

PODER MODERADOR: ENTRE O PENSAMENTO DE BENJAMIN CONSTANT E O ANTEPROJETO DE BORGES DE MEDEIROS^{1*}

Wagner Feloniuk^{2**}

Introdução

O doutor Miguel Frederico do Espírito Santo fez, no final do ano de 2018, o convite para essa palestra em homenagem ao lançamento da 4^a edição do Poder Moderador de Borges de Medeiros, uma honra. Para preparar ela, eu me deparei com duas preocupações principais: a primeira é o próprio livro do Borges de Medeiros agora relançado, escrito com clareza; e, em segundo lugar, o grande prefácio escrito pelo ministro Paulo Brossard na ocasião da segunda edição (BROSSARD, 1993). Procurei estruturar uma palestra que não repetisse nem o conteúdo do livro e nem o do prefácio - tivesse conteúdos novos, mesmo que discutidos em um espaço de tempo curto.

Tratam-se, portanto, de assuntos de Direito Constitucional do Borges de Medeiros, constantes nesse livro, mas que não foram abordados nas duas obras com o mesmo enfoque. Minha proposta hoje é falar sobre o pensamento do francês Benjamin Constant e depois mostrar onde, tanto no projeto, quanto socialmente, a obra de Borges de Medeiros se mante-

1 * Esta é uma palestra apresentada em 18 de março de 2019, no auditório do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul, no lançamento da quarta edição da obra O Poder Moderador na República Presidencial de Borges de Medeiros pela Editora Gen (Grupo Editorial Nacional). Agradeço ao convite do doutor Miguel Frederico do Espírito Santo, presidente do Instituto Histórico e promotor de tantas iniciativas para a pesquisa e a conservação da cultura e ciências do Rio Grande do Sul nas mais diversas áreas.

2 ** Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG (2019-atual). Doutorado em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2016), Mestrado Acadêmico (2012), Especialização em Direito do Estado (2011) e Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais com láurea acadêmica (2010) na mesma instituição. Professor de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Sul (2018-2019) e outras instituições. Editor-Executivo da Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul, membro do Conselho Editorial da Revista E-Civitas, da Revista Brasileira de Direitos Humanos da Lex Magister, das editoras científicas DM e RJR. Ex-editor das revistas Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS (2012-2016) e Revista da Faculdade de Direito da UFRGS (2015-2019). Pesquisador dos Grupos de Pesquisa CAPES: A formação de ordens normativas no plano internacional (FURG), A metodologia jurídica na Pós-Modernidade (UFRGS), Direito e Filosofia (UFRGS) e Gestão, Empreendedorismo e Desenvolvimento Econômico e Social (IFRS). Membro da Associação Nacional de História, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Associação Brasileira de Editores Científicos, e Membro Pesquisador do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul (IHGRGS). Áreas de Pesquisa: Direito Constitucional, História do Direito, Teoria do Estado.

ve próxima ou distante do Poder Moderador que ele recebeu de influência original. Então, mostrarei o que aconteceu entre 1815, quando sai o livro *Princípios de Direito Público* do Benjamin Constant e como era a proposta em 1930, quando muito já havia acontecido no Brasil.

Em alguns locais, inseri imagens - essa é a primeira, do Raul Pila, à esquerda, o Borges, no centro, e Flores da Cunha à direita:

Imagem 1: Raul Pila, Borges de Medeiros e Flores da Cunha



Fonte: NUPERGS - UFRGS

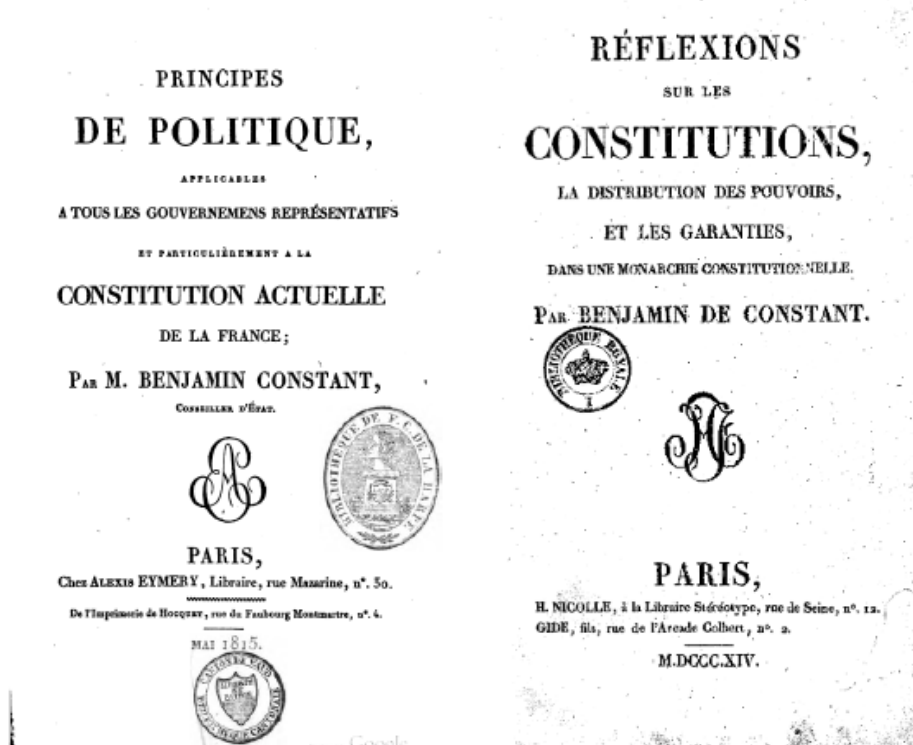
São todas imagens do centro de documentação da UFRGS, do NUPERGS - Núcleo de Pesquisa e Documentação da Política Rio-Grandense. Veremos algumas dessas, é material aberto, colocado à disposição da comunidade científica.

