Waldemar de. **O Brasil do General Geisel**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1978;

HAMBLOCH, Ernest. **Sua Majestade o presidente do Brasil: Um Estudo do Brasil constitucional (1889 – 1934)**. Brasília: Editora UNB, 1981;

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010;

HEINRICH, Meier. **Die Lehre Carl Schmitts. Vier Kapitel zur Unterscheidung Politischer Theologie und Politischer Philosophie**. Stuttgart: Weimar, 2004;

HORTA, José Luiz Borges. **Urgência e Emergência do Constitucionalismo Estratégico**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, 2012;

HUNTINGTON, Samuel P. **O Soldado e o Estado: Teoria e política das relações entre civis e militares**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2016;

KAMPMANN, Fabio Roberto. Et al. A Teoria da Constituição na Obra de Carl Schmitt. Revista da decima ABDC, anis do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba, 2010;

KERVÉGAN, Jean-François. Hegel, Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole, 2006;

KRADER, Lawrence. A Formação do Estado. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970;

LIMA, Rogerio Medeiros Garcia de. O pensamento jurídico e filosófico de Evaristo de Moraes Filho. Revista de estudos filosóficos UFJS, disponível em [https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art15%20rev14\(1\).pdf](https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art15%20rev14(1).pdf);

LINDSAY, A. D. O Estado Democrático Moderno. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964;

LYNCH, Christian Edward Cyril. Da organização dos políticos: a Monarquia Constitucional e o Poder Moderador. In: Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia: o pensamento político do Marquês de Caravelas (1821-1836). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014;

MARCELO Jr, Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a fundamentação do direito. São Paulo: Max Limonad, 2010;

MEDEIROS, Borges de. O Poder Moderador na Republica Presidencial. Pernambuco: Edição da S A. Diário de Pernambuco, 1933;

MONTENEGRO, João Alfredo de Souza. O liberalismo radical no império. Componentes ideológicos de Cipriano Barata. In As Ideias Políticas no Brasil. São Paulo: Convívio, 1979;

MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007;

OURO PRETO, Visconde de. Advento da ditadura militar no Brasil. Paris: Imprimiere F. Pichon, 1891. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/ouopreto.html>;

PAIM, Antônio. A discussão do poder moderador no segundo império. In: Curso de introdução ao pensamento político brasileiro. Unidades 3 e 4. Brasília: Ed. UnB, 1982;

PESSOA, Mário. O Direito da Segurança Nacional. Rio de Janeiro: Editora Biblioteca do Exército 1971;

PIETRO, Jaire Brito. Segurança Nacional, Segurança Pública e o Exército. Revista: A Defesa Nacional. Nº 758. 1992;

- QUEIROZ**, Ari Ferreira de. **Direito constitucional**. 16. ed. Leme: editora JHMIZUNO. 2014;
- RABELLO FILHO**, Benjamin Alves. **Partidos políticos no Brasil: Doutrina e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001;
- RAFFAELLI**, Marcelo. **A Monarquia e a Republica: aspectos das relações entre Brasil e Estados Unidos durante o Império**. Rio de Janeiro: CHDD; FUNAG, 2006;
- REALE**, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24º Ed. São Paulo: Saraiva, 1998;
- REGO**, Antônio Carlos Pojo do. **in Presidencialismo no Brasil: história, organização e funcionamento** / João Paulo M. Peixoto (organizador) – Brasília : Senado Federal. 2015;
- ROSENZWEIG**, Fraz. **Hegel e o Estado**. São Paulo: Perspectiva, 2008;
- SÁ**, Alexandre Guilherme Barroso de Matos Franco de. **O Poder Pelo Poder**. Tese de doutorado em filosofia (universidade de Letras de Coimbra). Coimbra: FLUC, 2006;
- SALGADO**, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Hegel**. São Paulo: Edições Loyola, 1996;
- SALGADO**, Joaquim Carlos. **A ideia de Justiça no Mundo Contemporâneo: Fundamentação e aplicação do Direito como Maximum Ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007;
- SALGADO**, Joaquim Carlos. **O Estado ético e o Estado Poiético**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v 27, n. 2, pág. 37-68, 1998;
- SÃO VICENTE**, José Antônio Pimenta Bueno, marques de. **Direito público Brasileiro e a análise da constituição do império**. Brasília: Senado Federal e UNB, 1978;
- SCHMITT**, Carl. **O Conceito do Político**. Lisboa: Edições 70, 2015;
- SCHMITT**, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;
- SILVA**, Frederico Silveira e. **O Decisionismo de Carl Schmitt e sua Relação com a Discricionarietà e a Medida Provisória**. In Revista CEJ, Brasília, N. 39 Out-Dez. 2017; disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/945/1118>;
- SILVA**. Ligia Osorio. **Projeto nacional e politização das Forças Armadas, 1944-1964**. In Militares e política no Brasil. São Paulo: Expressão Popular, 2018;
- SOUZA**, Braz Florentino Henriques de. **Do Poder Moderador**. Brasília: Senado Federal, 1978.

