

AMAURI SAAD

O ART. 142 DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

ENSAIO SOBRE A SUA
INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO



Sumário

NOTA INTRODUTÓRIA.....	7
I - O ART. 142 COMO UM MECANISMO CONSTITUCIONAL DE SUPERAÇÃO DE CRISES	17
II - ROMA, WEIMAR E O BRASIL: COMO SALVAR UMA CONSTITUIÇÃO?	31
2.1: ROMA	33
2.2: WEIMAR	43
2.3: O BRASIL.....	55



NOTA INTRODUTÓRIA

Neste ensaio se defende que o art. 142 da Constituição Federal de 1988 disciplina a exceção. Trata-se de um dispositivo que se aplica a hipóteses extremas, em que esteja em jogo a sobrevivência da própria ordem constitucional. Sob tal dispositivo, o Presidente da República recebe amplos poderes — e tais poderes são amplos e *prima facie* indefiníveis porque os desafios a serem enfrentados são potencialmente enormes e também *prima facie* indefiníveis. O papel das forças armadas, sob o art. 142, é o de apoio, pela força, às medidas adotadas pelo Presidente da República, sendo este o verdadeiro sujeito ativo da atuação fundada em tal dispositivo.

No Brasil, como se sabe, o debate sobre a interpretação a ser dada ao art. 142 da Consti-

tuição se divide em duas linhas opostas, e o presente trabalho tem objeções a ambas. Explica-se. A **primeira linha**, majoritária, entende que o art. 142 prevê a atuação do Presidente da República na qualidade de chefe supremo das Forças Armadas, apenas para situações multitudinárias em que a segurança pública esteja em jogo (e pouco importa, para os seus defensores, que a redação do dispositivo não confirme essa compreensão evidentemente adulterada do seu sentido). A **segunda linha** defende que a intervenção prevista no art. 142 existe para as hipóteses expressamente indicadas no dispositivo, a saber, *defesa nacional*, *garantia dos poderes constitucionais* e *garantia da lei e da ordem*. O presente estudo se afasta da primeira linha, por entender que ela contraria o sentido evidente e inegável que se extrai da redação do art. 142. O presente estudo também se afasta da segunda linha, não por dela discordar essencialmente, mas por constatar que os seus defensores se recusam a levar o seu raciocínio até o final. Se existe uma intervenção fundada no art. 142 da Constituição de 1988 para o atendimento de situações específicas e de imensa gravidade social e constitucional, então se deve concluir que o constituinte de 1988 desejou as medidas que sejam instrumentais ao atingimento de tais fins, *pois quem dá os fins necessariamente tem de conceder os meios*. Curiosamente, os defensores desta segunda linha interpretativa — e eles são em muito menor número, em comparação com os da outra corrente

— expõem os seus argumentos para justificar que o art. 142 tem, afinal, um sentido, mas param por aí. Recusam-se expressamente a expor o que o art. 142 permite e o que não permite que se faça — que é o passo seguinte ao reconhecimento de que o art. 142 existe e tem um sentido.

Por que isso ocorre?

Primeiro, porque a discussão sobre o sentido do art. 142 se dá em um momento de crise política e as posições, em especial as da linha que busca esvaziar de sentido tal dispositivo, são guiadas por um senso estratégico ou tático, de curto prazo. Dito de outro modo: **como a manutenção do atual estado de erosão constitucional** — que poderia ser mitigado pela atuação fundada no art. 142 — **interessa a certos grupos políticos, combater os mecanismos constitucionais destinados à sua solução se torna uma necessidade indeclinável**. Segundo, porque o outro lado das discussões, daqueles que defendem algum sentido no art. 142, está contaminado por aquilo que se convencionou ser permitido para a discussão pública. Ou seja: há temas que não podem ser discutidos em público, e como o escopo e a forma de aplicação do art. 142 são compreendidos tacitamente como um desses **temas-tabus**, então mesmo aqueles que procuram realizar uma interpretação técnica do dispositivo, reconhecendo que ele possui um sentido constitucional, acabam abandonando o exercício herme-