1 O Poder Real de Benjamin Constant

1.1 Breves fundamentos ao Poder Real

A palestra vai ter duas partes, a primeira vai ser falar sobre o francês Benjamin Constant. Abaixo estão os dois principais locais em que ele falou no Poder Real (no Brasil, adaptado para Poder Moderador, e será assim chamado na palestra):

Imagem 2: Capas dos livros de Benjamin Constant



Fonte: capas do original digitalizado.

O primeiro deles é um livro muito relevante no Brasil, ainda que curto, e o segundo um pouco menos central para a doutrina brasileira, mas mesmo assim de grande importância para o pensamento do Poder Moderador do autor. No Princípios de Política, Constant apresenta de uma maneira sistematizada o que devia ser o Poder Moderador para ele. E o que é Poder Moderador? A base é um sistema filosófico típico do liberalismo francês, ainda que tardio e com alterações. Assim, ele é próximo do jusnaturalismo racionalista, que cria um sistema de direitos e do que é “pessoa” e, depois, constrói - cada autor criando um sistema - quais direitos as pessoas têm e como elas podem exercer em uma sociedade. Hobbes estabeleceu um sistema, Montesquieu, Locke, Rousseau, diversos deles. Benjamin Constant, tardiamente, em 1815, também estrutura seu pensamento dessa forma, dialogando, inclusive, com esses autores (CONSTANT, 1815, p. 20-24).

Ele escreveu que as pessoas têm direitos: direito de ir e vir; direito de movimentação pessoal; liberdade de imprensa; liberdade de opinião; li-

berdade de profissão. E esses direitos não poderiam ser suprimidos pela lei. Eles também não poderiam ser suprimidos pelo rei, caso houvesse um, mesmo que o rei detivesse a soberania. Sobretudo, no entanto, esses direitos não poderiam ser suprimidos, na base da teoria de Constant, nem pelo próprio povo. A soberania estava no povo, mas se isso não fosse organizado de maneira precisa, *“le trimpe de la théorie pourrait devenir une calamité dans l’application”* (CONSTANT, 1815, p. 15).

Ele defende, de maneira expressa, que se o povo quiser ir além de sua liberdade e afetar os direitos que as pessoas devem ter, ele deve ser contido. *“La souveraineté du peuple n’est pas illimitée, elle est circonscrite dans les bornes que lui tracent la justice et les droits des individus”* (CONSTANT, 1815, p. 28). O Poder Moderador é uma tentativa de fazer isso. Então, o Poder Moderador era uma tentativa com base liberal de manter a democracia, mas de limitar a sociedade ao mesmo tempo. E por que isso? Por que criar uma teoria preocupada em conter a sociedade mesmo nas suas premissas mais basilares? Porque, como a data de lançamento pode sugerir, em 1815, havia se passado apenas 26 anos de 1789, havíamos saído da Revolução Francesa e Benjamin Constant ainda estava próximo de todas as dificuldades sociais decorrentes. A ideia dele é de que, às vezes, a própria população passa dos limites desejáveis ao criar leis ou, ainda, assembleias que acatam as vontades da sociedade geram abusos contra os indivíduos. Ele estava próximo de acontecimentos profundamente marcantes.

Uma crítica feita por Constant, antes de adentrar a sua proposta, é sobre Montesquieu (CONSTANT, 1815, p. 58). Ela ajuda a entender melhor suas bases de pensamento. Ele faz o comentário à teoria da tripartição de poderes. Afirma que Montesquieu pode ter sido muito adequado em compreender a Inglaterra, mas que em uma situação como a francesa não adiantaria dividir em três poderes e criar freios e contrapesos teóricos. Ele afirma que, na França, a teoria não funcionava e não iria funcionar. Era preciso uma instituição concreta, capaz de conter a sociedade e todos os poderes constituídos. Esse seria o começo do Poder Moderador.

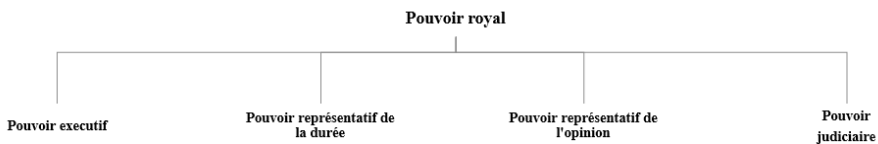
1.2 O Poder Real de Benjamin Constant

O Poder Moderador se baseia na ideia de um poder neutro, afastado na política, como havia se desenvolvido na Inglaterra com o passar dos séculos. É um poder voltado à autoridade, nem tanto físico, de coerção, mas do respeito que a instituição real tinha. Seu pensamento nesse momento talvez apresente um dos momentos que mais o diferencie de outras teorias assemelhadas e elaboradas nos anos antecedentes: esse tipo de poder em uma monarquia absoluta seria a própria repressão se mostrando aberta-

mente, é o rei que decide como poderes e como a burocracia vão agir, é absolutismo; mas, em uma república, esse tipo de poder também seria um problema, porque ele seria um poder inimigo dos outros poderes constituídos.

Para ele, no entanto, em uma monarquia constitucional, seria possível transformar esse poder não em um inimigo (como nas repúblicas), e nem em um poder absoluto (como nas monarquias do antigo regime), mas em um árbitro (CONSTANT, 1815, p. 33-57)! Alguém que cobraria os poderes ativos, alguém que julgaria e eventualmente declararia que se está diante de um ponto de crise grave. Na crise, ele poderia pedir que outros poderes fossem eleitos novamente. Mas não iria atuar, não constantemente, não como um poder ativo. Assim veio a ideia de um magistrado, palavra usada no Brasil, palavra usada por Borges de Medeiros também. Constant chama ele de Poder Real, um poder afastado, um poder que se manifesta raramente, só em momento de crise e do qual se espera uma moralidade, no sentido de ter o respeito da sociedade, de ser uma fonte de estabilidade quando os poderes ativos estão agindo de maneira equivocada ou quando estão em conflito entre si.

Imagem 3: Esquemas do Poder Real de Benjamin Constant



Fonte: produção original para apresentação.

