

CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL: O AUTÊNTICO PODER MODERADOR?

<https://dx.doi.org/10.23925/2596-3333.20120v2i1a7>

Recebido: 14.06.2020

Aprovado: 15.08.2020

MARCO ANTONIO HATEM BENETON

DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE SÃO PAULO
PROCURADOR DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SÃO PAULO

RESUMO: O presente artigo visa afastar tentativas de eleger o art. 142 da CF como um mediador, um Poder Moderador no Brasil e sugere a criação de uma Corte Constitucional Federal para arbitrar e dirimir os conflitos jurídico-políticos entre os Poderes constituídos.

PALAVRAS CHAVES: ART. 142. PODER MODERADOR. CORTE CONSTITUCIONAL. PODERES. CONFLITOS JURÍDICOS

ABSTRACT: This study aims to rule out attempts to elect the article 142 of Federal Constitution as a mediator, a Moderating Power in Brazil and suggests the creation of a Federal Constitutional Court to arbitrate and settle legal-political conflicts between the constituted Powers

KEY WORDS: ARTICLE 142. MODERATING POWER . CONSTITUTIONAL COURT. POWERS. LEGAL CONFLICTS

INTRODUÇÃO

O tema em análise ressalta atualidade. O mote deste estudo serve de subsídio contrário àqueles que, sob o ponto de vista político e jurídico-constitucional, revelam ser contrários ao Estado Democrático de Direito instituído no Brasil a partir de 05 de outubro de 1.988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, após longo período de exceção jurídica.

O Estado Democrático de Direito é diametralmente oposto às ideias nada democráticas, como, por exemplo, o fechamento de Poderes e instituições previstas e estruturadas pela Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988). No plano concreto da realidade, fatos denotam manifestações (crescentes) contrárias aos postulados do Estado Democrático de Direito, tais como noticiadas, fartamente, as manifestações populares que almejam, a intervenção das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) nos Poderes Legislativo e Judiciário, especificamente, no Congresso Nacional e no Supremo Tribunal Federal. As faixas até dizem: “intervenção militar, com Bolsonaro já!”, ou “O

Povo pede AI-5 JÁ!”, ou, ainda, “Art. 142 JÁ!”, sendo esse art. 142, como veremos, o artigo constitucional que regulamenta o papel das Forças Armadas no Estado brasileiro a partir de outubro de 1.988.

Se essas manifestações fossem circunscritas às ruas, aos discursos dos apoiadores entusiastas do presidente da República, às redes sociais, às tribunas das Casas Legislativas e às manifestações publicadas na imprensa, diríamos, sem sombra de errar, que se tratariam de livre manifestação do pensamento que, ao contrário do que ordenava o Ato Institucional nº 5, de 13.12.1968, são expressão das liberdades constitucionais, dos direitos fundamentais previstos e protegidos (como cláusula pétrea) pelo art. 5º, inciso IV, da CR/88.¹ No entanto, essas livres expressões do pensamento político de uma parcela da população, passaram a contaminar quartéis e instalações militares, bem como passaram a contar com a simpatia de alguns juristas, que dizem que o art. 142 da Constituição Federal encerra, em sua fórmula linguística, o conteúdo de um verdadeiro Poder Moderador. A questão, ao tanger tanto a disciplina militar que, junto com a hierarquia, sustentam os princípios castrenses, quanto o terreno do Direito, muda de patamar, torna-se mais séria porque adentra na legalidade com que os chefes de revoltas militares sempre edulcoraram suas intervenções na História política-constitucional brasileira após a proclamação da República, proclamação essa, aliás, um golpe militar urdido pela união de militares e civis. Essa legalidade forra ímpetos golpistas e lhe dá fundamento teórico e prático para implantar um novo regime jurídico.

Como dissemos, o avanço de ideais tão alarmantes nas searas do Direito nos interessa muito mais, a despeito do interesse de outras disciplinas, como a Filosofia Política ou a Sociologia para estudarem a morfologia não-jurídica desse clamor de viés claramente inconstitucional. Oferecer sustentação jurídica para derribar as instituições constitucionais é a nossa preocupação inicial, uma vez que operadores do Direito apregoam na mídia a alegação de ver, no art. 142, a presença de um instrumento político-constitucional que não é de todo desconhecido para o Direito Constitucional brasileiro, o Poder Moderador, que esteve presente, sim, como atributo do Imperador, na Constituição

¹ Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Política do Império de 1.824, atributo esse, como veremos, típico de Estados que adotam a monarquia como forma de governo, e cujo sistema de governo, geralmente parlamentarista, detém a prerrogativa de exercer a administração pública, em regime de gabinete, ladeado dos demais Poderes, o Legislativo e o Judiciário. No entanto, o Brasil da Constituição de 1.988, apesar de guardar traços remotos de um regime parlamentarista (as medidas provisórias são exemplos da opção parlamentarista deixada pelo caminho), adotou a forma de governo republicana, cuja execução da administração pública está sob o sistema de governo presidencialista (presidente da República), que governa de maneira independente e harmônica com o paralelo dos Poderes Legislativo e Judiciário, que em seu cume federativo, estão figurados no Congresso Nacional e no Supremo Tribunal Federal, mas que exercem suas funções típicas (e atípicas) decorrentes das competências fixadas no Texto Constitucional, onde se vê quais são os atributos de cada Poder, suas prerrogativas e os seus limites. Nenhum Poder no Estado Democrático de Direito paira sobre o outro nem um milímetro sequer. Todos os três poderes secularmente identificados pela Teoria Geral do Direito Constitucional e pela Ciência Política, Legislativo, Executivo e Judiciário, com previsão no art. 2º da CR/88, possuem funções expressamente detalhadas na Constituição, funções e limites, exercidos no sistema de freios e contrapesos, onde um Poder exercita sua função típica e atípica, mas, uma vez exorbitada essa função, os demais Poderes podem e devem impor limites, limites esses extraídos também da Constituição. Essa trindade de Poderes é o texto positivado na Constituição e não se vê outro no art. 2º e em nenhum outro artigo, mesmo que se utilizem as mais avançadas técnicas de hermenêutica constitucional conhecidas, sendo dispensáveis aquelas lastreadas em presunções não acadêmicas, ou pretensamente recebidas em inspirações místicas ou psicografadas. Todavia, alguns juristas insistem em ver presente no art. 142 o chamado Poder Moderador, deflagrado todas as vezes em que um Poder se encontra ameaçado por outro no seus misteres constitucionais. A interpretação teleológica (ou teológica para alguns desses juristas) enxerga nesse artigo constitucional o sistema de freios e contrapesos que está disseminado nas linhas da Constituição em dispositivos de uso extremo, como por exemplo típico, o *impeachment* de membros dos Poderes, que foi utilizado no Brasil do pós-regime militar em duas

oportunidades, cujo mérito não adentraremos. Ora, não se precisou invocar as forças de segurança máxima do Estado, as Forças Armadas, para fazer valer a Constituição. As instituições presentes valeram-se de suas funções e prerrogativas e limitaram e até retiraram membros de um Poder.

