

1 INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, houve a intensificação da discussão no âmbito do Direito Constitucional brasileiro sobre o Poder Moderador. Em específico, sobre uma espécie de resquício desse poder na Constituição Federal de 1988 e uma possível reverberação entre as instituições que atualmente compõem o Estado Democrático de Direito. Isso ocorre principalmente em razão de tensões nos discursos políticos, especialmente, entre o Poder Judiciário, no caso o Supremo Tribunal Federal, e o Poder Executivo, por meio da Presidência da República, nos caminhos alçados para a dissolução dos impactos e efeitos da pandemia da COVID-19.

O imbróglgio cingiu-se em torno da divisão de competências constitucionais entre os entes da federação a fim de adotar medidas efetivas no combate à crise sanitária enfrentada, oficialmente, pelo país desde março de 2020. À época, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência concorrente dos Estados, Distrito Federal, Municípios e União no combate dos efeitos pandêmicos, proferindo uma decisão à luz do artigo 23, II, da Constituição da República Federativa do Brasil, em contrário ao requerido pela Presidência da República.

A partir disso, houve uma forte defesa pelo Presidente da República em torno de se utilizar de uma espécie de Poder Moderador, por intermédio das Forças Armadas, com fundamento no artigo 142 para assegurar o cumprimento da Constituição e as competências entre as instituições. Neste sentido, a problemática do presente artigo refere-se a existência ou não de um poder moderador no atual ordenamento constitucional brasileiro à luz de posicionamentos da Suprema Corte brasileira e na possibilidade de se adotar uma interpretação adequada quanto à famigerada discussão.

Para o desenvolvimento do problema pretende-se, em um primeiro momento, delimitar o conceito e o contexto histórico do Poder Moderador, concebidos por Benjamin Constant. Ademais, realizar uma análise desse poder no contexto brasileiro e as suas particularidades para instituí-lo, remontando-se à Constituição Imperial de 1824. Assim, a partir dessas demarcações, busca-se analisar o papel do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito, bem como a separação e a independência dos três Poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Almeja-se compreender se as Forças Armadas (constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica) seriam, de fato, uma espécie de Poder Moderador, promovendo-se uma análise do artigo 142 da Constituição Federal.

Diante dos objetivos e problema suscitados no presente trabalho, utilizar-se-á do método dedutivo para a compreensão das ideias propostas e, por conseguinte, buscando ordená-las por meio da pesquisa bibliográfica para obter o resultado final.

2 ORIGENS DO PODER MODERADOR

À guisa de contextualização histórica e explicativa, a concepção de Poder Moderador encontra-se voltada para resolução de problemas referentes à radicalização política, ocasionados após a Revolução Francesa. Trata-se de um pensamento político liberal, instituído por Benjamin Constant. Alves observa que “o próprio Constant reconhece que a originalidade da propositura desse instituto não lhe pertencia; ele se inspirara nos escritos de Clermont TANNERRE, deputado aos Estados-Gerais, que fora morto no período revolucionário francês.” (ALVES, 2008, p.71).

A teoria também denominada de Poder Neutral ou Real, na qual esse poder atuaria de modo a “conciliar cada um dos poderes como verdadeiro juiz a compor as relações entre os demais poderes” (CONSTANT, 2005, p. 207), na eventualidade de conflitos. Ações pacíficas e neutras eram pressupostos no exercício do Poder Moderador. Outro atributo desse poder deveria ser observado, qual seja, a ausência de personalismo: “é preciso tomar a precaução de que o chefe de Estado não possa agir no lugar dos outros poderes. É nisso que consiste a diferença entre a monarquia absoluta e monarquia constitucional” (CONSTANT, 2005, p. 20), configurando-se como um poder moderado.

Neste sentido, importante destacar que essa ideia de governo neutro precisa ser compreendida sob a ótica do contexto iluminista, liberal, ou seja, em busca de uma igualdade e liberdade entre os homens. Para a ideia de igualdade, Constant analisa:

A idéia de igualdade é uma idéia mãe, que jamais foi completamente expulsa do coração do homem. Ele misturou essa idéia em tudo. Não há uma religião nascente, que não a tenha consagrado, e foi sempre preciso que a fraude sacerdotal desnaturasse a instituição para afastá-la. A origem do Estado social é um grande enigma, mas sua marcha é simples e uniforme. Ao sair da nuvem impenetrável, que cobre seu nascimento, vemos o gênero humano avançar em direção à igualdade, sobre os destroços das instituições de todo gênero (CONSTANT, 2002, p. 224).