nêutico no meio do caminho. Um dos defensores desta última linha, **Ives Gandra** da Silva Martins, defende, em artigo intitulado “Minha interpretação do artigo 142 da Constituição Federal”, que as “**Forças Armadas só podem atuar, pontualmente, para repor a lei e a ordem por solicitação de qualquer dos três poderes**”¹. Esta é a sua posição, e é o máximo que ele chega a expor sobre o dispositivo. Com a devida vênia, isto não é interpretação. Isto é, na melhor das hipóteses, começo de interpretação. Ives Gandra então não sabe (ou pelo menos intui) qual seria o escopo do art. 142 e a forma de sua operacionalização? Difícil supor que não, especialmente para um homem com a sua experiência de vida e formação. Mas, de qualquer forma, quer saiba, quer não saiba, o fato é que ele não vai além do que é permitido que se diga em público.

O bloqueio temático que impede que o art. 142 seja discutido sem preconceitos e receba um tratamento acadêmico adequado se deve, a meu ver, a uma **enorme confusão conceitual**. Assimila-se um instrumento como a intervenção do art. 142 com a introdução de um regime de exceção, o que não é verdade. **O art. 142 disciplina a exceção, mas não institui um regime de exceção**. Muito pelo contrário, conforme se verificará ao fim do presente ensaio, **a função do art. 142 é recompor a ordem constitucional violada**, e não instituir uma

1 Ives Gandra da Silva Martins, “Minha interpretação do artigo 142 da Constituição Federal”, *Conjur*, 27.08.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-27/ives-gandra-minha-interpretacao-artigo-142-constituicao>. Acesso em 08.09.2021.

nova constituição. Igualmente, confunde-se a concentração temporária de poderes excepcionais em um agente público (no caso, o Presidente da República) com a instituição de uma ditadura e com a negação da democracia. Isto é evidentemente errado. O termo “ditadura”, usado no debate público, adquiriu no Brasil um sentido de tabu. Quem fala no tema sem demonstrar o ódio protocolar à palavra e àquilo que ela denota no debate brasileiro (isto é, o regime militar de 1964-1985) é imediatamente acusado de ser um inimigo da democracia e do Estado de Direito. Entretanto, o mesmo termo, quando usado no seu sentido técnico-filosófico rigoroso, não representa e não pode representar um juízo de valor. A ditadura no sistema constitucional da Roma antiga possuía *status* constitucional e era vista como um instrumento necessário para a manutenção da república (tanto é assim que perdurou durante cinco séculos): descrever esse fenômeno não desperta (nem deve despertar) nem ódio e nem amor. Para a ciência política, igualmente, não existe um sentido unívoco para o termo, nem uma carga valorativa necessária. Carl Schmitt adota a divisão entre “ditadura comissarial” e “ditadura soberana”, a primeira expressão significando a concentração de poderes estabelecida temporariamente com o objetivo da manutenção de uma ordem constitucional, e a segunda significando a revolução que estabelece, ela própria, uma nova ordem constitucional.

Descrever um mecanismo não é fazer apologia de seu uso, nem tampouco significa uma oposição à ordem constitucional, à democracia e ao Estado de Direito. Até porque, no caso brasileiro, a intervenção está prevista no texto constitucional, que foi aprovado pelos representantes do povo no momento de fundação do atual regime, destina-se à manutenção desse mesmo regime e é executada por um agente público democraticamente eleito.

Há, entretanto, um fator mais profundo que explica a incapacidade de absorção do art. 142 da Constituição de 1988 no debate brasileiro. Trata-se da ideia de que o direito e a política são círculos de igual tamanho e identicamente superpostos. Assim, não haveria espaço para a política fora do direito e nem espaço para o direito fora da política. Isto se relaciona ao mito do liberalismo de que todas as soluções institucionais precisam necessariamente passar pelos três poderes, fora do que não é possível se falar de democracia, constitucionalismo e Estado de Direito. A realidade demonstra a falsidade desse mito: basta que um ou mais de um dos poderes constituídos decida desrespeitar a constituição, avançando sobre prerrogativas de outro(s) poder(es) ou desrespeitando direitos e garantias individuais. Quando isto ocorre, o belo esquema liberal cai por terra e mostra a sua fragilidade. O mito do liberalismo depende, para funcionar, de uma convenção: de que todos os atores se comportem pressupondo a ordem constitucional

como válida e eficaz. A partir do momento em que esses atores deixam de se guiar pela ordem constitucional, a população percebe a troca de sinais e todo o edifício pode desabar.