Porém, não podemos deixar de entrever um desnível na Constituição e, por isso, dar um grão de razão àqueles que contestam o alto grau de força constitucional que detém, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal nesse processo de impor freios e contrapesos entre os Poderes, uma vez que competirá a ele, enquanto árbitro final elegido pela Assembleia Constituinte, na voz contida na frase “a guarda da Constituição”, conhecer, processar e julgar, com base na interpretação que extrair da Constituição, o conflito entre os demais Poderes, como é exemplo notório o controle de constitucionalidade. Mas, quando o próprio Supremo Tribunal está envolvido em um conflito com os demais Poderes, quem arbitra ou media esse conflito de tônica política, mas envelopado em altas indagações jurídicas? A resposta é: o próprio Supremo Tribunal Federal². Nas entrelinhas da Constituição está, no Supremo, ecos do Poder Moderador. Entretanto, não deveria, pois a nivelada superfície desejada entre os Poderes deixa transparecer, como adiantamos, um dente, um desnível. Isso é indubitável. O correto seria a existência de um órgão constitucional com a atribuição precípua de arbitrar os conflitos constitucionais que maculam a harmonia entre os Poderes, incluindo o exercício, senão total, pelo menos parcial do controle de constitucionalidade. Esse órgão também teria os atributos de uma corte judiciária, mas de natureza especial e específica. O ideal seria dotar a Constituição de uma Corte Constitucional Federal, com as funções de exercer a arbitragem máxima e isenta entre os poderes constituídos, mas com a composição diferente daquela que reveste a estrutura do Supremo Tribunal Federal. Imaginamos a instituição de um órgão que paire sobre os demais Poderes e conceda a última palavra sobre a correta interpretação do

² O próprio atual Presidente do STF, ministro DIAS TOFFOLI, já se referiu ao STF como “poder moderador” em anos passados. Veja o título da notícia publicada pelo Portal Exame em 04.06.2019 (exame.com): “É função do STF ser moderador, diz Toffoli sobre pacto dos 3 Poderes. Para o presidente do Supremo, o tribunal tem como papel ser “mediador da sociedade e o árbitro destes grandes conflitos que ocorrem”

exercício e limites daqueles. Exerceria, sim, um poder moderador nos exatos termos para os quais esse poder foi constituído no passado, mas agora encorajado de espírito republicano e estritamente técnico, a pairar, repise-se, equidistante dos demais Poderes.

Vejamos, a seguir, onde radica o problema, qual a interpretação que se retira tanto da história constitucional como do que está atualmente positivado e o que pode surgir como solução. Para tanto, caminharemos entre as sendas do art. 142 da CF; do conceito de Poder Moderador e a sua previsão na Constituição Política do Império; da decisão que culminou pela inexistência do Poder Moderador na CF 88, segundo o STF no Mandado de Injunção nº 7.311; supor qual seria a ideia de um poder moderador na atualidade e sugerir a criação de uma Corte Constitucional Federal.

1. O ART. 142 DA CF

O art. 142 da Constituição Federal está assim redigido:

“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 destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.”

Onde está a previsão de ser este artigo o fundamento para que as Forças Armadas sejam o atual Poder Moderador na estrutura político-constitucional brasileira? Com o devido respeito, não se vê explicitamente esse poder moderador incrustado no referido artigo, mas se extrai dele essa possibilidade quando ele diz que *as Forças Armadas [...] são instituições nacionais permanentes e regulares [...] e destinam-se [...] à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.*

Ou seja: toda a vez que um poderes constitucionais corre risco, ou está em perigo, bem como a lei e a ordem estão ameaçadas, recorre-se às Forças Armadas para que esta instituição permanente e regular – pressuposições estas que remetem à formação dos Estados nacionais a partir dos Séculos XIII, XIV, XV e XVI – venham em socorro do poder constitucional ameaçado e lhe garanta sua função constitucional. Essa é a ideia-

núcleo daqueles que veem no art. 142 o modelo atual de Poder Moderador. Um dos juristas que veem esse sentido da norma constitucional é o professor IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO, que em várias entrevistas às diversas mídias, talhou um conceito de poder moderador inserto nas Forças Armadas, sendo que elas poderiam barrar atitudes nocivas de um Poder em detrimento de outro e impor o fim de uma eventual ameaça de vilipêndio das funções constitucionais de um Poder por outro ou pelos outros. Em artigo publicado, o professor IVES GANDRA (GANDRA, 2020) assim opina a respeito da aplicação do art. 142:

“Ao ler a Constituição, cujos trabalhos acompanhei de perto, participando de audiências públicas, oferecendo textos, alguns aprovados pela Constituinte e, informalmente, assessorando alguns constituintes, não consigo encontrar nenhum dispositivo que justifique a um ministro da Suprema Corte impedir a posse de um agente do Poder Executivo, por mera acusação de um ex-participante do governo, sem que houvesse qualquer condenação ou processo judicial a justificar. A simples suspeita de que foi escolhido por ser amigo do Presidente da República e poder influenciar procedimentos administrativos levantados por um desafeto do primeiro mandatário não justifica, constitucionalmente, a invasão de competência de um poder em outro. Se meras suspeitas servirem, a partir de agora, o Poder Judiciário estará revestido de um poder político que não tem, constitucionalmente, de dizer quem poderá ou não ser nomeado de acordo com a visão do magistrado de plantão, mesmo que não haja qualquer condenação ou processo judicial em relação àquele pelo Executivo escolhido.

A partir da decisão do grande constitucionalista Alexandre de Moraes (...) qualquer magistrado de qualquer comarca do Brasil poderá adotar o mesmo critério e por acusações, fundadas ou infundadas, não examinadas pelo Poder Judiciário, em processos com o direito inviolável à ampla defesa, impedir nomeações que são de exclusiva atribuição constitucional do chefe do executivo de qualquer município, estado ou da própria União.

Não entro no mérito de quem tem razão (Bolsonaro ou Moro), mas no perigo que tal decisão traz à harmonia e independência dos poderes (artigo 2º da CF), a possibilidade de uma decisão ser desobedecida pelo Legislativo que deve zelar por sua competência normativa (artigo 49, inciso XI) ou de ser levada a questão — o que ninguém desejaria, mas está na Constituição — às Forças Armadas, para que reponham a lei e a ordem, como está determinado no artigo 142 da Lei Suprema.

A insegurança jurídica enorme que o Poder Judiciário traz sempre que foge à sua competência técnica para ingressar na política, além de levar todo o partido derrotado nas urnas ou nas votações do Congresso pretender suprir seu fracasso representativo recorrendo ao Supremo Tribunal Federal para que este, politicamente, lhe dê a vitória não obtida no exercício de sua função eleitoral. (...) A minha irrestrita admiração

de velho professor de Direito Constitucional ao Pretório Excelso e aos onze ministros que o integram, não poderia, todavia, afastar a obrigação, como mero cidadão, de externar meu desconforto em ver a Suprema Corte exercendo funções executivas e invadindo competências alheias, que entendo não ter, e gerando insegurança jurídica e não a estabilidade e a certeza no direito que toda a nação deseja.”

A opinião, cuja extensa transcrição se faz oportuna, pois traz consigo todo o arcabouço minimamente doutrinário que o expositor se agarra, sustenta, em seu núcleo que “no perigo que tal decisão traz à harmonia e independência dos poderes (artigo 2º da CF), a possibilidade de uma decisão ser desobedecida pelo Legislativo que deve zelar por sua competência normativa (artigo 49, inciso XI) ou de ser levada a questão — o que ninguém desejaria, mas está na Constituição — às Forças Armadas, para que reponham a lei e a ordem, como está determinado no artigo 142 da Lei Suprema.” O professor IVES, claramente justifica a possibilidade de se invocar o auxílio das Forças Armadas para reposição da ordem quando houver desobediência de um Poder em relação ao outro, em uma atitude usurpadora de uma função que não lhe cabe no seio constitucional.

Após a publicação desse artigo, surgiram contestações contundentes advindas de outros juristas. LÊNIO STRECK (STRECK, 2020) assim rebateu o professor IVES GANDRA:

“Assim, há de se ver que:

Primeiro, o artigo 142 determina que é o presidente da República a autoridade suprema sob a qual estão submetidas as Forças Armadas, consagrando o poder civil. Sim, poder civil.

Segundo, a lei e a ordem a serem garantidas são as das próprias instituições democráticas (Título V da CF). Esse é o ponto chave. As FAs não são o fiel da democracia. Ou seja, elas não podem intervir a qualquer momento. Uma leitura dessas é totalmente inconstitucional e antirrepublicana.

Terceiro, o parágrafo único do artigo 142 prevê que lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas no emprego das Forças Armadas (a LC nº 97, artigo 15), que não apenas submete esse emprego a uma cadeia de comando, civil no seu topo, assim como estabelece um procedimento a ser estritamente cumprido para isso e, por fim, determina o caráter somente subsidiário desse emprego, para a garantia da segurança pública, termos em que "lei e ordem" devem ser corretamente interpretadas. "Lei e ordem" não significam "autorização para intervenção golpista".