Anexos

CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL.

EM NOME DA SANTISSIMA TRINDADE.

TITULO 1º

Do Imperio do Brazil, seu Territorio, Governo, Dynastia, e Religião.

Art. 1. O IMPERIO do Brazil é a associação Politica de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admitte com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independencia.

Art. 2. O seu territorio é dividido em Provincias na fôrma em que actualmente se acha, as quaes poderão ser subdivididas, como pedir o bem do Estado.

Art. 3. O seu Governo é Monarchico Hereditario, Constitucional, e Representativo.

Art. 4. A Dynastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I actual Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil.

Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fôrma alguma exterior do Templo.

TITULO 5º

Do Imperador.

CAPITULO I.

Do Poder Moderador.

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 Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Art. 100. Os seus Titulos são "Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil" e tem o Tratamento de Magestade Imperial.

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na fórma do Art. 43.

II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.

III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. (Vide Lei de 12.10.1832)

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

CAPITULO II.

Do Poder Executivo.

Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.

São suas principaes attribuições

I. Convocar a nova Assembléa Geral ordinaria no dia tres de Junho do terceiro anno da Legislatura existente.

II. Nomear Bispos, e prover os Beneficios Ecclesiasticos.

III. Nomear Magistrados.

IV. Prover os mais Empregos Civis, e Politicos.

V. Nomear os Commandantes da Força de Terra, e Mar, e removel-os, quando assim o pedir o Serviço da Nação.

VI. Nomear Embaixadores, e mais Agentes Diplomaticos, e Commerciaes.

VII. Dirigir as Negociações Politicas com as Nações estrangeiras.

VIII. Fazer Tratados de Alliança offensiva, e defensiva, de Subsidio, e Commercio, levando-os depois de concluidos ao conhecimento da Assembléa Geral, quando o interesse, e segurança do Estado permittirem. Se os Tratados concluidos em tempo de paz envolverem cessão, ou troca de Torritorio do Imperio, ou de Possessões, a que o Imperio tenha direito, não serão ratificados, sem terem sido approvados pela Assembléa Geral.

IX. Declarar a guerra, e fazer a paz, participando á Assembléa as communicações, que forem compativeis com os interesses, e segurança do Estado.

X. Conceder Cartas de Naturalisação na fórma da Lei.

XI. Conceder Titulos, Honras, Ordens Militares, e Distincções em recompensa de serviços feitos ao Estado; dependendo as Mercês pecuniarias da approvação da Assembléa, quando não estiverem já designadas, e taxadas por Lei.

XII. Expedir os Decretos, Instrucções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis.

XIII. Decretar a applicação dos rendimentos destinados pela Assembléa aos varios ramos da publica Administração.

XIV. Conceder, ou negar o Beneplacito aos Decretos dos Concilios, e Letras Apostolicas, e quaesquer outras Constituições Ecclesiasticas que se não oppozerem á Constituição; e precedendo approvação da Assembléa, se contiverem disposição geral.

XV. Prover a tudo, que fôr concernente á segurança interna, e externa do Estado, na fórma da Constituição.

Art. 103. O Imperador antes do ser acclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Politica da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber.

Art. 104. O Imperador não poderá sahir do Imperio do Brazil, sem o consentimento da Assembléa Geral; e se o fizer, se entenderá, que abdicou a Corôa.

CAPITULO IV.

Da Successão do Imperio.

Art. 116. O Senhor D. Pedro I, por Unanime Acclamação dos Povos, actual Imperador Constittucional, e Defensor Perpetuo, Imperará sempre no Brazil.

Art. 117. Sua Descendencia legitima succederá no Throno, Segundo a ordem regular do primogenitura, e representação, preferindo sempre a linha anterior ás posteriores; na mesma linha, o gráo mais proximo ao mais remoto; no mesmo gráo, o sexo masculino ao feminino; no mesmo sexo, a pessoa mais velha á mais moça.

Art. 118. Extinctas as linhas dos descendentes legitimos do Senhor D. Pedro I, ainda em vida do ultimo descendente, e durante o seu Imperio, escolherá a Assembléa Geral a nova Dynastia.

Art. 119. Nenhum Estrangeiro poderá succeder na Corôa do Imperio do Brazil.