A metáfora do edifício é, em certa medida, adequada para descrever o fenômeno. O direito das democracias liberais é um edifício razoavelmente confortável, fora do qual não se pode viver. Por quê? Porque fora dele começa a selva, o estado de natureza, onde a vida, como disse Hobbes, é pobre, desagradável e curta. Por vezes, a construção precisa de manutenção, e alguns funcionários têm que sair para o lado de fora, para consertar uma rachadura ou cano estourado. Se não se faz a manutenção, o prédio se degrada, cai e tudo vira estado de natureza. E construir um novo prédio para substituir o que desabou demanda um intenso trabalho e um enorme gasto de energia por parte da sociedade. A teoria constitucional cuida do prédio; a da exceção cuida dessa manutenção do lado de fora. Sem manutenção, não há prédio durável, nem vida civilizada.

Porque a temática da exceção envolve inúmeros perigos — estamos falando da proximidade do estado de natureza —, muitos autores adotam travas mentais para que o raciocínio não chegue até as distâncias mais longas. É como se, ao se evitar tratar do tema, os perigos a ele associados fossem desaparecer. Por isto também o tema ad-

quire contornos de algo proibido, uma espécie de magia negra ou alquimia, oposta à religião oficial. Não devia ser assim.

O presente ensaio é composto de duas partes. A primeira, que corresponde a um artigo publicado há um ano, trata de situar o tema do art. 142 no contexto dos mecanismos constitucionais de soluções de crises². A segunda, que é a parte interpretativa propriamente dita, busca compreender, *em toda a sua extensão*, a atuação fundada em tal dispositivo.

2 "Mecanismos constitucionais de superação de crises - Quem tem medo do art. 142 da Constituição?", Migalhas, 08.06.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/328547/mecanismos-constitucionais-de-superacao-de-criises---quem-tem-medo-do-art--142-da-constituicao>. Acesso em 08.09.2021.



I - O ART. 142 COMO
UM MECANISMO
CONSTITUCIONAL DE
SUPERAÇÃO DE CRISES

A interpretação a ser dada ao art. 142 da Constituição³ tem gerado intenso debate nas últimas semanas. Tal debate não foi motivado por disputas doutrinárias ou de escolas acadêmicas, algo que muito raramente ganha notoriedade pública, mas, ao contrário, por um **problema político real: o escancarado desrespeito, por parte do Supremo Tribunal Federal e de outras autoridades, a prerrogativas do poder executivo e a direitos individuais**. Não é o caso aqui de retomar em detalhe cada uma das graves violações STF à Constituição, algumas

³ O art. 142 da Constituição de 1988 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”.

já comentadas por mim em artigos anteriores⁴, aos quais remeto o leitor⁵.

Considerando tal cenário, e atento ao que já se discutia na sociedade, Ives Gandra da Silva Martins, jurista sem aspas, passou a expor, em artigos e entrevistas, o seu entendimento de que as forças armadas poderiam, com base no art. 142, intervir para reconduzir o STF ao papel que lhe cabe sob a vigente constituição, impedindo assim as arbitrariedades que vêm sendo cometidas por aquela corte, inclusive contra os direitos humanos⁶.

Em resposta a tal posicionamento erigueu-se uma ampla reação — e por “ampla” de-

4 Ver os meus artigos: “‘Um presidente da república está limitado pela ciência.’ Mas que ciência?”, publicado em 09.04.2020 no jornal Brasil Sem Medo (<https://brasilsemmedo.com/um-presidente-da-republica-esta-limitado-pela-ciencia-mas-que-ciencia/>); “O que fazer quando a Corte Suprema toma o poder?”, publicado no jornal Brasil Sem Medo em 04.05.2020 (<https://brasilsemmedo.com/o-que-fazer-quando-a-corte-suprema-toma-o-poder/>); e “O STF e a nomeação de ministros de Estado — rumo à juristocracia?”, publicado no jornal Brasil Sem Medo em 05.05.2020 (<https://brasilsemmedo.com/o-stf-e-a-nomeacao-de-ministros-de-estado-ru-mo-a-juristocracia/>).