Para Constant, tais conceitos somente poderiam ser encontrados por meio do constitucionalismo liberal:

Aqueles que querem derrubar a República são curiosamente vítimas das palavras. Viram que uma Revolução foi uma coisa terrível e funesta, e concluem que o que

chamam uma contra-revolução seria um evento feliz. Não se dão conta de que essa contra-revolução apenas seria ela mesma uma nova revolução. Os interesses que ligam à República são de um gênero bem mais profundo, bem mais íntimo, que aqueles que ligavam ao antigo regime. Os partidários deste último, no começo dessas tormentas, não previam seguramente todos os males que provariam, e que, em grande parte, foram a consequência de sua imprudente oposição. Não defendiam mais que uma porção de sua fortuna, seus preconceitos e sua vaidade. Que calamidades, entretanto, não desencadeou essa luta desigual! Aqueles que ligaram sua sorte à República têm a defender, no lugar de preconceitos, o que vêm como princípios, no lugar de interesses pessoais, o que é para eles uma religião, no lugar da vaidade, um orgulho, seja, mas um orgulho mais profundo, mais viril, mais inerente à sua natureza, mais caro ao seu coração, pois é para eles a reabilitação de sua classe, o fruto de uma conquista, a desculpa de sua conduta, e a garantia de sua segurança. Eles têm a defender sua fortuna e além disso sua vida. Qual não seria o abalo de uma semelhante reviravolta? Ora, que se recuse a comprar mesmo a liberdade, por meio de convulsões, da anarquia e do massacre, eu o concebo. Mas que se dê, com o intuito bem menos inebriante de mudar a forma de um governo qualquer, permissão às convulsões, ao massacre, à anarquia, eu não posso concebê-lo (CONSTANT, 2001, p. 190).

Diante disso, almejava-se evitar os movimentos revolucionários, em razão de grandes destruições provocadas na época. Havia a ideia de reconstrução sem retornar às antigas ideias e sem abandonar as conquistas úteis do período. Assim, Constant observa:

Não é, pois, o bastante ter conquistado a liberdade, ter feito triunfar as luzes, ter comprado, por meio de grandes sacrifícios, esses dois bens inestimáveis, ter posto, por meio de grandes esforços, um fim a esses sacrifícios; é preciso ainda impedir que o movimento retrógrado, que sucede inevitavelmente a uma impulsão excessiva, não se prolongue além de seus limites necessários, não prepare o restabelecimento de todos os preconceitos, não deixe enfim, como vestígio da mudança que se quis operar, mais do que restos, lágrimas, opróbrio e sangue (CONSTANT, 2002.p. 75).

O poder estabelecido à época também seria um obstáculo para o exercício da lei e da ordem, além de não concretizar uma liberdade política. Por isso, a necessidade de um poder neutro capaz de evitar arbitrariedades, caracterizado por Constant, no poder real para resolução de situações conflituosas entre os poderes, no sentido de que o rei seria capaz de exercer esse poder com neutralidade, seja pelo processo hereditário no qual o rei passaria ou na ausência de atribuição executiva ao rei. Em suma, sua teoria deve ser vista com fincas na preservação da liberdade e da ordem, no contexto francês, em que estava imerso, e diante de diversos projetos revolucionários.

Silva e Cruz (2020) observam que Constant tinha em mente as concepções rousseauianas do *Contrato Social*. Disso, podemos depreender que ele deveria considerar conceitos como vontade geral, soberania popular, contrato social, sendo contrário a governos arbitrários. A constituição, assim, deveria ser para Constant uma expressão da liberdade:

Uma constituição é a garantia da liberdade de um povo: por conseqüência, tudo o que mantém a liberdade é constitucional, e, também por conseqüência, nada do que não a mantém é constitucional. Estender uma constituição a tudo é fazer de tudo perigos para ela, é criar escolhos para rodeá-la. Há grandes bases, nas quais todas as autoridades nacionais não podem mexer, mas a reunião dessas autoridades pode fazer tudo o que não é contrário a essas bases. Entre nós, por exemplo, essas bases são uma representação nacional em duas seções, nada de unidade, nada de hereditariedade, a independência dos tribunais, a inviolável conservação das propriedades que a constituição garante, a segurança de não ser detido arbitrariamente, de não ser separado de seus magistrados naturais, de não ser atingido por leis retroativas e alguns outros princípios em muito pequeno número. Só isso é constitucional: os meios de execução são legislativos. Em todas as medidas de detalhe, em todas as leis de administração, só uma coisa é constitucional, ou seja, que essas medidas sejam tomadas e essas leis feitas a partir das formas que a constituição prescreve (CONSTANT, 2002, p.115).