Esse é o esquema, muito conhecido, em que Benjamin Constant não cria quatro poderes, mas cinco, dividindo o poder legislativo em dois. O Poder Moderador fica um pouco acima dos demais poderes, com as características recém narradas. Há o Poder Executivo, formado por ministros escolhidos pelo Poder Real. O “Poder Representativo da Duração” que era um colegiado hereditário, concebido à imagem do que deveria acontecer na Inglaterra, não tinha um limite máximo de membros. E por que? Porque se o Poder Real notasse que havia uma fonte de conflito vindo desse poder, ele deveria inserir mais membros até formar uma maioria estável e de acordo com a vontade popular (CONSTANT, 1815, p. 72). O “Poder Representativo da Opinião” seria um poder muito ativo, que emanaria do povo diretamente, seria eleito a cada poucos anos, semelhante a Câmara dos Deputados do Brasil atualmente. Por fim, com moldes semelhantes aos de outros esquemas de sua época na Europa, sem um Tribunal Constitucional defensor da

Constituição, havia o Poder Judiciário, responsável por aplicar as leis aos casos individuais.

Perto de finalizar esse curtíssimo apanhado de partes da teoria de Benjamin Constant, há um local em que é possível ver uma concentração maior das ideias do Borges de Medeiros. A referência é à primeira nota de rodapé do livro “Princípios” (CONSTANT, 1815, p. 57) e, apesar de sua posição em parte avançada do livro, é uma nota de rodapé mais importante que páginas inteiras. Depois de um sexto do livro escrito, Constant cria uma nota para falar sobre o que acontece se o Poder Moderador abusa de seus poderes - quais seriam as consequências para sociedade de um tal acontecimento.

Ele apresenta sua conclusão: “abusar” seria o Poder Moderador atuar como se fosse o Executivo, tomar decisões diárias, e os ministros, que são o Executivo naquele esquema, aceitarem e deixarem o poder neutro se manifestar com frequência. A opinião de Constant é que nesse contexto não há nenhuma esperança de liberdade na sociedade. Porque o poder neutro, o Poder Moderador, juntaria todo poder pessoal, a imunidade e a irresponsabilidade política dele com a atuação ativa no Executivo. Se isso ocorresse, o Poder Moderador teria um poder amplo sobre todo o resto da política, portanto, um poder muito grande. Ele deveria ser um poder de atuação rara, sem responsabilidade política exatamente porque não teria meios de abusar, pois não teria poderes para serem abusados.

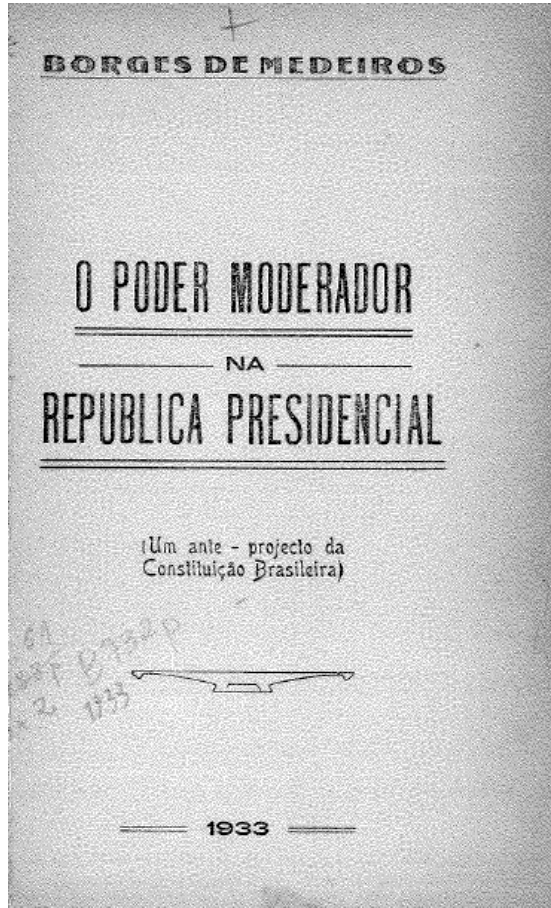
Não falei nessa primeira parte nas competências diretas do Poder Moderador visto que vou mostrá-las junto com o esquema de Borges, uma maneira de não repetir falas, eventualmente criando uma confusão.

2 O Poder Moderador de Borges de Medeiros

2.1 Contexto de elaboração do “Poder Moderador na República Presidencial”

Início a segunda parte, sobre Borges de Medeiros, um pouco mais longa. Esta é uma capa da primeira edição:

Imagem 4: Capa do Poder Moderador na República Presidencial de Borges



Fonte: capa do original digitalizado.

E, também, outra foto do NUPERGS - o Borges, à esquerda; o Raul Pila, à direita.

Imagem 5: Borges de Medeiros e Raul Pila a frente.

Fonte: NUPERGS - UFRGS

Sobre Borges de Medeiros, a primeira consideração a fazer é sobre o Brasil que existia em 1930, nas voltas do momento em que ele escreve o livro. Quando a teoria foi utilizada inicialmente, em 1824, o Brasil praticamente não possuía uma população que, muito mais tarde, poderia ser chamada de classe média, e a capacidade de formar e expressar opinião pública era muito mal desenvolvida.

O ambiente em 1930 era bastante afastado dos posicionamentos liberais que serviram, de alguma forma, em 1824, para escrever uma Constituição que adotava o Poder Moderador adaptado de Constant, e também era afastado do ambiente que culminara em 1889. O Brasil era bastante diferente, por exemplo, ele começou a ter núcleos urbanos maiores, mais representativos, esses núcleos tinham um impacto econômico maior, ain-

da que o café fosse o principal. A sociedade havia recebido a cultura dos imigrantes que haviam vindo ao Brasil e, como afirmou o professor Christian Lynch, que escreveu sobre Borges e o Poder Moderador, estávamos em um Brasil que já tinha passado pela Revolução Russa e tinha acompanhado tudo que aconteceu na Europa, tinha visto, também, pelo fascismo italiano e estava naquele momento vendo um novo ambiente conturbado no continente europeu, que em tão pouco tempo iria presenciar mais uma guerra mundial (LYNCH, 2010). Por outro lado, era também um momento em que o pensamento social havia se desenvolvido em terras locais, em especial, a proteção de trabalhadores.