5 O que de mais recente aconteceu, na mesma linha do já aponte, foi a determinação, pelo ministro Alexandre de Moraes, no bojo do Inquérito nº 4781 (o chamado inquérito das “fake news”), de medidas de busca e apreensão e censura contra um grupo de indivíduos apenas porque estes emitiram opinião desfavorável a ministros ou à própria corte (igualmente, dois indivíduos que se manifestavam pacificamente na frente da residência do ministro Alexandre de Moraes estão presos até agora; seu crime único crime foi exercer o direito que a constituição, no art. 5º, XVI, lhes outorga — ver <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/05/16/policia-prende-dois-homens-que-fizeram-manifestacao-contr-a-o-ministro-alexandre-de-moraes-em-sp.gh.html>). Se algo no Brasil de hoje se assemelha à Alemanha nazifascista, para lembrar a ridícula comparação feita por Celso de Mello entre o presente momento e o que antecedeu a ascensão do nazismo na Alemanha (ver: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/01/celso-de-mello-ve-semelhanca-entre-brasil-atual-e-alemanha-nazista-e-diz-que-apoiadores-de-bolsonaro-odeiam-democracia.gh.html>) é a atuação do STF no âmbito daquele inquérito, que é um feixe (do latim *fascis*, de onde também se extrai o termo “fascismo”) de inconstitucionalidades.

6 O professor Ives Gandra publicou o artigo “Harmonia e independência entre os poderes?” no portal Conjур em 02.05.2020 (<https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/ives-gandra-harmonia-independencia-poderes>). Um novo artigo, aprofundando o tema, foi publicado pelo jurista em 28.05.2020 também no Conjур (<https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira?imprimir=1>).

signo mais um aspecto quantitativo que qualitativo: **a simples menção a uma intervenção militar**, ainda que seja aquela prevista pela própria Constituição, **excitou mais a bile do que o intelecto** dos seus adversários, e estes são legião. Sobreveio uma enxurrada de artigos⁷, entrevistas e notas de repúdio⁸, condenando, explícita ou implicitamente, o posicionamento de Gandra como uma heresia, uma loucura, um atentado à constituição e à democracia.

Em dois de junho, o Conselho Federal da OAB emitiu um parecer, assinado por seu presidente e pelos advogados Marcus Vinicius Furta-
do Coelho e Gustavo Binenbojm, para marcar um contraponto à posição de Gandra. O documento, que pretende cristalizar o entendimento da classe dos advogados, estrutura-se sob os seguintes ar-

7 O ministro do STF Ricardo Lewandowski publicou em 01.06.2020 na Folha de SP o artigo "A garantia da lei e da ordem em crises de maior envergadura" (<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/06/a-garantia-da-lei-e-da-ordem-em-crieses-de-maior-envergadura.shtml>). Ver também: Thomaz Pereira e Diego Werneck Arguelles, "Intervenção militar é golpe: é só ler a constituição", Portal Jota, 02.06.2020 (<https://www.jota.info/stf/supra/intervencao-militar-e-golpe-e-so-ler-a-constituicao-02062020>); e Conrado Hubner Mendes e Rafael Mafei Rabelo Queiroz, "Não existe 'intervenção militar constitucional'", Folha de SP, 30.05.2018 (<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/05/conrado-huebner-mendes-e-rafael-mafei-rabelo-queiroz-nao-existe-intervencao-militar-constitucional.shtml>).

8 O Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA publicou em 02.06.2020 uma "Nota de Repúdio", afirmando: "A intimidação ao livre exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário, especialmente tendo em conta as recentes agressões aos Ministros do Supremo Tribunal Federal – STF, merecem nossa severa reprimenda. Em nosso sistema constitucional, cabe ao STF o papel de guardião maior da Constituição e atacar seus integrantes é uma afronta à democracia e à ordem jurídica vigente. Igualmente merece nossa repulsa a defesa do fechamento do Congresso Nacional por pessoas e grupos descomprometidos com a democracia brasileira." (disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/nota-de-repudio-ibda-e-os-institutos-estaduais-de-direito-administrativo>). Um dia antes, o Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP conseguiu ir mais longe na alucinação: afirmou em nota que "Mostra-se inquietante tanto a realização de marcha com máscaras e tochas, entoando agressões ao Judiciário e ao Legislativo". O que o IASP omitiu-se de revelar foi onde é que ocorreram tais manifestações, dignas da *Sturmabteilung* nazista.