É preciso lembrar que Constant diferenciava em sua obra a liberdade dos antigos da liberdade dos modernos. Sendo que a liberdade dos antigos dizia respeito à liberdade política e a liberdade dos modernos era a liberdade do indivíduo. Por isso, para Constant um regime representativo seria capaz de resolver as questões, pois permitiria e garantiria que os indivíduos influenciassem a coisa pública (*res publica*) quando participassem por meio da vigilância e do voto.

Rousseau, ao formular seu conceito de soberania popular, estabeleceu uma relação entre duas linhas de raciocínio até então inimagináveis, misturou elementos do republicanismo com a ideia de soberania, originária de Jean Bodin. Constant toma o conceito de soberania popular e assume que este está presente em todos os regimes políticos. “É por isso que o contrato social de Rousseau foi um principais mecanismos de toda a sorte de arbítrios. Assim, a soberania popular é uma chave de compreensão da organização de poderes para Benjamin Constant” (SILVA; CRUZ, 2020, 276).

Pensar um Poder Neutral ou Real oferece a possibilidade de criar ferramentas para proteger a todos de ações arbitrárias dos outros poderes. Por isso, era preciso que fosse um poder externo, que estivesse fora, dos outros três (legislativo, executivo e judiciário). Esta forma de poder imparcial, neutra, poderia ser encontrada nas chamadas monarquias constitucionais, na figura do Rei, que era amparado por tradições e não precisava de apoios políticos. Constant afirma sobre a monarquia constitucional:

La monarquía constitucional tiene está gran ventaja, porque crea el poder neutro en la persona de un rey rodeado de las tradiciones de una memoria respetable y de un poder de opinion, que sirve de base al político. El interes verdadero de este rey no es en alguna manera el que el uno de los poderes destruya al otro, sino el que todos se apoyen, se comuniquen entre si, y obren de concierto (CONSTANT, 1820, p.6).

Deveria haver sempre o cuidado para que em uma monarquia constitucional o rei não não buscasse fazer as funções dos outros poderes (legislativo, executivo e judiciário), pois se

isso acontecesse não haveria diferença entre uma monarquia constitucional e uma absoluta. Constant, observando a história e analisando seu tempo, elogiou a monarquia inglesa, uma vez que ela conseguia lidar com os conflitos entre os poderes. Assim, ele observou que ao longo do tempo o grande problema dos regimes políticos foi não haver um poder neutro capaz de impedir ditaduras.

Curiosamente, no século I a.C., quando Cícero escreveu *De Re Publica* – obra que certamente não foi lida por Constant porque o manuscrito ficou perdido por séculos – ao analisar os regimes políticos, afirmava que apenas poderia ser chamado de república a uma forma de governo justa (monarquia, aristocracia e democracia). Porém, esses governos poderiam facilmente cair em um ciclo de degeneração e regeneração das formas de governo, por isso, deveria ser preferível uma quarta forma, que misturasse em si os elementos das outras três, essa seria chamada de República:

[XLV] 69. Sendo assim, dos três gêneros primários, em minha opinião, o régio é superior, mas superará o próprio régio aquele que for equânime e temperado pelas três primeiras formas de república. De fato, apraz que haja na república algum elemento notável e real, que haja algo concedido e outorgado à autoridade dos principais e que haja alguns assuntos reservados ao juízo e à vontade da multidão. Esta constituição tem, primeiramente, uma grande igualdade, por assim dizer, da qual, dificilmente, os homens livres podem carecer por muito tempo; depois, firmeza, pois, por uma parte, aqueles [gêneros] primários facilmente se convertem nos vícios contrários, de modo que de um rei surge um tirano, dos optimates uma facção, do povo uma turba e confusão; e os próprios gêneros são, muitas vezes, transformados em novos gêneros. Isso não sucede nesta constituição unida e moderadamente mista de república, a não ser por grandes vícios provenientes dos principais. De fato, não há motivo para alteração quando cada qual está colocado firmemente em seu grau e não há rachadura por baixo onde se precipite e caia (CÍCERO apud BERNARDO, 2012, p. 118-119).