Por tantos acontecimentos, o Poder Moderador original era uma instituição distante, que já não ressonava no que se tornara a sociedade brasileira em qualquer sentido próximo do que fora no início do século XIX. Pensar nesse sentido é uma das partes mais interessantes da obra de Borges de Medeiros, porque ele faz um livro muito preocupado com o seu tempo e não com a fidelidade ao autor da referência distante. Ele adapta o pensamento do Poder Moderador em vários assuntos, na linguagem, nas fontes, no uso de conceitos modernos de Direito Constitucional e Teoria do Estado. As preocupações do Borges são da década de 1930, no Brasil, não é uma adaptação simples da obra de Constant de 1815 e também não é uma adaptação da Constituição brasileira de 1824. É um livro feito para o seu tempo.

E qual é o contexto da escrita desse livro? Borges de Medeiros havia apoiado a Revolução Constitucionalista de 1932 e ela foi malsucedida. Muitos políticos, alguns de grande renome, ou tinham sido afastados do Brasil ou tinham sido levados a centros urbanos pequenos, distantes de locais centrais. Borges de Medeiros era uma figura respeitada, tanto no Brasil, como um todo, quanto por Getúlio Vargas, então a ele coube um afastamento bem menos gravoso: ele foi para Recife, foi aceito que ele fosse desterrado, palavras do ministro Paulo Brossard (1993, p. XXXVIII), mas desterrado para um grande centro, para um local de produção de conhecimento, e tratado ainda com deferência, mesmo naquele momento de crise.

Mais tarde ele voltaria à política, mas é nesse afastamento em que escreve. Ele inicia a obra advertindo que está escrevendo como forma de descargo de uma obrigação a que havia espontaneamente se obrigado diante dos então dirigentes do Partido Republicano Sul-Rio-Grandense, uma pequena contribuição, que não sabia se seria efetiva, uma ideia para o Brasil. Se não uma para ser implantada, no mínimo, uma para reflexão (BORGES, 1933, p. 9). Ele tinha conhecimento da exatidão de suas palavras a respeito. Naquele momento em que Getúlio Vargas era tão poderoso, ima-

ginar um sistema que enfraquece muito o Poder Executivo e propõe um em que o Poder Moderador também não era forte - pois a ideia era que ele tivesse apenas um poder acentuado de moderação -, era um sistema com realmente poucas chances de ser efetivado, a despeito de sua eventual recepção.

Como segundo elemento contextual e, talvez, a contribuição mais perene do Borges nesta obra, ele apresenta sua visão sobre a queda do Império e faz uma espécie de conta final sobre o que fora aquele período de quarenta anos da Primeira República. Vem de alguém muito relevante para tanto, porque altamente legitimado. Ele não era um doutrinador escrevendo sobre a república com seu conhecimento - o que já seria impactante. Novamente, utilizando as palavras do ministro Paulo Brossard (1993, p. XL-XLVI), ele era um autor da república, ele era do estado com a terceira maior economia, e fora governador o mais longevo de todo o período neste estado. Tinha sido um dos que implantaram, na prática, esse modelo sobre o qual agora escrevia. E ele pensava como muitos, como Ruy Barbosa, como Joaquim Nabuco (este último tão precocemente), ele era bastante crítico sobre que havia se tornado o regime republicano após queda da monarquia.

No livro, ele afirma que fez parte desse grupo que formou a república, e era parte desse grupo ainda, mas precisava-se de mudanças, porque os planos que eles tinham no começo não lograram ser realizados. Ele escreve: o Poder Executivo no Brasil, no presidente, que ficava na corte, centralizado no Rio de Janeiro, se tornou grande demais. Ele não deu a liberdade que os Estados precisaram. Seu grupo adotara o modelo norte-americano com muita ênfase e o resultado foi que lá, nos Estados Unidos, havia uma opinião pública formada, capaz de manter o presidente limitado e de criar uma imprensa livre. No Brasil, o presidente tinha uma grande influência sobre os estados, apenas em três locais ele ressaltava esse contexto: em São Paulo, em Minas Gerais e no Rio Grande do Sul, pois estes tinham partidos organizados e economias bastante desenvolvidas. Escreve ele:

A que ficava então reduzida a autonomia do Estado? A um mero simulacro, em meio a realidades que só refletiam as marcas da onipotência presidencial (MEDEIROS, 1933, p. 49).

No resto dos estados o presidente era excessivamente forte. Isso fez com que a ideia de federalismo descentralizado, tão forte em teoria, quase não fosse aplicada na prática - uma crítica comum naquele período final da Primeira República entre os políticos dos estados afastados. O segundo ponto que ele critica é que o Brasil ainda não tinha partidos nacionais orga-

nizados. Não tinha mesmo, os partidos eram estaduais e as grandes forças nacionais estavam principalmente nos partidos estaduais de Minas Gerais e São Paulo. Essa falta de organização partidária, e se passaram quarenta anos sem ela surgir, também era um motivo para que esse sistema precisasse de mudanças em sua opinião.

Assim, Borges apresenta o livro como uma proposta de mudança do cenário. Mas ele abre o livro apresentando essas ideias sobre o passado, mostrando e resolvendo problemas - o que é de grande importância para entender uma das pessoas que moldaram a Primeira República brasileira e a opinião de parte da elite política do país.

2.2 Características e dados relevantes da obra

Sobre a própria obra, o primeiro comentário a ser feito é a respeito da capacidade de apresentar conceitos modernos na estruturação de ideias. Borges se mostra uma pessoa que se manteve lendo e aprendendo novos conceitos ao longo da vida. Esse livro foi escrito quando ele estava com quase 70 anos, e foi um livro avançado e atualizado considerando ter sido escrito nos anos 1930.