gumentos: (i) o poder moderador deixou de existir no Brasil com a proclamação da república, donde decorreria a inadequação de pretender que às Forças Armadas coubesse tal papel sob a Constituição de 1988; (ii) a ideia de supremacia da constituição, inerente ao atual regime, repeliria a ideia de um poder moderador, que seria um poder extraconstitucional (ou seja, arbitrário); (iii) os mecanismos de freios e contrapesos previstos pela Constituição de 1988 seriam suficientes para equacionar eventuais conflitos entre os poderes, e a previsão da intervenção das forças armadas representaria uma interferência externa (e por isso inconstitucional) nesse equilíbrio; (iv) a função de “garantia da lei e da ordem”, constante do art. 142 e regulada pela Lei Complementar nº 97/1999, teria hipóteses restritíssimas de utilização, apenas para “graves situações de perturbação da ordem” (fls. 12).

O primeiro aspecto a ser levado em conta na compreensão da intervenção prevista pelo art. 142 é a sua **natureza de mecanismo constitucional de superação de crises**.

As constituições, com as muitas ressalvas que as teorias contratualistas merecem, **assemelham-se a contratos. Explicitam as obrigações e direitos de cada uma das partes contratantes, delimitam os campos da legalidade, da licitude e da ilicitude, e vinculam os sucessores dos contratantes (no caso das constituições, as gerações futu-**

ras). Como todos os contratos, **pressupõem que os mecanismos previstos irão funcionar** como imaginados, **mas** também, em muitos casos, **se prepararam para o pior**: disciplinam a própria crise. Se tais mecanismos forem apropriados às circunstâncias das partes contratantes, a constituição se mantém. Se forem inadequados, os fatos vencem: a ordem constitucional acaba inevitavelmente sendo substituída por uma nova; rescinde-se o contrato anterior e assina-se outro⁹.

A experiência constitucional internacional é pródiga em mecanismos de solução de crise, e eles variam conforme a natureza do problema a ser enfrentado. **Para problemas sociais**, de instabilidade interna ou agressão externa, em que seja necessário suspender temporariamente direitos individuais a bem do interesse público, preveem-se normalmente os **instrumentos excepcionais de restrição de direitos individuais**: a decretação dos estados de sítio, defesa ou emergência, são só alguns exemplos. **Para problemas político-institucionais**, os mecanismos mais comuns são a **dissolução do parlamento** (seguida da convocação de novas eleições) e **o impedimento de agentes políticos** (normalmente o chefe do executivo) e **juízes**.

⁹ O exemplo de sucesso no mundo do constitucionalismo é o dos EUA, cuja constituição, promulgada em 1787 (e com apenas 27 emendas) permanece válida até hoje, sendo um verdadeiro sinônimo da identidade nacional naquele país; o exemplo oposto, da instabilidade, apesar de haver muitos outros, é o da França, que promulgou dezesseis constituições no período entre a revolução (1789) e 1958 — quase uma por década. O Brasil não é o melhor aluno da sala, nem o pior: está no meio do caminho, com oito constituições (até o momento, note-se bem).

Como as tradições jurídicas e a criatividade constitucional variam de país para país, nada impede que outros mecanismos, fora dos moldes mencionados, possam ser previstos. Na constituição do Canadá um mecanismo “heterodoxo” de solução de crises é a chamada “notwithstanding clause”, que permite que as legislaturas federal e provinciais editem legislação contrária à constituição, por um período de cinco anos, renovável por mais cinco (seção 33 da Carta de 1982). Isto significa excluir da apreciação do judiciário (incluindo a corte suprema) matérias relevantíssimas. Caso invoque a *notwithstanding clause*, o parlamento responsável só terá o ônus político de sustentar perante a opinião pública que está contrariando a constituição. Todavia, contra ele nenhuma medida judicial poderá ser aplicada. Apenas para que se tenha ideia da excepcionalidade de tal instrumento, ele nunca foi empregado pelo governo federal, e pouquíssimas vezes pelas províncias. Perto da *notwithstanding clause* canadense, o art. 142 é um brinquedo de criança, e nem por isso alguém terá a coragem de sustentar que aquele país passará por um regime de exceção sempre que o mecanismo for (como tem sido) utilizado.