A República, então, era temperada pelas três primeiras formas de república, haveria um elemento real, um aristocrático e um democrático. Haveria grande igualdade e firmeza nesta constituição unida e moderadamente mista, em que os poderes eram misturados e equilibrados.

É nítido que Constant e Cícero operam de modo distinto, apesar da tradição do pensamento republicano. O autor romano propõe uma quarta forma de governo que seja a união das 3 outras. Enquanto que o autor moderno propõe um quarto poder capaz de equilibrar e moderar o governo, sendo a finalidade a estabilidade. Constant buscava preservar a ordem e a liberdade em um cenário político que o governo poderia ser ameaçado por projetos revolucionários e contrarrevolucionários.

3 A CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DE 1824 E O DESVIRTUAMENTO DO PODER MODERADOR NO CONTEXTO BRASILEIRO

Antes de expor sobre a Constituição de 1824 é preciso retornar ao menos 2 anos na história. Em 1822, ano da Independência do Brasil, a coroa portuguesa estabeleceu que os bispos e parácos, no Brasil e do Portugal, devessem exarar pastorais para afirmar que o sistema constitucional não causaria danos à religião, pelo contrário, seria favorável para a sua ampliação (NEVES, 2003, p. 98). O constitucionalismo liberal e curiosamente conservador da América Latina, especificamente na formação do Estado brasileiro, teve a participação de Dom Pedro I. Esse era príncipe regente e foi

aclamado Imperador Constitucional do Brasil por ato ocorrido pelo Senado no Campo de Santana, ocasião em que foi determinado o regime político monarca, ainda em 12 de outubro de 1822, um mês após a Independência. As elites políticas refutavam o regime francês e norte-americano, preferindo filiar-se ao modelo inglês, já que havia o temor de que, à semelhança das colônias hispano-americanas, o país se fragmentasse (SILVA; CRUZ, 2020, 278).

O medo era que acontecesse no Brasil o que ocorreu no Haiti, isto é, uma revolta de escravizados negros que propuseram um novo regime político. As historiadoras Heloisa Starling e Lilia Schwarcz afirmam que “o Brasil se inventou, assim, como um anti-Haiti: por oposição, éramos todos brancos, cristãos e civilizados” (STARLING, SCHWARCZ, 2015, p. 229). Deve-se ler a afirmação percebendo a ironia, pois não éramos brancos, nem cristãos, nem civilizados.

Adjetivou-se o imperador de Defensor Perpétuo do Brasil. Mas havia uma disputa entre os que queriam um governo centralizado forte e institucionalizado pela monarquia absoluta e os liberais que se inspiravam na monarquia inglesa, imparcial. Não havia clareza sobre a convivência de uma monarquia com uma Constituição. Assim, a solução oferecida foi de um Poder Moderador, que agradou até José Bonifácio (patriarca da Independência). Acreditou-se na viabilidade de um governo “constitucional representativo como uma forma de governo misto, conforme a doutrina defendida por Benjamin Constant, na qual não era mais o monarca quem legislava e deliberava, mas a nação por meio de representantes eleitos por ela” (SILVA; CRUZ, 2020, 279).

É preciso questionar qual seria o regime político com elemento preponderante, seria o monárquico ou o parlamentar? Para Dom Pedro I, parece que o sistema constitucional liberal inglês seria o ideal:

Não posso levar à paciência que todos queiram e gritem Constituição e não queiram a inviolabilidade do monarca em toda a sua extensão ilimitada, como deve ser. Eu sou constitucional por princípio, já o era antes de se proclamar em Portugal; não sou como muitos que querem a Constituição e sabem tão pouco o que ela é (...). Depois estive na Inglaterra e vi o bem executado sistema, ainda mais constitucional fiquei, vi que o Rei é um ente moral respeitadíssimo como tal e por isso inviolável. (...) Sendo o Rei

o Poder Moderador, era mister que ninguém lhe pudesse pedir contas, seus ministros é que são responsáveis por tudo, mas não de bagatelas, como é agora moda no sistema constitucional de 1791 (VIANA, 1967, p.96).

Porém, essa ideia inicial foi afastada pela Assembleia Nacional Constituinte, que estabeleceu a clássica separação entre poderes (do tipo inglesa), com proeminência do Legislativo sobre o Executivo. Isso fez com que Dom Pedro I dissolvesse a Assembleia Constituinte.