Por fim, todos sabemos que, em uma democracia, não há de se falar em autonomia *da parte de quem porta armas*, como polícias e forças armadas. Por essa razão é que somente um poder eleito poderá dispor da palavra final, como Constituição e lei aqui determinam.

Ou seja, as interpretações simplificadoras do artigo 142 devem ser abortadas *ab ovo*. Por isso a minha crítica a Safatle. A solicitação dos poderes é feita sempre ao presidente da República, que é o comandante das Forças Armadas e que deve determinar a atuação, nos casos e nos termos do previsto constitucionalmente para o estado de defesa e do estado de sítio e de acordo com a lei complementar. O fato de, circunstancialmente, o Poder Executivo estar ocupado por alguém que tenha simpatia por AI-5 e quejandos, não pode, nem de longe, dar azo a uma hermenêutica do retrocesso democrático.”

Respeitamos a posição do Professor IVES GANDRA, mas com o respeito que lhe é devido, não podemos concordar. Nas exatas palavras de STRECK, as Forças Armadas não são o fiel da balança constitucional. Esse ponto de equilíbrio está espalhado nas disposições que tratam das competências, estruturas e organização dos Poderes, sendo as Forças Armadas órgão de Estado que busca dar tranquilidade material àqueles que querem ver respeitada a Constituição, seja ele o Presidente da República, seja ele o Congresso Nacional, ou, seja ele o Supremo Tribunal Federal. As Forças Armadas no contexto constitucional são instrumentos de garantia aos Poderes, estão subsumidas a todos, a despeito de serem comandada pelo Presidente da República. Na lógica do professor IVES GANDRA, se o Poder Executivo se vê acossado ou acuado pelos demais Poderes, ele parte de uma pressuposição – falsa – de que esse açodamento é pernicioso ou volitivo da individualidade dos Poderes e não como sendo essa obstrução dos demais Poderes um efeito *contramajoritário* às atitudes que podem estar sendo adotadas pelo próprio Presidente da República. Mas o inverso, pela lógica estabelecida por IVES GANDRA, também seria verdadeiro: se, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal ou o Congresso Nacional estivessem ameaçados pelo Poder Executivo, aliás, com o uso das Forças Armadas - já que estas estão organicamente submetidas ao comando geral do Presidente da República- aqueles Poderes também poderiam invocar, pelo art. 142, o concurso das Forças Armadas para lhes proteger. Lembre-se que nem sempre os pratos da balança penderam para os Poderes Legislativo e Judiciário em matéria de lhes serem garantidos nas suas funções pelas Forças Armadas. Ao contrário. Como registro de fatos

históricos, em 1964 e 1967, só para ficarmos nas datas mais próximas, o Exército foi utilizado para fechar o Congresso Nacional. Mesmo sem adentrar em seu recinto, o coronel responsável pelo cumprimento das ordens de fechamento do Congresso Nacional, determinou aos servidores públicos responsáveis pela administração do prédio e da Secretaria das Casas do Congresso, com a cenografia das luzes de jipes militares e soldados de baioneta calada, o encerramento físico das atividades daquelas Casas. Algum componente das outras Armas veio em socorro do Congresso Nacional? A resposta é não, até porque, naquele momento, as forças denominadas juridicamente de “revolucionárias” consubstanciavam-se das Forças Armadas para derrubar a Constituição democrática de 1946.

Vê-se que a ideia de poder moderador não está contida nos dois textos que se entrecrocaram, mas esse conceito é extraído, mais uma vez, da errônea interpretação que se faz da frase normativa *as Forças Armadas [...] são instituições nacionais permanentes e regulares [...] e destinam-se [...] à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.*

O que vem a ser, então, o Poder Moderador, que alguns dizem que ressurgiu nas letras do art. 142 da Constituição Federal? É o que veremos a seguir.

2. O CONCEITO DE PODER MODERADOR E A SUA PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO

A ideia de um poder moderador na estrutura constitucional brasileira não é nova. Ela induz a capacidade que detém o soberano de tomar decisões de cunho político, distintas das típicas atividades administrativas. Após a independência de Portugal, o Brasil necessitava urgentemente de ter um documento normativo superior próprio, que identificasse doravante quais seriam os novos poderes em substituição àqueles da Coroa portuguesa.

Fruto de uma Constituinte conturbada pelos laivos despóticos de Pedro I, muito impregnado do Absolutismo ainda inerente nessa fase de transição histórica e

constitucional, o Brasil passa a ter uma Constituição em 1824 na esteira dos demais países que, após processos revolucionários, ou de emancipação, também passaram a ser, formalmente, regidos por uma Constituição. No Brasil, ela ganhou o nome de Constituição Política do Império. Também seguindo os passos dos outros países, que romperam o absolutismo monárquico, substituindo-o ou limitando, o Brasil passou a contar expressamente com três Poderes, cada um atraindo para si funções que antes estavam concentradas na pessoa do Rei, delegadas apenas para a consecução de fins burocráticos, mas mantendo para si o centro das decisões em todas as áreas.

O poder imperial, pelo menos *pró forma*, dividiria espaço político com outros poderes. O art. 9 da Constituição Política do Império dispôs que “a divisão e a harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece. Por sua vez, o artigo seguinte, 10, previu a existência e a separação dos Poderes, desviando-se um pouco da teoria de MONTESQUIEU e da experiência constitucional norte-americana, a primeira a adotar, em quase fidelidade ao filósofo francês, a tripartição dos Poderes. Esse desvio, em verdade, um acréscimo, disse que, além dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o Brasil também contaria com um Poder Moderador. Expressa-se assim o art. 10:

“Os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o poder Legislativo, o poder Moderador, o poder Executivo e o poder Judicial.”

E crivou no art. 12: “Todos estes poderes no Império do Brasil são delegações da nação.”

Especificamente quanto ao Poder Moderador, a Constituição de 1824 definiu em seu art. 98 o que vinha a ser esse Poder: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.”

Em seguida, o art. 100³ detalha as atribuições dessa função:

“Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador
I. Nomeando os Senadores, na fôrma 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.”

Basicamente, essas atribuições, tirante algumas mais apropriadas à monarquia constitucional parlamentarista, ressoa nas atuais atribuições do Presidente da República, guarnecidas no art. 84 da Constituição Federal. Mas, o que nos chama a atenção, é que em nenhum momento dentre as atribuições transparece outras que sejam hoje desconhecidas e em nenhum momento incumbe ao Imperador o poder unitário e arbitrário de intervir por intervir nos demais poderes, a não ser para recompor a ordem e convocar novas eleições para o Poder Legislativo continuar suas funções típicas. Não há a intervenção *caudilhesca*, autoritária de fechamento de um Poder para o exercício do poder absoluto pelo Soberano.

Em seu *Do Direito Público Brasileiro e a Análise da Constituição do Império*, o MARQUÊS DE SÃO VICENTE (BUENO, 1857) ensina-nos o que vem a ser o Poder Moderador:

“O poder Moderador, cuja natureza a Constituição esclarece bem em seu art. 98, é a suprema inspeção da nação, é o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar o como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente com outros para o fim social, o bem-estar nacional: é quem mantém seu equilíbrio,

³ Mantivemos a grafia da época.

impede seus abusos, conserva-os na direção de suas alta missão; é enfim a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, o mais influente de todas as instituições fundamentais da nação.”