Dentre vários, cita com grande frequência dois autores que a academia do Direito Constitucional conhece bem. O primeiro deles, um jurista de grande relevo, Hans Kelsen. Borges não cita o Kelsen como uma doutrina dentre várias, como algum autor importante - Kelsen é mais relevante que isso. A própria construção do Poder Moderador de Borges de Medeiros utiliza estruturas centrais de Kelsen. Duas em especial valem ser ressaltadas como exemplo: ele trata a Constituição como o topo do ordenamento jurídico, apresentando-a como a norma jurídica fundamental que determina como o restante das normas devem ser feitas. E, a segunda estrutura, apresentando partes do pensamento de Kelsen menos discutidas atualmente no Brasil, ele adere ao Kelsen que mostra confiança na democracia para formação de normas adequadas à sociedade, ele cria um Poder Moderador dependente da vontade popular.

O segundo autor que ele utiliza é Boris Mirkine-Guetzevitch. O russo radicado na França que, por sua vez, também citava Kelsen. Um autor clássico daquele período, que escreve livros comparando as instituições criadas pela Europa no início do século XX e procura tendências para explicar o Direito Constitucional. Borges não apenas cita Guetzevitch, mas nas escolhas dele, de como formar o Poder Moderador, está bem clara a adesão às ideias defendidas pelo autor. A adesão não significaria que Guetzevitch foi quem convenceu Borges sobre esses posicionamentos, mas essa afir-

mação ajuda a compreender muito sobre que conteúdo a ser encontrado ao longo da obra. Borges de Medeiros escreve sobre espaço social que os trabalhadores deveriam ter, a importância que as corporações profissionais deveriam possuir, fala na função social da propriedade. A constituição do México é uma marca da função social da propriedade, uma modernidade naquele momento. Borges cita a Constituição, afirmando que é irretocável no seu conteúdo:

A Constituição do México, porém, é a que, com alguma antecedência, melhor legou a respeito, e tão completamente, que não me resta outra coisa a fazer senão transladar os seus dispositivos integralmente, sem mesmo alterar-lhe a redação (MEDEIROS, 1933, p. 33).

Outra marca de modernidade da obra de Borges é que Benjamin Constant ainda estava em um processo de tratar os textos constitucionais de uma maneira muito política, voltada a encontrar valores para guiar a sociedade, a reger a comunidade. Na obra de Borges, há uma transição muito avançada para o Direito Constitucional. Há um uso semelhante ao atual para termos como “soberania”, “federalismo”, quando ele usa normas estrangeiras ele usa a palavra “transplante” de normas.

Mais tarde, ele escreve também que a Constituição tem um sentido histórico, ligado ao liberalismo, mas que também deveria ser estudada sob um viés técnico-jurídico. Ele afirma que há uma Ciência do Direito, mas no caso do Direito Constitucional, essa ciência vinha associada à ciência política. Escreve inclusive sobre o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos com termos recentes, que são utilizados atualmente nos cursos de Direito.

Em outro sinal de atualização, de contato do Borges com acontecimentos recentes, ele usa muito constituições estrangeiras simbólicas até hoje, mas recentes durante a elaboração do livro. Sobretudo, usa a constituição de Weimar, inclusive ele cita o federalismo de cooperação, tema até hoje debatido e moderno. Ele afirma: “[no] século XX, a doutrina não é mais uma escola jurídica, é a própria vida” (BORGES, p. 30). E cita a Constituição do México, da Áustria, dos Estados Unidos, de Danzig, mas ele não traz as normas da maneira como as norte-americanas foram interpretadas em 1891. Borges parece ter parte das inquietações de Alberto Torres: não tenta trazer um ordenamento integralmente e aplica ele no Brasil como se fosse funcional. Afirma que busca pontualmente quais normas são adaptáveis ao Brasil e sugere mais adaptações conforme o necessário, para então in-

troduzir elas no ordenamento moderno. O parágrafo a frente mostra essa realidade, tanto no uso dos termos quanto na preocupação de fazer adaptações socialmente adequadas:

Não bastava, porém, assimilar, imitar e transplantar o que de melhor nelas se encerra, em realidades positivas e em soluções futuras. Era preciso também vencer outra dificuldade maior, a de joeirar e coordenar o que fosse mais conveniente às condições e peculiaridades do nosso viver nacional (MEDEIROS, 1933, p. 7).

Ao longo do livro ele fala na necessidade de proteger o trabalhador, por exemplo. Sobre a educação, tema também abordado, Borges afirma que o Brasil tinha um déficit tão severo que, junto da iniciativa privada, livre, atuando como preferisse, o Estado deveria oferecer educação quando necessário. É condizente com o que ele fez no Rio Grande do Sul e elevou os índices para alguns dos melhores do Brasil por décadas após seu governo. Ele trata também da função da sociedade organizada, na limitação de direitos pessoais quando fosse necessário ao bem da comunidade e na ideia de democracia corporativa.

2.3 Comparações entre Constant e o Poder Moderador de Borges de Medeiros

Estamos nos encaminhando para a parte principal da palestra. Afinal, o que foi o Poder Moderador de Borges de Medeiros? Uma parte substancial, introduzindo essa ideia, é que ele via na América Latina uma tendência a ter presidentes fortes demais. Nos Estados Unidos, por causa do Judiciário e da sociedade livre, havia meios de conter ideias excessivas. Aqui, no entanto, não havia Judiciário funcionando dessa forma e tampouco uma sociedade capaz de limitar o Executivo por outras vias. Então, era um continente inteiro sob a regra geral de Executivos excessivamente potentes. Eis suas palavras:

Os elementos do centralismo nos Estados Unidos são os juizes conservadores, hostis às reformas ousadas, penetrados da tradição centralista. Na America Latina, ao contrário, é o presidente da Republica que é o elemento mais poderoso... (MEDEIROS, 1933, p. 41 e ss, e 59 a 65)

Ele propõe um Poder Moderador que iria sustentar um Estado Social e retirar poder do Executivo. Ele defende que não adiantaria recriar um

parlamentarismo no Brasil, seria apenas entregar todo poder ao Legislativo, o que não serviria para resolver os problemas existentes, e, de qualquer sorte, não funcionava bem na maior parte da Europa:

[...] é necessário que ela esteja fora, que seja neutra de alguma sorte, para que sua ação se aplique por toda a parte onde é necessário que seja aplicada, e para que seja preservadora e reparadora sem ser hostil (MEDEIROS, 1933, p. 72).