A Constituição Política do Império, de 1824, tornou-se fruto de intensos descontentamentos políticos em razão de múltiplas interferências requeridas pelo Imperador D. Pedro I, quando condicionava a aceitação da Carta Política como digna de si (BRASIL, Diário da Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, 1823), configurando um viés absolutista. Não foi por outro motivo que o Poder Moderador torna-se, declaradamente, o eixo central da primeira constituição brasileira.

Os inconformismos entre os Constituintes eram constantes e “acirrando as animosidades, que acabaram por desaguar na dissolução da Assembleia, acontecimento esse que representou inequívoco retrocesso na fase de consolidação do Estado liberal brasileiro.” (ALVES, 2008, p. 69).

Posteriormente, após a dissolução da Constituinte e “a fim de evitar um agravamento da crise, e, ainda, no intuito de dar testemunho de sua postura constitucional, o Imperador criou um Conselho de Estado.” (ALVES, 2008, p. 69). Diante disso, a tônica estabelecida pela tese foi de um Poder Moderador totalmente desconectado com a origem da concepção constantiana, ou seja, não coadunando com um poder neutro, imparcial e desconectado do Poder Executivo (ALVES, 2008, p. 66).

Assim, no caso brasileiro, esse poder apresentou-se de forma enviesada, razão pela qual o Poder Moderador no modo como foi instituído – exercido de forma privativa pelo imperador – tornou-se uma flagrante contradição na prática brasileira. Inclusive, quando houve uma possível contrariedade a seus objetivos, dissolveu a assembleia constituinte que havia sido instaurada em 1823 (BONAVIDES; ANDRADE, 2004, p. 155).

O Poder Moderador esteve expressamente estabelecido na Constituição Política do Império do Brasil, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824. Tratava-se de um poder diretamente relacionado à figura do Imperador, em sua estrutura orgânica da Constituição foi estabelecido no Título 5º, Capítulo I, artigo 98:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro

Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos (BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil, 1824).

No artigo 101 da Constituição do Império encontravam-se as atribuições inerentes ao Imperador para o exercício desse Poder:

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 (BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil, 1824).

O Poder Moderador foi concedido ao Imperador e de igual modo o comando do Poder Executivo, exercido por meio dos Ministros de Estado, que ele nomeava, nos termos do artigo 102 da Constituição do Império, em que pode-se ler:

Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principaes attribuições I. Convocar a nova Assembléa Geral ordinaria no dia tres de Junho do terceiro anno da Legislatura existente; II. Nomear Bispos, e prover os Beneficios Ecclesiasticos; III. Nomear Magistrados; IV. Prover os mais Empregos Civis, e Politicos; V. Nomear os Commandantes da Força de Terra, e Mar, e removel-os, quando assim o pedir o Serviço da Nação; VI. Nomear Embaixadores, e mais Agentes Diplomaticos, e Commerciaes; VII. Dirigir as Negociações Politicas com as Nações estrangeiras; VIII. Fazer Tratados de Alliança offensiva, e defensiva, de Subsidio, e Commercio, levando-os depois de concluidos ao conhecimento da Assembléa Geral, quando o interesse, e segurança do Estado permittirem. Se os Tratados concluidos em tempo de paz envolverem cessão, ou troca de Torritorio do Imperio, ou de Possessões, a que o Imperio tenha direito, não serão ratificados, sem terem sido approvados pela Assembléa Geral; IX. Declarar a guerra, e fazer a paz, participando á Assembléa as communicações, que forem compativeis com os interesses, e segurança do Estado; X. Conceder Cartas de Naturalisação na fôrma da Lei; XI. Conceder Titulos, Honras, Ordens Militares, e Distincções em recompensa de serviços feitos ao Estado; dependendo as Mercês pecuniarias da approvação da Assembléa, quando não estiverem já designadas, e taxadas por Lei; XII. Expedir os Decretos, Instrucções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis; XIII. Decretar a applicação dos rendimentos destinados pela Assembléa aos varios ramos da publica Administração; XIV. Conceder, ou negar o Beneplacito aos Decretos dos Concilios, e Letras Apostolicas, e quaesquer outras Constituições Ecclesiasticas que se não oppozerem á Constituição; e precedendo approvação da Assembléa, se contiverem disposição geral e XV. Prover a tudo, que fôr concernente

á segurança interna, e externa do Estado, na fôrma da Constituição (BRASIL, Constituição Política do Império do Brasil, 1824).