Por essa definição, verifica-se que o Poder Moderador é o calibrador do fiel da balança e dos pesos no cotejo constitucional dos demais Poderes. Dá-nos a visão de estar fora da trindade das funções, a pairar sobre ela, justamente quando se diz que “a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita” com o objetivo de manter o equilíbrio. O exercício do poder Moderador é quem evita nos perigos públicos o terrível dilema da ditadura ou da revolução. Essa assertiva de PIMENTA BUENO parece eivada de conteúdo premonitório, ao antever quais são as consequências de um desequilíbrio entre os poderes. Essa visão antecipada dos fatos políticos serviu para o Século XIX, para o Século XX (em pelo menos duas ocasiões) e é cabalmente atual nesta segunda década que principia no Século XXI. O jurista do Século XIX nos vê pelas brechas da História.

Pois bem. No Império, esse Poder, até mesmo por determinação constitucional, foi confiado ao Imperador, como uma espécie de poder conservador da nação, de poder que faz o amálgama dos interesses nacionais, de retificar sua direção e de neutralizar seus abusos (BUENO, 1857). Sua existência não era identificada, no entanto, com o Poder Executivo. Isso porque, na maior parte das monarquias, o Poder Moderador, está confundido com o Poder Executivo. Todavia, o MARQUÊS DE SÃO VICENTE adverte ser “mais lógico e conveniente não confiá-lo, e menos confundi-lo, com nenhum outro poder, por isso mesmo que ele tem de inspecionar a todos, já sobre seu exercício próprio, já sobre suas relações recíprocas.”

E crava quem deve exercer o poder Moderador: o Imperador, pois

“O depositário deste grande poder neutro deve estar cercado de todos os respeitos, tradições e esplendor, da força da opinião e do prestígio. A consciência nacional precisa crer que, superior a todas as paixões, a todos interesses, a toda rivalidade, ninguém pode ter maior desejo e glória do que ele em que os outros poderes ativos funcionem segundo os preceitos fundamentais do Estado e façam a felicidade deste.”

Transportado esse argumento teoricamente correto para as constituições do Século XX – inclusas as Constituições de 1946 e 1988 – percebe-se que muitas das atribuições

elencadas no art. 100 da Constituição de 1824 sobreviveram em outros artigos, sobretudo naqueles, em maior parte, reservados ao Chefe do Poder Executivo e alguns outros pulverizados entre os demais Poderes. Porém, a essência do poder de moderar, de equilibrar os Poderes não se incumbiu a nenhum deles em especial, salvo a constatação, também disseminada pelo texto da Constituição, da presença discreta, mas atuante, do sistema de freios e contrapesos.

Parece que esse poder de manutenção do equilíbrio passa pelo olhar do litígio, do processo e do julgamento. Das contendas políticas absorvidas pelo Direito nasce o litígio constitucional, que acena com um desajuste na interpretação e na aplicação da Constituição. Para superar esse conflito, atribuiu-se ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de dirimir os conflitos intersubjetivos de direitos públicos fundamentais através da interpretação última da Constituição (art. 102, quando diz que ao STF compete a guarda da Constituição). Essa interpretação última, com o fito de aplicar corretamente a Constituição, passa, obrigatoriamente, pela ideia de processo, de devido processo legal, ao conferir aos litigantes constitucionais apresentar suas razões de inconstitucionalidade (ou constitucionalidade), rebater essas razões, ouvir um *tertius* (o Procurador-Geral da República) e, ao final, julgar, decidir a qual dos litigantes remanesce a razão constitucional. Isso se observa, com maior clareza, no controle de constitucionalidade via ação direta (de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade, de inconstitucionalidade por omissão, e de arguição de descumprimento de preceito fundamental), mas também é observada de maneira difusa no julgamento dos recursos extraordinários e, bem caracteristicamente, no processamento e julgamento dos remédios constitucionais: mandado de segurança, *habeas corpus* e mandado de injunção.

Assim, aquele poder de equilíbrio visível nas atribuições constitucionais do Imperador retornaram, não nos parece duvidoso, nas atribuições constitucionais do Supremo Tribunal Federal. Mas é certo isso? É simétrico? Um fato é certo e indubitável: esse poder moderador não foi entregue às Forças Armadas, como dissemos que pretendem alguns entrever no art. 142 da CF.

E a questão, como veremos a seguir nas decisões citadas, já aportou no Supremo Tribunal Federal, fato (político e jurídico) que o empurra para o centro do litígio constitucional mais grave nos últimos trinta e cinco anos, justamente no período pós-regime militar e de crescente juridicidade das questões político-constitucionais. De juiz, o STF virou “parte”. Quem o julgará sob o olhar do Direito?

Vejamos as decisões do Supremo Tribunal Federal que afastam a ideia de que o Poder Moderador ressuscitou e se encarnou nas Forças Armadas.

3. A INEXISTÊNCIA DO PODER MODERADOR NA CF 88, SEGUNDO O STF NO MI Nº 7.311 E ADI Nº 6.457

Por mais que se exija um comentário mais profundo sobre a análise dessa demanda político-constitucional, a verdade é que os fatos políticos se precipitaram com uma celeridade galopante e rapidamente a questão chegou ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal.

E o STF agiu de imediato.

A questão da aplicação do art. 142, sempre tangente, principalmente no que concerne às chamadas medidas GLO, ou medidas de garantia da lei e da ordem, regulamentadas em Lei Complementar, escalou velozmente das ruas e mídias ao Supremo Tribunal Federal, topo da interpretação, senão final, neste momento, pelo menos cautelar (provisória e com toques de segurança jurídica).

Por ser constitucionalmente possível fazer chegar com celeridade ao conhecimento do STF certas questões de natureza constitucional, para que essa Alta Corte dê a correta interpretação, sejam essas vias a ação direta de inconstitucionalidade pelos legitimados do art. 103 da CF, ou seja pela via dos remédios constitucionais, como é o caso do mandado de injunção, que pode ser manejado por qualquer cidadão (as questões processuais serão observadas no ato do recebimento do mandado), foram protocolizadas

duas ações⁴: um mandado de injunção (MI) e uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI).

Serão dispensados maiores comentários às decisões, uma vez que elas falam por si. Começemos pelo MI 7.311.

Trata-se de mandado de injunção ajuizado por cidadão, de nº 7.311, em face do Congresso Nacional, tendo por objeto o art. 142 da Constituição Federal. O impetrante requer que o Supremo Tribunal Federal explicitasse as normas para “convocação das Forças Armadas, por qualquer um dos poderes”, em caso de risco à Democracia. A ação emerge em um contexto de especulação, por autoridades e personalidades públicas, sobre um pretenso “Poder Moderador” atribuído pelo dispositivo às Forças Armadas, para atuar em caso de conflito entre poderes.

Distribuído ao ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, esse não conheceu o MI pois, para ele, não há o que interpretar a respeito da clareza do art. 142 em não conter traços do precedente legislativo histórico da Constituição de 1.824. Para LUÍS ROBERTO BARROSO⁵

“Conforme dicção constitucional expressa, a ação de mandado de injunção é cabível, sempre que “a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (CF, art. 5º, LXXI). Esse não é o caso do art. 142, caput, da Constituição, cuja aplicação não demanda regulamentação. Trata-se de norma de eficácia plena, que não suscita dúvidas sobre a posição das Forças Armadas na ordem constitucional. A lei mencionada pelo art. 142, §1º, a seu turno, corresponde à Lei Complementar nº 97/1999. Não há, portanto, que se falar em omissão inconstitucional. O Poder Moderador foi previsto exclusivamente pela Constituição do Império de 1824 e atribuído ao monarca, colocando-o acima de todos os demais Poderes[2]. Sua marca era a hegemonia, com resquícios absolutistas. A partir da primeira Constituição Republicana de 1891, abandonou-se tal concepção de mediação de conflitos e aderiu-se ao sistema de freios e contrapesos entre Poderes para esse propósito[3]. Finalmente, com a

⁴Sem se importar com o rótulo que essas petições recebam, o certo é que pela Teoria Geral do Processo, essas petições possuem a natureza jurídica de ação, pois provocam a jurisdição a se manifestar sobre um litígio, seja ele um conflito de interesses, ou uma correta e reta aplicação dos mandamentos constitucionais.

⁵STF, MI nº 7.311.