A ideia dele é um projeto de Estado Social sustentado por meio de um magistrado eleito, detentor das capacidades de moderação, que controlaria os demais poderes para evitar a tendência latino-americana de Poder Executivo com excesso de poder político.

E como mostrar as semelhanças e diferenças em relação a Benjamin Constant em sua obra de 1815? Vou explicar o método que estabeleci para ser menos repetitivo e mais claro. Atrás de mim há letras azuis [itálico] e letras vermelhas [negrito]. O que está azul [itálico], Borges manteve muito semelhante no seu Poder Moderador, guardando as estruturas de Benjamin Constant. E, por sua vez, o que está em vermelho [negrito]³, Borges alterou. Portanto, vou tratar brevemente tudo que está igual e, quando acabar, vou tratar exclusivamente das partes alteradas, que tem novidades em relação ao sistema de Constant. Assim se podem ver as diferenças sem ter uma repetição excessiva de informações e comparar melhor. Vejamos o original de Constant tratado sob esse método, que depois será acrescido de comentários específicos que não aparecem no trecho abaixo:

Il reste aux monarques, sous une constitution libre, de nobles, belles, sublimes prérogatives. A eux appartient ce *droit de faire grâce*, droit d'une nature presque divine, qui répare les erreurs de la justice humaine, ou ses sévérités trop inflexibles qui sont aussi des erreurs : à eux appartient **le droit d'investir les citoyens distingués d'une illustration durable**, en les plaçant dans cette magistrature **héréditaire**, qui réunit l'éclat du passé à la solennité des plus hautes fonctions politiques : à eux appartient le *droit de nommer les organes des lois*, et d'assurer à la société la jouissance de l'ordre public, et à l'innocence la sécurité : à eux appartient **le droit de dissoudre les assemblées représentatives**, et de préserver ainsi la nation des égarements de ses mandataires, en l'appelant à de nouveaux

3 Altero o azul para itálico; e vermelho para negrito, exclusivamente para fins de impressão da palestra.

choix : **à eux appartient la nomination des ministres**, nomination qui dirige vers le monarque la reconnaissance nationale, quand les ministres s'acquittent dignement de la mission qu'il leur a confiée : à eux appartient enfin la **distribution des grâces, des faveurs, des récompenses, la prérogative de payer d'un regard ou d'un mot les services rendus à l'état**, prérogative qui donne à la monarchie un trésor d'opinion inépuisable, qui fait de tous les amours-propres autant de serviteurs, de toutes les ambitions autant de tributaires (CONSTANT, 1815, p. 54-56).

Então, primeira das igualdades: o direito de alterar decisões judiciais que fossem consideradas excessivas - anistia, graça, indulto. Tanto Benjamin Constant quanto Borges disseram que o Poder Moderador poderia alterar as decisões dos juízes nesse sentido. Detalhes diferem, a competência permanece. Essa competência medieval de rever punições estatais, uma parte central do poder dos reis do antigo regime permanece até hoje nas constituições e foi mantida por ambos.

Próxima semelhança, quanto ao Poder Judiciário. Tanto Constant quanto Borges concordam que o Judiciário deve ser todo nomeado pelo Poder Moderador - e Borges tinha plena ciência das circunstâncias criadas em decorrência disso. É interessante porque, no Brasil, a nomeação no Executivo não serviu como um avanço ao Judiciário na Primeira República, que fora duramente criticada por ele, inclusive quanto à capacidade do Judiciário conter o Executivo quando comparado com os Estados Unidos. Pelo contrário, salvo alguns órgãos federais, os juízes tiveram dificuldades profundas no quesito independência. Mas ele propõe e foi o que ele aplicou no Rio Grande do Sul durante seu governo.

Próximo ponto de união dos projetos, o poder de dissolver as assembleias representativas. É um aspecto muito importante para o Benjamin Constant e também para Borges, ainda que no projeto de Borges, o presidente apenas pudesse convocar o refendo no qual a população poderia decidir pela dissolução da assembleia, conforme o artigo 89 de seu projeto (MEDEIROS, 1933, p. 137). O principal meio de conter o Legislativo eleito não é o veto a uma lei pelo Executivo ou o controle de constitucionalidade do Poder Judiciário. Quando há uma instabilidade maior, dissolve-se o corpo completamente e convocam-se novas eleições. É o poder de superação de crises, que até tão recentemente, 2011, a monarquia inglesa teve. É um poder político muito grande, o poder de alterar o Legislativo quando o Poder Moderador quisesse.

Por fim, a última grande semelhança de sistemas: a nomeação dos ministros, formadores do Poder Executivo. Iriam ser vários ministros, cada

um em sua pasta, cada um em suas funções, sem um Primeiro Ministro. Os dois projetos previam que o Poder Moderador iria escolher esses ministros. No caso do Borges, com aceitação da assembleia, mas uma fonte de grande poder político para o Poder Moderador (MEDEIROS, 1933, p. 135 a 137).

Quanto às diferenças relevantes, veremos diversas, a maioria reforçando o Poder Moderador de Borges em relação ao de Constant. Começo pelas diferenças menos importantes para que, na medida em que as mais importantes forem tratadas, um fechamento da palestra seja encaminhado.

Inicialmente, como é típico na cultura francesa, Benjamin Constant previu que o Poder Moderador pudesse dar valores e prêmios para pessoas que fizessem contribuições sociais e atos de heroísmo. É algo que ocorre atualmente, um imigrante que salva alguém em incêndios, que realiza um ato de grande bravura, ser premiado com a cidadania em um processo sumário. Tal prática não é comum na cultura brasileira, não é frequente. Essa função aparece no texto do Benjamin Constant, mas não aparece no projeto do Borges. É a menos importante das diferenças.