Incumbia-lhe também a nomeação de magistrados, a dissolução da Câmara dos Deputados, a declaração de guerra; razão pela qual inúmeras eram as suas atribuições, tornando-se de caráter absoluto.

Neste sentido, por um lado, a influência do pensamento de Constant esteve presente na Constituição de 1824, inclusive, de forma explícita por meio do artigo 98, que estabelece: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos”. Por outro lado, houve um desvirtuamento da matriz do pensamento de Benjamin Constant, ao passo que o traslado dessa doutrina na formação do Estado Nacional foi utilizado como meio para o regime político monárquico.

Assim, é a observação de Rangel:

Na Constituição de 1824, como já pode ser observado nos pontos anteriores, o Imperador não tinha uma simples obrigação de ação restauradora do equilíbrio, mas tinha constitucionalmente o dever final de julgar todas as atitudes tomadas pelos outros poderes, seja ele executivo, legislativo ou judiciário. Assim, enquanto em Constant e em sua teoria política o Poder Moderador seria uma força externa em relação aos outros poderes e apenas a eles, no Brasil este Poder seria uma força motriz que não apenas buscava legitimar, mas através dos seus atos garantir a harmonia entre os poderes, sendo pela sua figura ou por meio de seus atos previstos de forma positiva na Constituição (RANGEL, 2018, p. 56).

Há inúmeras controvérsias sobre a legitimidade do exercício do Poder Moderador durante a vigência da Constituição Imperial (AMBROSINI, 2004). Para os objetivos do presente trabalho, incumbe investigar um possível resquício do Poder Moderador na Constituição 1988. Para isso, analisa-se como atualmente o conceito de Poder Moderador é utilizado na linguagem política, associando-o às Forças Armadas no debate entre as instituições (democráticas) do país.

3. OS PILARES DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA 1988 E OS LIMITES DAS FORÇAS ARMADAS

Após a proclamação da República, movimento apoiado e sustentado pelos militares, a intervenção militar na política tornou-se uma constante na vida constitucional brasileira, o que reflete na própria constituição em vigor.

Durante todo o período republicano, os movimentos políticos empreendidos pelos militares foi uma constante, tal como o tenentismo. Para ilustrar esse cenário, veja-se a afirmação de José Murilo de Carvalho:

Por fim, em 30 de março de 1960, o presidente Goulart compareceu a uma festa de sargentos em que pronunciou um discurso inflamado. Foi o que bastou para desencadear, em 31 de março, o movimento golpista de militares e políticos, que rapidamente se tornou vitorioso (CARVALHO, 2019, p. 168).

A tese de que as Forças Armadas podem exercer um poder moderador, originalmente, foi manifestada pelo jurista Ives Granda da Silva Martins (MARTINS, 2020). Atualmente, a tese tem sido ventilada por inúmeros seguimentos políticos, causando grandes desgastes entre as instituições. Dessa forma, torna-se urgente e necessária a investigação do sentido jurídico do artigo 142 da Constituição, alicerçada na dogmática jurídica de direito constitucional.

O *caput* do artigo 142 da Constituição da República estabelece que:

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 (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Para tanto, o Supremo Tribunal Federal foi, recentemente, instado a se manifestar sobre os limites interpretativos e constitucionais que o mencionado artigo direcionaria para uma espécie de constitucionalização do Poder Moderador exercido pelas Forças Armadas.

Observa-se o seguinte Mandato de Injunção:

PROCESSO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. SEPARAÇÃO DE PODERES. FORÇAS ARMADAS E PODER MODERADOR. ART. 142, CF. 1. Mandado de injunção por meio do qual se requer a regulamentação do art. 142 da Constituição, de forma a estabelecer o escopo e o modo de atuação das Forças Armadas, em situações de ameaça à Democracia. 2. O art. 142, *caput*, da Constituição é 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. 3. Nos quase 30 anos de democracia no Brasil, sob a Constituição de 1988, as Forças Armadas têm cumprido o seu papel constitucional de maneira exemplar: profissionais, patrióticas e institucionais. Presta um desserviço ao país quem procura atirá-las no varejo da política. 4. O Poder Moderador só existiu na Constituição do Império de 1824 e restou superado com o advento da Constituição Republicana de 1891. Na prática, era um resquício do absolutismo, dando ao Imperador uma posição hegemônica dentro do arranjo institucional vigente. Nas democracias não há tutores. 5. Sob o regime da Constituição de 1988 vigora o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), no qual os Poderes são independentes, harmônicos e se controlam reciprocamente. Não se deve esquecer, tampouco, a