Constituição de 1988, o Brasil fez sua transição para um Estado Democrático de Direito. Nessa medida, submeteu o poder militar ao poder civil, e todos os Poderes à Constituição[4]. 4. Desde então, passaram-se mais de 30 anos, dois impeachments presidenciais, uma intervenção federal, inúmeras investigações criminais contra altas autoridades (inclusive contra Presidentes da República), sem que se tenha cogitado jamais da utilização das Forças Armadas ou de um inexistente poder moderador. Todas as crises institucionais experimentadas pelo país, ao longo dos governos democráticos anteriores, foram solucionadas sem rupturas constitucionais e com respeito ao papel de cada instituição – e não se pode afirmar que foram pouco relevantes. Portanto, a menos que se pretenda postular uma interpretação retrospectiva da Constituição de 1988 à luz da Constituição do Império, retroceder mais de 200 anos na história nacional e rejeitar a transição democrática, não há que se falar em poder moderador das Forças Armadas. Para constatá-lo, basta recorrer a qualquer dos elementos de interpretação. 5. Nesse sentido, do ponto de vista literal, não há qualquer menção no art. 142 da Constituição ou em qualquer outro dispositivo constitucional a um “Poder Moderador” ou a seu exercício pelas Forças Armadas. Quanto ao elemento histórico, não há nada nos anais da Constituinte que permita uma interpretação no sentido de que se atribuiu às Forças Armadas tal papel. Muito pelo contrário, o que a Constituição de 1988 buscou, conforme todos os relatos de que se tem notícia, foi justamente a transição para a supremacia do poder civil e da Constituição. Na perspectiva sistemática, a Carta estabeleceu múltiplos mecanismos de freios e contrapesos, que permitem o controle recíproco entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo a que as decisões tomadas no espaço público sejam resultado do equilíbrio alcançado por meio de tal interação. E, levando em conta o elemento teleológico, finalístico, a Constituição é inequívoca ao estabelecer a destinação das Forças Armadas: defender a Pátria e garantir os “poderes constitucionais”. Todos eles. Não é seu papel afirmar um em detrimento dos demais. Nessa medida, compete ao Poder Executivo, a título ilustrativo, o governo do país, o comando das Forças Armadas (conforme as balizas constitucionais e legais) e a indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Compete ao Legislativo aprovar ou rejeitar as leis, julgar impeachments contra o Chefe do Executivo ou contra os membros do STF e aprovar o orçamento que condiciona a remuneração e o funcionamento de todos os membros de poderes e de seus servidores. Compete ao Supremo Tribunal Federal e ao Poder Judiciário, de modo geral, o controle da constitucionalidade e da legalidade dos atos praticados pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo. Eventuais excessos de um Poder são corrigíveis pelos mecanismos constitucionais existentes. 7. Medidas extraordinárias, em situações de emergência ou de grave distúrbio da ordem pública, tais como intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, são igualmente reguladas pela Constituição e pelas leis. Exigem, para sua decretação, a observância de requisitos taxativamente previstos na Constituição, sujeitando-se a controle judicial e a crime de

responsabilidade, em caso de atuação abusiva (arts. 34 e 136 a 139, CF). Em nenhuma hipótese, a Constituição submete o poder civil ao poder militar. É simplesmente absurda a crença de que a Constituição legitima o descumprimento de decisões judiciais por determinação das Forças Armadas[5]. Significa ignorar valores e princípios básicos da teoria constitucional. Algo assim como um terraplanismo constitucional[6]. (...)Não falam em nome das Forças Armadas, portanto, os intérpretes heterodoxos da Constituição. A atribuição a elas de um impróprio poder moderador, com o risco grave da contaminação política, não eleva as Forças Armadas, mas, ao contrário, diminui o seu papel de defesa da Pátria – não de governos – e de garantia dos Poderes, sem riscos de facciosismo. 11. Por todo o exposto, com base no art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento ao presente mandado de injunção. Não há dúvida acerca do alcance do art. 142 da Constituição, ou omissão sobre o nobre papel das Forças Armadas na ordem constitucional brasileira.”

Se não bastasse a clareza expositiva do ministro BARROSO que, além de já valer por um precioso precedente jurisprudencial, mesmo ao negar o seguimento, posicionou cabalmente o papel de cada entidade na estrutura constitucional brasileira, e deu margem a uma outra decisão, lançada na ADI nº 6.457, de relatoria do ministro LUIZ FUX que, sob as luzes do Direito Constitucional, jogou uma pá de cal sobre as pretensões dos que pedem a intervenção das Forças Armadas nos Poderes constituídos e afastou a existência repaginada de um novo Poder Moderador.

O Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, tendo por objeto os artigos 1º, caput, e 15, caput e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar 97/1999, com as alterações das Leis Complementares 117/2004 e 136/2010. Como parâmetro de controle, foram indicados os artigos 2º, 34, 84, 136, 137 e 142 da Constituição Federal. Em sede cautelar, a parte autora apresenta três pedidos: de modo a assentar que (i) a destinação das Forças Armadas na defesa da Pátria é constitucionalmente exequível apenas em casos de intervenção para repelir invasão estrangeira (artigo 34, III, da CRFB) e de estado de sítio para guerra ou de resposta à agressão estrangeira (artigo 137, II, da CRFB), devendo seguir os ritos de apreciação e autorização pelo Congresso Nacional (artigos 36, § 1; 49, II; e 137, caput, da CRFB); (ii) o emprego das Forças Armadas na garantia dos poderes constitucionais se limita aos casos e procedimentos de intervenção “para garantir o livre

exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação” (artigo 34, IV, da CRFB) e de estado de defesa “para preservar ou prontamente reestabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional” (artigo 136, IV, da CRFB), podendo evoluir para o estado de sítio (artigo 137, I, da CRFB), pois entre os Poderes da União não se fala de garantia de quaisquer deles entre si pelas Forças Armadas, mas, taxativamente, de independência e harmonia (artigo 2º da CRFB); (iii) a destinação das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem é restrita a situações extraordinárias de defesa da autonomia federativa (intervenção – artigo 34 da CRFB), do Estado e das instituições democráticas (estados de defesa e de sítio – artigos 136 e 137 da CRFB), sendo vedado seu emprego em atividades ordinárias de segurança pública (artigo 144 da CRFB), à revelia das competências das respectivas esferas de governo.

Nos fundamentos da sua decisão, o ministro LUÍZ FUX⁶ proporcionou a seguinte lição:

“O PAPEL DAS FORÇAS ARMADAS NA GARANTIA DOS PODERES CONSTITUCIONAIS: ARTIGOS 2º; 60, §4º, III; 85; E 102 DA CONSTITUIÇÃO A segunda missão constitucional das Forças Armadas refere-se à garantia dos poderes constitucionais. Sobre esse ponto, início destacando trecho da Nota Técnica nº 2.866/2020, do Senado Federal [3], que resgata histórico debate da Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança, no âmbito dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. As notas taquigráficas dos debates do dia 27 de julho de 1987, publicadas no Diário da Assembleia Nacional Constituinte, trazem palavras do General Euler Bentes Monteiro sobre a sobre a redação do que viria a se tornar o artigo 142 da Constituição, *verbis*: “A questão fundamental, conceitual: a Constituição deve definir, para as Forças Armadas, atribuições condizentes ao modelo democrático? Acho claro que sim. Há, assim, que desfigurar o papel histórico do chamado poder moderador. A intervenção das Forças Armadas no processo político, se admitindo como destinação constitucional, irá colocá-la acima dos poderes políticos do Estado e acima do próprio Estado. (...) escrever uma Constituição admitindo uma escala de intervenção, que não sejam as escalas de estado de emergência ou de alarme ou estado de sítio, etc., mas um estágio superior a tudo, em que se dê a completa liberdade de ação às Forças Armadas (...) eu não julgo que isso seja um estado democrático. Admito, sim, como um estado totalitário, um estado militarista. Nós acabamos de viver essa experiência.” (Diário da Assembleia Nacional Constituinte (suplemento), 23 de julho de 1987,