Art. 120. O Casamento da Princeza Herdeira presumptiva da Corôa será feito a aprazimento do Imperador; não existindo Imperador ao tempo, em que se tratar deste Consorcio, não poderá elle effectuar-se, sem approvação da Assembléa Geral. Seu Marido não terá parte no Governo, e sómente se chamará Imperador, depois que tiver da Imperatriz filho, ou filha.

CAPITULO VI.

Do Ministerio.

Art. 131. Haverá differentes Secretarias de Estado. A Lei designará os negocios pertencentes a cada uma, e seu numero; as reunirá, ou separará, como mais convier.

Art. 132. Os Ministros de Estado referendarão, ou assignarão todos os Actos do Poder Executivo, sem o que não poderão ter execução.

Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsaveis

I. Por traição.

II. Por peita, suborno, ou concussão.

III. Por abuso do Poder.

IV. Pela falta de observancia da Lei.

V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.

VI. Por qualquer dissipação dos bens publicos.

Art. 134. Uma Lei particular especificará a natureza destes delictos, e a maneira de proceder contra elles.

Art. 135. Não salva aos Ministros da responsabilidade a ordem do Imperador vocal, ou por escripto.

Art. 136. Os Estrangeiros, posto que naturalisados, não podem ser Ministros de Estado.

Resumo

Observando a História do Brasil independente até o momento atual da República, a presente pesquisa de mestrado visa delimitar a teoria do Poder Moderador, através dos autores franceses que claramente abordam o assunto e dos estudiosos brasileiros de tal Poder no período imperial, formulando assim um conceito de Poder Moderador que possa ser aplicado no Estado Brasileiro. Em seguida, a pesquisa busca traçar a trajetória do referido Poder no Estado Brasileiro em seus dois principais momentos: o Império e a República, analisando o agir do Imperador como Poder Moderador e, em seguida, observando a existência deste Poder na República, através da ação das Forças Armadas que, mediante a teoria apontada, assumiu o papel de Poder Moderador, agindo de forma clara na preservação da soberania popular e na defesa do Estado Brasileiro até os dias atuais.

Palavras Chaves: Poder Moderador; Estado; Soberania; Forças Armadas; Liberdade

Abstract

Looking at the history of independent Brazil until the current moment of the republic, the present master's research aims to delimit in a first moment the theory of Moderating Power through the clear French authors and the Brazilian scholars of such power in the imperial period, thus formulating a concept of Moderator Power that can be applied in the Brazilian State. In a second moment the research seeks to trace the trajectory of said Power in the Brazilian State in its two main moments: The Empire and the Republic. Demonstrating how the emperor acted as Moderator power and then observing the existence of this power in the Republic, through the action of the armed forces, which through the theory pointed out, assumed the role of Moderating Power acting in a clear way in the preservation of popular Sovereignty and in defense of the Brazilian State to the present day.

Keywords: Power Moderator; State; Sovereignty; Armed forces; Freedom

Résumé

En examinant l'histoire du Brésil indépendant jusqu'au moment actuel de la république, les travaux de recherche du master actuel visent à délimiter dans un premier temps la théorie du pouvoir modérateur à travers les auteurs français clairs et les érudits brésiliens de ce pouvoir à l'époque impériale, en formulant Puissance modératrice pouvant être appliquée dans l'État brésilien. Dans un second temps, l'étude cherche à retracer la trajectoire de ladite puissance dans l'État brésilien dans ses deux moments principaux: l'empire et la république. Démontrer comment l'empereur agissait en tant que pouvoir modérateur puis observer l'existence de ce pouvoir dans la République, par l'action des forces armées qui, selon la théorie, assumaient le rôle de puissance modératrice dans la préservation de la souveraineté populaire et la défense. de l'État brésilien à nos jours.

Mots-clés: Modérateur de puissance; Etat La souveraineté; Forces armées; La liberté

Resumen

La presente investigación de master pretende delimitar en un primer momento la teoría del Poder Moderador a través de los autores franceses claros y de los estudiosos brasileños de tal poder en el período imperial, formulando así un concepto de " Poder Moderador que pueda ser aplicado en el Estado Brasileño. En un segundo momento la investigación busca trazar la trayectoria de dicho Poder en el Estado Brasileño en sus dos principales momentos: El Imperio y la República. Demostrando cómo actuaba el emperador como poder Moderador y luego observando la existencia de este poder en la República, a través de la acción de las Fuerzas Armadas, que mediante la teoría apuntada, asumió el papel de Poder Moderador actuando de forma clara en la preservación de la Soberanía popular y en la defensa del Estado brasileño hasta los días actuales.

Palabras Claves: Poder Moderador; Estado; soberanía; Fuerzas Armadas; libertad