importância do controle social, de grande relevância nas sociedades abertas e democráticas. 6. Nenhum elemento de interpretação – literal, histórico, sistemático ou teleológico – autoriza dar ao art. 142 da Constituição o sentido de que as Forças Armadas teriam uma posição moderadora hegemônica. Embora o comandante em chefe seja o Presidente da República, não são elas órgãos de governo. São instituições de Estado, neutras e imparciais, a serviço da Pátria, da democracia, da Constituição, de todos os Poderes e do povo brasileiro. 7. Interpretações que liguem as Forças Armadas à quebra da institucionalidade, à interferência política e ao golpismo chegam a ser ofensivas. Em mais de uma manifestação oficial, o Ministro da Defesa, que fala em nome do Exército, da Marinha e da Força Aérea, já se manifestou pela liberdade, pela democracia e pela independência dos Poderes. Assim é, porque assim deve ser. 8. Mandado de injunção a que se nega seguimento (BRASIL, Mandado de Injunção nº 7311/DF)

No Mandado de Injunção nº 7311/DF, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso indeferiu seguimento, diante da inexistência de um poder moderador de perfil hegemônico exercido pelas Forças Armadas, utilizando dos seguintes elementos de interpretação:

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 (BRASIL, Decisão Monocrática nº MI 7311).

O parágrafo 1º do artigo 142 da Constituição da República prevê que as normas gerais das Forças Armadas serão estabelecidas por meio de lei complementar. Nesse sentido, o Ministro Relator Luiz Fux estabeleceu na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6457/DF os limites interpretativos dos dispositivos da Lei Complementar nº 97/99, referente a preparo, organização e emprego das Forças Armadas, ressaltando 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 (BRASIL, Decisão Monocrática nº ADI 6457).

Em análise das decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e também na própria ordem constitucional brasileira atual pode-se verificar que as conjecturas erguidas em direção à supremacia imperial e da ordem política, nitidamente, não foram sustentadas. E desde a Constituição de 1891 até a vigente Constituição de 1988, ambas alicerçaram-se em outros pilares constitucionais e nos princípios da república de separação e independência dos poderes.

Primeiro, à luz do artigo 2º da Constituição da República de 1988, evidencia-se a separação dos três poderes, que são harmônicos e independentes entre si como condição à configuração do Estado Democrático de Direito, não havendo que se manejar as Forças Armadas em desfavor de qualquer outro poder. E o Ministro Relator Luiz Fux se serve deste argumento na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6457/DF.

Em segundo lugar, conforme demonstrado anteriormente, as atribuições do Poder Moderador estavam expressamente previstas na Constituição Política de 1824, em seu artigo 101, que previa a interferência do Imperador no funcionamento dos demais poderes, que paulatinamente, foi descontinuada, a fim de se prevalecer a separação e a harmonia entre os poderes.

E, em última argumentação, a concepção originária de Benjamin Constant relativa ao Poder Moderador consolidava a separação desse poder do Poder Executivo, a fim de formar um poder passivo e neutro, ou seja, de forma diversa da estabelecida no contexto brasileiro à época (1824). Por conseguinte, o resgate da temática do Poder Moderador em razão de disputas institucionais revela-se uma ausência de coerência jurídica e histórica, descompassada da atual lógica da separação dos poderes e dos fundamentos constitucionais.

Por fim, não se pode olvidar do contexto histórico da promulgação da Constituição de 1988, isto é, após um regime militar, em que era preciso delimitar muito bem a atuação das forças armadas para que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário pudessem atuar com equilíbrio e independência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual estágio, as democracias constitucionais rechaçam eventuais forças moderadoras até mesmo uma tal atribuição ao Poder Judiciário que, por meio do Supremo Tribunal Federal, tem o papel de guardião da Constituição e não deve almejar a condição de curador do Estado Democrático de Direito, mesmo dando a última palavra sobre o sentido da Constituição. Não está acima dos outros poderes constituídos, mas no mesmo plano hierárquico. Sua atuação jurisdicional, mesmo sendo sempre provocada, deve dar-se em harmonia com os outros poderes e com mecanismos fiscalizatórios para essa regulação, contendo-se para não invadir outras esferas de competências constitucionais por meio de suas decisões.