⁶ STF, ADI nº 6.457

pp. 49-62). Em uma leitura originalista e histórica do artigo 142 da Constituição, a expressão “garantia dos poderes constitucionais” não comporta qualquer interpretação que admita o emprego das Forças Armadas para a defesa de um Poder contra o outro. No desenho democrático brasileiro, a independência e a harmonia entre os poderes devem ser preservadas pelos mecanismos pacíficos e institucionais de freios e contrapesos criados pela própria Constituição. Esses mecanismos são qualificados inclusive como cláusula pétrea (CF, art. 2º, c/c art. 60, § 4º, III) e conformam um sistema de controle recíproco e interdependente entre os Poderes, freando os riscos de eventuais abusos ou desvios. Nesse sentido, a atuação do Exército, da Marinha e da Aeronáutica para a “garantia dos poderes constitucionais” refere-se à proteção de todos os três Poderes contra ameaças alheias a essa tripartição. Trata-se, portanto, do exercício da “defesa das instituições democráticas” contra ameaças de golpe, sublevação armada ou movimentos desse tipo. É o que também reconhece o próprio Ministério da Defesa, em Nota Oficial, que assenta que: “As Forças Armadas cumprem a sua missão Constitucional. Marinha, Exército e Força Aérea são organismos de Estado, que consideram a independência e a harmonia entre os Poderes imprescindíveis para a governabilidade do País. (...) As Forças Armadas estarão sempre ao lado da lei, da ordem, da democracia e da liberdade. Este é o nosso compromisso”. Assim, inexistente no sistema constitucional brasileiro a função de garante ou de poder moderador: para a defesa de um poder sobre os demais a Constituição instituiu o pétreo princípio da separação de poderes e seus mecanismos de realização. O conceito de poder moderador, fundado nas teses de Benjamin Constant sobre a quadripartição dos poderes, foi adotado apenas na Constituição Imperial outorgada em 1824. Na conformação imperial, esse quarto Poder encontrava-se em posição privilegiada em relação aos demais, a eles não se submetendo. No entanto, nenhuma Constituição republicana, a começar pela de 1891, instituiu o Poder Moderador. Seguindo essa mesma linha e inspirada no modelo tripartite, a Constituição de 1988 adotou o princípio da separação de poderes, que impõe a cada um deles comedimento, autolimitação e defesa contra o arbítrio, o que apenas se obtém a partir da interação de um Poder com os demais, por meio dos mecanismos institucionais de *checks and balances* expressamente previstos na Constituição. [4] Nesse contexto, descabe a malversada interpretação de que essa segunda atribuição conferida às Forças Armadas pelo artigo 142 da Constituição permite que os militares promovam o “funcionamento dos Poderes constituídos”, podendo intervir nos demais Poderes ou na relação entre uns e outros. Confiar essa missão às Forças Armadas violaria a cláusula pétrea da separação de poderes, atribuindo-lhes, em último grau e na prática, inclusive o poder de resolver até mesmo conflitos interpretativos sobre normas da Constituição. Com efeito, ressalte-se que o artigo 102 da CRFB/88 atribui ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição, cabendo-lhe, como órgão máximo do Poder Judiciário, interpretar as normas constitucionais em caráter final e vinculante para os demais Poderes. Adotando o modelo de constitucionalismo moderno

desde os Federalistas, tem-se que “a interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais (...) *Ex positis*, observadas as premissas adotadas nesta decisão, (art. 5º, §1º, da Lei nº 9.882/1999), defiro parcialmente a medida liminar requerida, ad referendum do Plenário desta Suprema Corte, a fim de conferir interpretação conforme aos artigos 1º, caput, e 15, caput e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar 97/1999 e assentar que: (i) A missão institucional das Forças Armadas na defesa da Pátria, na garantia dos poderes constitucionais e na garantia da lei e da ordem não acomoda o exercício de poder moderador entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; (ii) A chefia das Forças Armadas é poder limitado, excluindo-se qualquer interpretação que permita sua utilização para indevidas intromissões no independente funcionamento dos outros Poderes, relacionando-se a autoridade sobre as Forças Armadas às competências materiais atribuídas pela Constituição ao Presidente da República; (iii) A prerrogativa do Presidente da República de autorizar o emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos outros poderes constitucionais – por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados –, não pode ser exercida contra os próprios Poderes entre si; (iv) O emprego das Forças Armadas para a “garantia da lei e da ordem”, embora não se limite às hipóteses de intervenção federal, de estados de defesa e de estado sítio, presta-se ao excepcional enfrentamento de grave e concreta violação à segurança pública interna, em caráter subsidiário, após o esgotamento dos mecanismos ordinários e preferenciais de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, mediante a atuação colaborativa das instituições estatais e sujeita ao controle permanente dos demais poderes, na forma da Constituição e da lei.”

Como já adiantamos, dispensamos maiores comentários a estas decisões-licção, uma vez que elas, repita-se, falam por si. Contudo, não resistimos a dizer que o tom professoral empregado pelos dois ministros do STF denotam que, a despeito de serem decisões monocráticas, provisória à lançada na ADI 6.457, o fato é que elas revelam que se tratam de uma decisão *per curiam*, ou seja, falam pelo conjunto do tribunal sem que os demais concorram (ainda) com seus respectivos votos, uma espécie de decisão unânime oculta, como se a redação adviesse de todos os ministros, mesmo que por ficção; antecipam, desde já, a posição final da totalidade da Corte; sinalizam recados aos demais Poderes: o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição e, por decorrência disso, o tutor do ordenamento jurídico brasileiro, cuja responsabilidade por essa tutela revela ser desta Corte a prerrogativa de dizer o Direito (*jus dicere*) em último caso nos conflitos político-constitucionais; que esse tutela reserva o poder de manter o equilíbrio

do sistema constitucional, a impedir desarranjos ou desníveis dos pratos da balança (política e constitucional) e que essa tutela também inclui o poder-dever de fazer valer suas decisões, inclusive, invocando o guerrero art. 142 da CF e buscar nas Forças Armadas o esteio coercitivo para que o Direito seja o vetor máximo no que hoje temos de segurança jurídica abrigada no Estado Democrático de Direito.

De tudo se revela uma questão que resta pungente: se não temos um Poder Moderador instalado no espírito e corpo das Forças Armadas, esse poder se revela, na atualidade e para o futuro, necessário e útil, ainda mais para dirimir litígios que, como disse PIMENTA BUENO no Século XIX, é o exercício do poder Moderador que evita “os perigos públicos o terrível dilema da ditadura ou da revolução.”

Esse Poder Moderador é, portanto, ao mesmo tempo, necessário e útil. Necessário do ponto de vista político-constitucional, ainda mais quando é possível que todos os Poderes se envolvam em litígios constitucionais e útil, no sentido de ser benéfico para a rápida, imparcial e técnica resolução dos conflitos intersubjetivos de direitos públicos fundamentais. Esse binômio necessidade/utilidade é imprescindível para que o sistema constitucional funcione de (a) forma democrática, (b) republicana, (c) jungido estritamente aos desígnios do Estado Democrático de Direito, (d) pautado no devido processo legal formal e substancial, (e) respeitador da tripartição de Poderes, que não admite assimetrias entre eles, ou duplicação do poder substantivo em um só poder e (f), sobretudo, produtor de segurança jurídica.

E é neste contexto de se evitar a assimetria entre os Poderes, é que puxamos a ideia de se resgatar e revitalizar a intenção da Carta de 1824 de, além de criar o Poder Moderador (I) para ser um poder mantenedor do equilíbrio constitucional e de recolocar cada Poder em sua órbita constitucional quando esse tendesse ao abuso ou à usurpação, que, também, esse poder (II) seja distinto de todos os demais Poderes, para que, nas palavras repetidas de PIMENTA BUENO, seja um arranjo “mais lógico e conveniente” por “não confiá-lo, e menos confundi-lo, com nenhum outro poder, por isso mesmo que ele tem de inspecionar a todos, já sobre seu exercício próprio, já sobre suas relações recíprocas.” Esse Poder Moderador guardaria, todavia, um papel jurídico de árbitro dos

litígios constitucionais, um árbitro não-monárquico porque o poder não é mais uma dádiva divina, mas um imperativo popular. E quem poderia exercer esse Poder Moderador com características jurídico-políticas de árbitro dos litígios constitucionais?