Segunda diferença: o Borges amplia o rol de nomeados pelo Poder Moderador. Não são apenas os ministros de Estados e membros do Judiciário, também incluído o Tribunal de Contas e o Tribunal Eleitoral. A diferença é pequena enquanto sistema, mas que mostra um Estado maior, com mais funções complexas, e que a atribuição desses cargos continuaria no Poder Moderador - artigo 88, §4º.

Terceira, os ministros eram escolhidos nos dois projetos pelo Poder Moderador, mas a demissão era relativamente diferente. Os ministros poderiam ser demitidos com liberdade no projeto de Constant; no de Borges, nem tanto (MEDEIROS, 1933, p. 148 a 153). Havia três previsões pelas quais ministros que formavam o Executivo podiam ser demitidos: primeiro se o Poder Moderador julgasse que eles não estavam auxiliando no cumprimento de suas tarefas. Segundo, os ministros deveriam assinar todos os atos do Poder Moderador e se um ministro se recusasse a assinar isso era motivo para saída dele. A assinatura significava que o ministro estava se responsabilizando conjuntamente pelo ato, então, no momento em que não houvesse uma harmonia entre a vontade do Poder Moderador e a do ministro, caberia ao Moderador escolher um novo. Por fim, sempre que os ministros entrassem em conflito com o Legislativo, caso o Presidente decidisse dessa forma. Em conclusão, havia esses motivos, bastante amplos, mas sem liberdade plena. Uma diferença igualmente pequena, ainda que em assunto importante.

Próxima diferença, e uma que muda muito o Poder Moderador

de Borges de Medeiros, ampliando seu poder em relação ao de Benjamin Constant e o aproximando do Presidente da República da tripartição típica. A iniciativa das leis e o poder de promover referendos de leis já aprovadas estavam previstas para o Poder Moderador (artigo 88, §21). Consequentemente, ele é um poder muito mais ativo, pode sugerir leis diretamente, algo que Benjamin Constant não prevê e não faz parte da ideia central dele, a ideia de um poder neutro e afastado. Qualquer fato social conflituoso passa a ter, potencialmente, um a atuação direta do Poder Moderador e mesmo sua omissão pode ser considerada como eloquente durante a discussão.

Quinto elemento relevante que distancia o Poder Moderador de Borges do de Constant: o presidente, que exerce o Poder Moderador, tem poder regulamentar (artigo 88, §2º). Ele faz decretos dando execução às leis. Os decretos devem ser apresentados por propostas dos ministros, o Poder Moderador apenas outorga sua assinatura, mas sua competência de demitir ministros que se recusem a concordar com ele reforça o seu papel de controle sobre essa atividade. Esse poder dá efetividade às leis, é muito relevante na prática, é outra expansão profunda na capacidade de exercer poder político ativos por parte do Poder Moderador, que cada vez menos parece neutro, como proposto por Constant mais de um século antes.

Sexta diferença. No Direito Internacional, o Poder Moderador “era o Chefe de Estado” para Borges de Medeiros. Fazia representação diplomática, guerra e paz e negociação de tratado - são todos assuntos que no Benjamin Constant pertencem ao Poder Legislativo, algo incomum na organização moderna, ligado, em Constant, à importância das decisões. Borges trouxe essas competências para o Poder Moderador, em semelhança a um Executivo típico, e afastado do Poder Moderador original, ainda que, em alguns momentos, com referendo da assembleia (artigo 88, §§6º, 7º, 17, 18, 19).

Sétima e penúltima diferença: Borges de Medeiros afirma que a chefia das Forças Armadas é competência do Poder Moderador (artigo 88, §8º, 9º, 20), tanto como por ser o militar de maior hierarquia, quanto na relevante tarefa de distribuição das tropas no território. Benjamin Constant, no livro *Princípios*, tem uma parte extensa (CONSTANT, 1815, p. 205-219) falando sobre o papel do exército, comparando-o, até certo ponto, a um poder político (ao menos na prática), ainda que não reconhecido nas divisões de poderes. Constant afirma que quando uma crise se instala, a decisão do exército de atuar ou não a seu respeito faz muita diferença nos acontecimentos e, portanto, o autor estabelece uma série de requisitos e questões sobre o exército e uma delas é que o exército é regulamentado pelo Poder Legislativo - “*Le seule garantie possible contre les guerres inutiles ou injustes, c'est*

l'énergie des assemblées représentatives. ... C'est donc à elles et au sentiment national qui doit les diriger, qu'il faut s'en remettre..." (CONSTANT, 1815, p. 206). De outra forma, para Constant, o poder neutro teria a chefia e distribuição de uma força política de grande dimensão social - algo previsto por Borges de Medeiros.

Por fim, encerrando as comparações, a forma de escolha. O poder do Benjamin Constant é um poder hereditário, o chefe da dinastia, o herdeiro da coroa, com olhos para a Inglaterra e seus séculos de história, interpretada como muito bem-sucedida em seu governo e instituições (CONSTANT, 1815, p. vii, 36, 43).

Isso não ocorreria para Borges de Medeiros: o Poder Moderador de Borges seria eleito por voto direto da população dentre políticos que gozassem de seus direitos e com mais de 35 anos. Ele era um Poder Moderador com semelhança ao Presidente da República - esse é inclusive o nome do cargo (artigo 82 do projeto de Borges). O Poder Executivo era delegado a um conselho de ministros escolhidos pelo presidente e aprovados pelo Legislativo (artigo 109). Na escolha do chefe do Poder Moderador, caso ninguém alcançasse a maioria dos votos diretos da população, os dois mais bem votados seriam escolhidos pelo Legislativo. Borges, inclusive, previa uma reeleição por três quartos dos votos (artigos 85 a 87), portanto muito difícil de acontecer, mas possível. Assim, no Brasil, ele seria eleito, o que impõe mais uma diferença substancial, porque quando há um rei hereditário, um dos aspectos mais importantes a seu respeito é que ele não vai ter feito campanha defendendo sua pessoa em atrito com outras e não vai ter se posicionado sobre diversos temas sociais e políticos polêmicos - ele é o poder neutro. No Brasil surgiria a necessidade de mostrar para a sociedade porque aquele político deveria ser eleito e não seus concorrentes, isso exige mais posicionamento político, um contexto muito afastado pensamento de Constant e próximo de um presidencialismo.