Analisemos agora os argumentos levantados pela OAB em seu parecer. Quanto ao primeiro e segundo argumentos, a ideia de que o poder moderador seria um poder externo e incondicionado, capaz de se sobrepor e anular os demais po-

deres, **é falsa**. Quem se der o trabalho de analisar a redação da Constituição de 1824 e de pesquisar o seu funcionamento prático no período monárquico verá que **o que caracterizava o poder moderador era a concentração, na figura do monarca, dos mecanismos de superação de crises** (p. ex., dissolução do parlamento, suspensão de juízes processados criminalmente, perdão ou comutação de penas, e anistia) e de alguns poderes que normalmente são do chefe de Estado (p. ex., a nomeação de senadores¹⁰ e suspensão de leis provinciais¹¹). Dito de outro modo, **o poder moderador não era um poder exterior à constituição e superior aos demais poderes: ele era, por definição, um poder constitucional**. Tanto isto é assim que não há notícia de abuso do poder moderador por parte dos nossos dois imperadores; quando se produziu uma crise mais grave, opondo o imperador e a constituição, esta é que prevaleceu (falo naturalmente da abdicação de D. Pedro I). Mas há um fundo de razão em sustentar que o poder moderador não sobreviveu à Constituição de 1824: nenhum dos regimes subsequentes reproduziu os mecanismos de superação de crises que estavam enfeixados no poder moderador, e este não se confunde com a atuação das forças armadas sob o art. 142 da atual constituição.

10 O Senado no Império era o equivalente da Câmara dos Lordes britânica, cuja composição é ainda hoje predominantemente definida por nomeação do monarca.

11 Esta é uma competência comum nos países de estrutura unitária, e não uma particularidade do regime imperial brasileiro.

O terceiro dos argumentos contidos no parecer da OAB, de que os mecanismos de “freios e contrapesos” da Constituição de 1988 seriam suficientes para tratar de eventuais crises, envolve pelo menos dois grandes equívocos. O primeiro é o de querer transportar para o debate constitucional brasileiro o termo “freios e contrapesos”, com a mesma carga semântica que este possui no debate norte-americano. A experiência constitucional dos EUA é tão rica e bem-sucedida que é impossível compará-la com qualquer outra. A constituição americana tem uma importância transcendente naquele país: é parte (talvez a mais importante) da identidade nacional, sendo objeto de uma veneração popular que não possui paralelo em qualquer outra nação. Por que digo isto? Porque o arranjo institucional que se aplica naquela ordem constitucional não é o mesmo que o do Brasil: simplesmente invocar o termo “freios e contrapesos” para transferir ao Brasil o mesmo significado e os mesmos resultados institucionais que se verificam nos EUA é obscurecer a verdade. O segundo equívoco é ainda mais sério: invocar uma ideia abstrata de “freios e contrapesos” para sustentar que as forças armadas seriam um elemento estranho e disruptivo de um equilíbrio estabelecido na Constituição de 1988 é ignorar que o art. 142 é tão constitucional quanto os demais. A intervenção das forças armadas para garantia dos poderes constitucionais é ela própria um ingrediente dos freios e contrapesos

constitucionalmente previstos. Dito de outra forma: o equilíbrio entre poderes na atual constituição leva em consideração necessariamente o conteúdo do art. 142 e não pode ser compreendido sem ele.

Nessa ordem de ideias, é também um erro supor que, ao se reconhecer a força normativa do art. 142, haveria um desequilíbrio em favor do executivo. O **presidente da república é, de fato, o chefe supremo das forças armadas**, e de sua anuência depende a atuação destas para a garantia dos demais poderes. Mas isto não elimina o fato de que **a proteção prevista no art. 142 está disponível a todos os poderes, sem distinção**. Podem invocá-la tanto o legislativo quanto o judiciário. E se injustificadamente o presidente da república se recusar a dar o seu assentimento, cometerá crime de responsabilidade, podendo vir a sofrer impedimento. Quando se analisa a dinâmica do seu funcionamento, resta inevitável a conclusão de que **a intervenção das forças armadas prevista no art. 142 faz parte do equilíbrio institucional desejado pelo constituinte de 1988**.