Em nossa opinião, mesmo que utópica, idealizada, a solução seria a criação de uma corte constitucional, uma Corte Constitucional Federal, fora do patamar geográfico constitucional dos demais Poderes, mas com a prerrogativa de pairar sobre as contendas objetivas e não ser um poder soberano viciado de subjetividades e vaidades máximas.

O desnível provoca tropeços. Esse exemplo é realístico em uma calçada cujo piso não esteja bem assentado. Ao se caminhar, o cidadão, de cabeça altiva, não vê esse desnível e tropeça, leve ou bruscamente, provocando desde um susto até a possibilidade de ferimentos, cujo grau de gravidade desses pode ensejar a morte biológica do cidadão. Na vida constitucional a parábola é válida. Esse fato cotidiano na vida urbana, levado ao campo das relações político-constitucionais, também pode trazer consequências. Substitua-se o cidadão pela democracia. Ao se caminhar e fazer o caminho, a democracia, de cabeça altiva, não vê possíveis desníveis e tropeça, leve ou bruscamente, provocando desde um susto nas instituições e na sociedade civil até a possibilidade de violações, cujo grau de gravidade dessas pode ensejar a morte da democracia.

Pretender-se um caminho cívico, sem sobressaltos, pode ser o ideal filosófico, mas, até mesmo nas mais sólidas e comprometidas democracias constitucionais, temores ocorrem, mesmo que o pavimento constitucional seja bom e plano, porém o tempo e as mudanças culturais próprias da Humanidade, ensejam constantes reparos no caminho constitucional, não para suprimi-lo, mas para melhorá-lo ou aperfeiçoá-lo, para que o caminho continue a levar o Povo e a sociedade ao recanto da segurança jurídica, da paz e do bem-estar social. A tarefa de reparar o caminho deve recair em um especialista que promova as melhorias e os aperfeiçoamentos que a democracia requer para não perecer ante desabonadoras teorias sinistras, que a experiência histórica, principalmente do Século XX, com o totalitarismo dos extremos (de direita e de esquerda), demonstrou amarga e sangrentamente serem contrárias à ideia de justiça.

Desenvolvemos, a seguir, em linhas rápidas e gerais, essa ideia de criação de uma Corte Constitucional Federal, com a finalidade de ser a casa moderadora do sistema político-constitucional. Não se tem a pretensão de ser este artigo um panfleto ideológico, ou um roteiro de mutação constitucional. Longe disso. Temos muito mais o escopo indisfarçável de copiar esse conceito de Corte Constitucional de outros países, sobretudo daqueles que emergiram da dramática experiência de terem sido ocupados pelas tropas nazistas na 2ª Grande Guerra Mundial e adotaram um modelo de corte constitucional voltada para a resolução de litígios constitucionais, modelo esse desenvolvido pela Áustria de KELSEN na década de 1.920 e que serviu no pós-II Guerra como um repositório arbitral das contentas políticas que podem e poderiam novamente desandar em retrocessos sociais, políticos, jurídicos e econômicos malignos.

4. IDEIA DE CRIAÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL FEDERAL: SERIA ESTA CORTE UM AUTÊNTICO PODER MODERADOR?

Em primeiro lugar, o que é uma Corte Constitucional? Vamos nos socorrer do legado doutrinário de HANS KELSEN, cujo modelo foi implantado na Áustria do entre guerras e, posteriormente, foi adotado, em suas respectivas novas constituições, pela maioria dos países europeus que sucumbiram por alguns anos ao poder nazifascista.

Por esse modelo, há um órgão de natureza judicial, apartado dos tradicionais Poderes, que tem a incumbência de conhecer, processar e julgar as matérias mais sensíveis para um Estado, que envolvem litígios jurídicos, mas altamente envolvidos com a condução governamental, que produzem fissuras, rachaduras e são potencialmente fortes a ponto de erodir o edifício constitucional sobre o qual se assentam Estado e sociedade. Ao descrever esse modelo em suas bases iniciais, HANS KELSEN (KELSEN, 2003) trata-se de um órgão de caráter arbitral e que ele teria a competência de exercer o controle de constitucionalidade das normas em face da Constituição, sendo que essa constitucionalidade interesse a todos, uma vez que essa Corte tem a função de proteger a Constituição e, caso a Corte reconheça a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo, tem o dever de anulá-lo. A par dessa importante função, tem a Corte também decidir sobre

a violação de direitos fundamentais por ato de autoridade. Em suma, as decisões de uma Corte Constitucional têm caráter cassatório.

A par disso, KELSEN tinha uma outra preocupação, preocupação essa essencial e que avança em todos os sistemas políticos democráticos: por ser a Constituição a norma fundamental do Estado, a Corte Constitucional tem o dever de assegurar a maior estabilidade possível e dificultar sua revisão, no que acrescentaríamos, dificultar, ou reprimir eventuais violações ao Texto Magno. Dessa preocupação, se extrai, desde já, a função possível que o Poder Moderador que essa Corte Constitucional pode exercer no sistema político-constitucional brasileiro: o de garantir a maior efetividade da Constituição, através das interpretações jurídicas cientificamente possíveis e controladas pelas técnicas da Filosofia do Direito, da Teoria Geral do Direito, da Teoria Geral do Direito Constitucional e da metodologia científica do Direito.

Os conflitos que surgem entre os Poderes, que envolvem a todos, como vemos na realidade brasileira, são conflitos que transcendem a teoria política, o campo das Ciências Políticas e adentram na residência sagrada da Constituição. Todo ato produzido pelas autoridades constitucionais (atos políticos, legislativos, administrativos, judiciários) tem fundamento de validade na Constituição, ou, pelo menos se pressupõe que possuem esse fundamento. A discussão sobre a competência para emitir esses atos, bem como o mérito desses atos pode não estar em sintonia com a Constituição e feri-la. Quando então um Poder controla o outro ao sustar um ato (Congresso Nacional) ou declarar a sua inconstitucionalidade (Supremo Tribunal Federal) nem sempre tais comportamentos obstativos satisfazem ou trazem resignação ao Chefe do Executivo, especialmente em uma região do mundo em que os chefes executivos tendem a abusar do seu poder constitucional, ou vilipendia-lo de vez, desobedece-lo de vez, provocando rupturas institucionais e a instalação de regimes de força, autoritários.

Nos litígios constitucionais todos os Poderes deveriam, pelo bem maior, que é a estabilidade constitucional, abdicar de suas pretensões e aceitar as decisões que neutralizem atos violadores da Constituição. Para que não se diga que um poder é

superpoder e que o plano da tripartição de Poderes é assimétrico, urge criar um órgão que arbitre esses litígios, e cujas decisões sejam civilizadamente acatadas por todos.

Voltamos a falar das funções e estruturas das Cortes Constitucionais, para nelas enxergar essa possibilidade (mesmo tênue) de virem a ser um Poder Moderador. Vislumbrando características nesse modelo (FAVOREU, 2004), elas podem ser assim enumeradas: a) verificar as condições de existência dentro de uma ordem jurídica, seja pelo viés do seu contexto institucional e jurídico, ou seja pelo ordenamento constitucional sobre o qual essa ordem se assenta; b) rediscutir o monopólio jurisdicional do contencioso constitucional; c) pensar novas formas de indicação dos membros não-magistrados da Corte Constitucional pelas autoridades políticas; d) acatar essa Corte fora do aparelho jurisdicional comum, mas torna-la uma jurisdição especial; e) desenhar um rol de competências mais enxuto, que contenha apenas o controle de constitucionalidade e os conflitos intersubjetivos de direitos públicos fundamentais que envolvam tão somente os Três Poderes; f) instituir um devido processo especial, técnico, célere e claro, de controle de constitucionalidade e dos conflitos intersubjetivos de direitos públicos fundamentais que envolvam tão somente os Três Poderes.