Talvez por reconhecer no seu projeto uma grande expansão de poderes desse árbitro - que não era tão neutro quanto o de Constant -, Borges cria duas medidas para a retirada do cargo do eleito. Primeiramente, o Legislativo pode, por 2/3 dos votos, fazer um plesbício e a maioria da população pode então, a qualquer tempo, retirá-lo do cargo. Borges afirma ser uma espada pendendo sobre a cabeça do Poder Moderador, se ele passar dos limites, a população tem meios para agir. E, em segundo lugar, há um sistema bem desenvolvido de *impeachment* do Poder Moderador. A responsabilidade política bem semelhante ao impedimento dos chefes do Poder Executivo. Se o processo fosse iniciado, seria formado um colegiado especial para julgamento, não tão diferente do sistema brasileiro atual (ar-

tigos 91 e 92).

Essa possibilidade de impedimento faz um contraste muito severo com a ideia de um poder neutro, politicamente irresponsável, como defendido por Constant. É uma ida ao outro campo de papéis políticos, uma afirmação clara de que, além das competências ampliadas, há também a responsabilidade política decorrente de seu papel:

Essa arma sempre impendente, como a espada de Damocles, valendo como uma ameaça, forçará o presidente a conter-se invariavelmente dentro dos justos limites do seu cargo... (MEDEIROS, 1933, p. 87).

É muito diferente, inclusive, do regrado na Constituição de 1824, mais fiel a Constant. No artigo 126, o monarca pode ser retirado de seu cargo por duas razões: se ele é incapaz física ou moralmente - quando, então, o príncipe regente iria governar se já tivesse mais de 18 anos. Em outras palavras, ele não ia ter responsabilidade em nenhum caso, como diz o artigo 99: *“A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”* (BRASIL, 1824). Ele poderia ser retirado do cargo em decorrência dos seus atos, mas nem nessa hipótese ele seria responsabilizado formalmente.

Em conclusão, Borges de Medeiros estabelece um Poder Moderador bem mais amplo, ativo, responsável por nomear cargos, controlar as forças armadas e tomar iniciativas importantes de política diária. Por um lado, ele pode ter desenvolvido tal proposta vendo um cenário de Getúlio Vargas com grande poder, imaginando uma institucionalização da situação de então, adaptando o Poder Moderador ao momento em que o Brasil vivia e o aproximando de um Poder Executivo. Apesar dessa possibilidade, sua apresentação afirma ser no sentido de moderar o sistema, melhorando a capacidade de autocontenção dos poderes e aumentando o papel da sociedade nas escolhas de representantes (ou suas retiradas), resolvendo questões que afetavam o Brasil e a América Latina.

Considerações finais

Borges de Medeiros criou uma proposta em que o Poder Moderador teria uma posição de mais atividade e muito mais meios para influenciar a política. A diferença, quando constatado ao lado dos planos de Constant, é muito significativa.

Como foi recebido esse projeto na prática? Era uma proposta que retiraria poder de Vargas, permitiria plebiscitos e a manifestação popular

sobre sua continuidade no cargo. Ele recebeu o livro com respeito, mas sem perspectiva de que a obra pudesse ser um projeto aplicável. Vargas continuou o plano de elaborar uma constituição, que seria a de 1934. Ele adaptou a ideia de Alberto Torres de ter uma coordenação dos poderes, bem leve se comparada à de Borges, feita pelo Senado. Na prática, em grande parte, quem coordenava a política era o próprio Vargas.

Como última imagem, uma imagem de Borges de Medeiros e Flores da Cunha, durante discurso no início dos anos 1900 em Porto Alegre. Um dos grandes líderes políticos da Primeira República falando à população de seu Estado.

Imagem 6: Discurso em Porto Alegre, início dos 1900.



Fonte: NUPERGS - UFRGS

Portanto, o projeto de Borges de Medeiros foi recebido com deferência. A imprensa, quando se manifestou, afirmou que era um livro importante; autores comentaram seu conteúdo. Um projeto de um político experiente, mas insatisfeito com a Primeira República que ele mesmo havia ajudado a implementar. Ainda naquele ano, foi aceito que o Borges de Medeiros se opusesse ao Vargas na eleição presidencial. Não era difícil prever o resultado. Borges de Medeiros teve 59 votos, Getúlio teve 175 e, portanto, o veterano gaúcho não ganhou as eleições. O projeto permaneceu ideia, como ele previra nas primeiras páginas da obra.

Referências

- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil*. Colleção das Leis da Republica dos Estados Unidos do Brazil de 1891. Partes I e II de 24 de Fevereiro a 30 de junho. Volume 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1892.
- BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil*. Coleção das Leis do Imperio do Brazil de 1824. Parte 1ª. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886.
- CONSTANT, Benjamin. *Principes de Politique*. Paris: Chez Alexis Eymery, 1815.
- CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les Constitutions*. Paris: H. Nicolle, 1814.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. O poder moderador na constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933: um estudo de direito comparado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 188, p. 93-111, out./dez. 2010.
- MEDEIROS, Borges de. *O Poder Moderador na República Presidencial*. Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, 1993. Edição utilizada: S. A. Diário de Pernambuco, 1933.
- PINTO, Paulo Brossard de Souza. *Prefácio de Paulo Brossard*. In: MEDEIROS, Borges de. *O Poder Moderador na República Presidencial*. Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 1993.
- UNIVERSIDADE Federal do Rio Grande do Sul. Arquivo do NUPERGS - Núcleo de Pesquisa e Documentação Política Rio-Grandense. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/nupergs/>>. Acesso em: 16 jun. 2019.