Em uma democracia exige-se o compartilhamento do debate na arena pública. Fato é: não há instituição detentora de nenhuma condição superior a qualquer outra. O processo constitucional exige uma condução dialética e permeável.

Estabelecer que a Constituição de 1988 direcionasse às Forças Armadas a categoria de avalista do Estado de Direito aludiria no reconhecimento de que a soberania popular seria domínio de uma instituição, afinal todo poder emana do povo. Assim, atentaria contra o regime de governo, a saber, a democracia e contra a forma de governo, isto é, a república.

A remição por parte da presidência à concepção do Poder Moderador sinaliza uma vontade retórica de legitimar a tutela do povo brasileiro e das instituições, portanto, permitiria a ação de algum órgão, instituição ou poder como instância suprema e tutora da suposta cidadania do país.

As decisões analisadas, sendo o Mandado de Injunção nº 7.311 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.457 defenderam a obviedade, reforçando que as Forças Armadas são órgãos de Estado e não de Governo. Diante disso, possuem missão constitucional, não havendo espaço para atuar como Poder Moderador entre os poderes. Ademais, é impossível depreender qualquer informação que vislumbre intromissões nos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Dessa forma, a utilização do conceito do Poder Moderador não admite lugar à luz da Constituição Federal de 1988, da mesma forma que não admite sucessores desse poder. Por conseguinte, a Constituição atual não tem como financiar ecos do passado e, decisivamente, nem as pretensões do presente de revigorar o Poder Moderador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cleber Francisco. A influência do pensamento liberal de Benjamin Constant na formação do Estado Imperial Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, vl.45, nº180, 2008, p.65-75. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176563>>. Acesso em 05 fev. 2021.

BONAVIDES, P.; ANDRADE, P. **História constitucional do Brasil**. São Paulo: Editora da OAB, 2004.

BERNARDO, I. P. **O De Re Publica, de Cícero**: natureza, política e história. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Filosofia da Universidade de São Paulo. 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de fev. de 2021.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO POLITICA DO BRAZIL: **Constituição imperial de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 05 de fev. de 2021.

BRASIL. **Diário da Assembléia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823)**. Tomo I. Brasília: Senado Federal, 2003. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/535162>>. Acesso: 06 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática nº ADI 6457**. Brasília/DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5934738>. Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática nº MI 7311**. Brasília/DF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5928463>>. Acesso em: 17 fev. 2021.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Brasília: Editora do Senado Federal, 1978.

CARVALHO, José M. **Forças armadas e política no Brasil**. São Paulo: Editora Todavia, 1ª edição, 2019.

CONSTANT, Benjamin. **Curso de política constitucional**. Tomo primero. Madri:Imprenta de la compañía, 1820.

CONSTANT, Benjamin. Da força do governo atual da França e da necessidade de apoiá-lo. **Revista de História da USP**, São Paulo, Nº 145, 2º semestre de 2002, p. 181-230. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revhistoria/issue/view/1452>>. Acesso em 06 fev. 2021.

CONSTANT, Benjamin. Reflexões sobre as constituições e as garantias (1814). In: **Escritos de política**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CARVALHO, José M. **Forças armadas e política no Brasil**. São Paulo: Editora Todavia, 1ª edição, 2019.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. In: **Consultor Jurídico**, 28 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>>. Acesso em: 17 fev. 2021.

NEVES, Lúcia Bastos Pereira das. **Corcundas e constitucionais: a cultura política da Independência do Brasil (1820-1822)**. RJ: FAPERJ/REVAN, 2003.

RANGEL, Arthur Nadú. **O poder moderador no Estado brasileiro**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2018.

SILVA, Diogo Bacha e; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Poder moderador, forças armadas e a constituição federal: uma leitura constitucionalmente adequada. **Revista da Faculdade Mineira de Direito: Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea**, Belo Horizonte, v. 23, n. 46, p. 271-298, 2020. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/index>>. Acesso em: 05 fev. 2021.

STARLING, Heloisa, SCHWARCZ, Lilia. **Brasil: uma biografia.** São Paulo: Companhia das letras, 2015.

VIANA, Hélio. **Dom Pedro I jornalista.** São Paulo, Melhoramentos, 1967.