Tudo o que aqui expusemos, até agora, é realidade há décadas na Europa. Em terras brasileiras, a ideia de se criar uma Corte Constitucional não é nova. A justiça constitucional brasileira evoluiu para um sistema misto de controle, envolvendo os métodos difuso e concentrado. A Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 recusou a proposta de adoção do método concentrado europeu, com a concentração de competência para o exercício de controle de constitucionalidade exclusivamente por uma Corte Constitucional (SILVA, 2006).⁷

⁷ Anote-se sobre o tema a pesquisa realizada por Andrei Koerner e Lígia Barros de Freitas: “Em audiência pública, participaram nessa comissão Márcio Thomaz Bastos, representando a OAB, e Sydney Sanches, representando o STF. Bastos mencionou o consenso entre os advogados a favor da criação da corte constitucional, do controle externo do Poder Judiciário e da motivação obrigatória das decisões judiciais, particularmente nas decisões do STF acerca da arguição de relevância nos recursos extraordinários. Como noticiou a *Folha de S. Paulo* em 15 de maio de 1987, Sydney Sanches defendeu a preservação das atribuições do tribunal, com a exclusividade do PGR para propor ADI entre outros pontos. Essas posições eram sustentadas publicamente por ministros e juristas, como Néri da Silveira e Leitão de Abreu. Na comissão de sistematização, os

Se as Forças Armadas não têm, dentre suas finalidades, a de ser o poder moderador, ainda mais como bem acentuou o ministro LUIZ FUX em sua decisão que, se tivessem, elas seriam consideradas parte de um *superpoder* – o Poder Executivo - em relação aos demais. No entanto, a recíproca há de ser considerada verdadeira se reconhecermos no STF traços desse poder moderador, nos termos firmados pela Assembleia Constituinte de 1823. O Supremo seria também um *superpoder*? Na atual estrutura, assemelha-se ou se aproxima disso.

A ideia, portanto, de se criar uma Corte Constitucional Federal que absorvesse as atuais competências do Supremo Tribunal Federal no quesito controle de constitucionalidade e da mediação de litígios que envolvam os Três Poderes, é, em tese, uma solução prática e política para impedir a existência de superpoderes e equalizar no mesmo plano as funções tripartidas constitucionalmente. Essa ideia, é verdade, há de ser vista com estrita parcimônia material, mas com ampla competência técnica para dotar esse órgão de elementos humanos capacitados para, acima das paixões políticas e ideológicas, proferir de modo equidistante e pautado em razões especificamente técnico-jurídicas, dotado das características identificadas nas Cortes europeias, tais como:

- Elencar, *numerus clausus*, os fatos constitucionais a serem conhecidos pela Corte Constitucional, com delimitação do objeto;
- Instituição de um mecanismo procedimental de escolha dos casos a serem julgados, salvo se um terço dos membros requer a aceitação da análise do caso pela Corte;
- Número proporcional de membros, capaz de absorver juristas oriundos da docência em universidades, membros indicados pela magistratura, membros

dispositivos polêmicos do STF começaram a sofrer modificações, com negociações entre a direção da Constituinte e o STF. O ministro Oscar Corrêa publica *O supremo tribunal federal, corte constitucional do Brasil*, no qual atribuiu a proposta de criação da corte constitucional a críticas injustas ao STF. Fez também uma ameaça velada ao afirmar que os ministros eram discretos porque o STF "poderia vir a ter que dirimir" a controvérsia (Corrêa, 1987, p. VIII). Em 1º de setembro de 1987, o *Jornal do Brasil* noticiou que Antonio Marimoto pediu o aproveitamento de emenda com 39 mil assinaturas para que entidades, assembleias legislativas e partidos políticos pudessem arguir inconstitucionalidade junto ao STF.”

indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil, e membros indicados pela sociedade civil, inclusos os sindicatos;

- Impedimento de participação de membros com filiação partidária;
- Formação jurídica de todos os membros, com titulação acadêmica mínima de doutorado e destacada produção acadêmica, independentemente de serem docentes ou não;
- Remuneração somente por *jetons*, pela participação a cada sessão da Corte, sem direito a outras vantagens, exceto as indenizatórias;
- Fixação de um mandato contínuo, sem recondução;
- Fixação de quarentena remunerada aos membros, exceto àqueles que já possuam cargos na Administração Pública ou sejam docentes em universidades;
- Proporcionalidade regional dos membros;
- Participação nas sessões da Corte Constitucional Federal, como observadores, exceto se forem os proponentes, do Procurador-Geral da República e do Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- Fixação de um número limitado de casos por ano, salvo pedido cautelar de análise do caso pela Corte Constitucional;
- Regulamentação de um processo de controle de constitucionalidade e de resolução de conflitos intersubjetivos de direitos públicos fundamentais;
- Previsão de instrumentos processuais de execução das decisões da Corte Constitucional de forma imediata;
- Sessões públicas, com direito a sustentação oral pelo: Representante do Ministério Público Federal, caso seja essa Instituição solicitante da jurisdição; pelos representantes judiciais do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário; por advogados;
- Gratuidade do processo;
- Publicação ao final da sessão anual da Corte Constitucional dos julgados;
- Criação de uma Assessoria, cujo ingresso dar-se-á por concurso público, para conferir assistência técnico-jurídica e de pesquisa aos juízes da Corte Constitucional e de uma Secretaria, cujo ingresso dar-se-á, também, por concurso

público para dar suporte administrativo básico à Corte. A Assessoria e a Secretaria deverão ter estrutura enxuta e altamente profissionalizada, sem cargos em comissão, tão somente as funções comissionadas típicas de chefia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia central é a de atribuir à Corte Constitucional Federal a tarefa de arbitrar e mediar os possíveis conflitos e litígios que possam envolver os Poderes constituídos e impor uma solução decisória técnica, a ser respeitada pelas partes, distante das volúveis paixões políticas, e firmar uma verdadeira simetria de funções, obstando aquelas que tendam a fugir do raio de competência original do Poder, ou que abusem ou tendam a abusar das suas funções e competências.

Percebe-se que demos uma ênfase técnica à Corte Constitucional, para não maculá-la com parcialidades políticas. Essa Corte deve ser blindada de todas as pressões políticas e sociais e dar a melhor solução, em especial em atuação *contramajoritária*, com caráter coercitivo a ser cumprida pelos respectivos Chefes de cada Poder, sob pena de crime de responsabilidade e responsabilização por improbidade administrativa.

Pelo exposto, vê-se que a Corte Constitucional Federal teria o escopo de dirimir os eventuais conflitos intersubjetivos de direitos públicos fundamentais havidos entre os Poderes constituídos, bem como proceder ao controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos dos Três Poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, José Antônio Pimenta, o Marquês de São Vicente. *Do Direito Público Brasileiro e a Análise da Constituição do Império*. Edição original 1.857. Editora 34: São Paulo, 2.002.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. LANDY Editora: São Paulo, 2.004.

FREITAS, Lígia Barros de e KOERNER, Andrei. *O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo In Lua Nova* no.88 São Paulo 2013, [sciELO.com/http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000100006](http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000100006).

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Martins Fontes Editora: São Paulo, 2.003.

Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito

Interdisciplinary Boundaries of Law Journal

Nº1 V.2 2020

MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Harmonia e independência dos poderes?* In Revista Digita Consultor Jurídico, publicado em 2 de maio de 2020.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. Malheiros Editores: São Paulo, 2.006.

STRECK, Lênio Luiz. *Interpretações equivocadas sobre intervenção militar no artigo 142* In Revista Digita Consultor Jurídico, publicado em 7 de maio de 2020.