O quarto argumento é o de que, à luz da Lei Complementar nº 97/1999, que regulamenta o art. 142, **a intervenção militar se limitaria às hipóteses de segurança pública e somente quando ineficazes as forças locais de segurança** (art. 15, §§ 2º a 7º). Isto significa **interpretar a constituição a partir da lei**, o que é **um erro**. Mas há aí também o

equivoco, que de tão primário só pode ser propo-
sital, de identificar a intervenção militar em caso
de impasse entre poderes como uma manifestação
da competência das forças armadas para garantir
a “lei e a ordem”. Isto é evidentemente errado: o
art. 142 assinala três núcleos de competências para
a forças armadas: a defesa da pátria, a garantia
dos poderes constitucionais e a garantia da lei e
da ordem. O núcleo de atribuições que autorizaria
a intervenção militar em caso de invasão inconsti-
tucional de um poder sobre outro é o segundo, de
garantia dos poderes constitucionais, e a hipótese
evidente do seu cabimento é a ocorrência de uma
invasão de um poder por outro(s). Tanto isto é as-
sim que a própria Lei Complementar 97/1999, no
parágrafo 1º do art. 15 prevê genericamente que
“[c]ompete ao Presidente da República a decisão do em-
prego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou
em atendimento a pedido manifestado por qualquer dos
poderes constitucionais, por intermédio dos Presidentes
do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da
Câmara dos Deputados”. É este o dispositivo que
se aplica para uma intervenção para proteção dos
poderes constitucionais, e não os demais parágra-
fos do art. 15 da lei, que fazem referência, por sua
própria redação, à hipótese de garantia da lei e da
ordem.

Por último, um pouco de história cons-
titucional. Num longínquo 05 de maio de 1987 a
subcomissão da Constituinte que tratava do capí-

tulo das forças armadas na nova constituição recebeu dois generais, Euler Bentes Monteiro e Andrada Serpa, que palestrariam sobre o tema do papel das forças armadas na democracia¹². O que importa para nós das discussões ali havidas é o seguinte: os constituintes tinham consciência do papel histórico das forças armadas na garantia da estabilidade das instituições, sobretudo após o advento da república, e com base em tal consciência o que se procurava era garantir que a sua participação no regime a ser instituído pela nova constituição fosse sempre subordinado aos poderes civis¹³. Constitucionalizar a participação das forças armadas foi a maneira encontrada para evitar que rupturas constitucionais ocorressem por iniciativa dos militares: somente assim se poderia evitar um novo regime militar como o que vigorou entre 1964 e 1985. O

12 Toda a discussão de hoje está naquela sessão, registrada em notas taquigráficas. Ver: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anaais/constituente/4b_Subcomissao_Da_Defesa_Do_Estado_Da_Sociedade_E_De_Sua_Seguranca.pdf. Acesso em 06.06.2020.

13 Andrada Serpa defendeu, em sua palestra, que o “papel [das forças armadas] é um só, está na Constituição do Império. As Forças Armadas não são deliberantes, obedecem às autoridades legítimas. Sobretudo, é evidente, está dentro do contexto de que as Forças Armadas são encarregadas da segurança externa, e quando as instituições fracassam, também da segurança interna” (há um erro nas notas taquigráficas: as palavras “externa” e “interna” estão invertidas. Somente do modo como transcrevi o parágrafo é que o trecho se torna condizente com o resto da fala). O relator da comissão, Ricardo Fiúza, concordando com os palestrantes, afirmou que “não se pretende, de forma alguma, alijar as Forças Armadas, até por tradição de uma figura constitucional em defesa das instituições ou qualquer outro título que se deva dar, para evitar extrapolações de interpretação. O básico, o fundamental, de tudo o que se tem dito é que as Forças Armadas deverão estar, sempre e exclusivamente, ao poder civil e à vontade da lei e da ordem. (...) O ponto de vista majoritário é que as Forças Armadas têm um papel relevante na defesa interna, desde que não seja dada a elas a iniciativa nem o arbítrio, nem julgar quando, como e onde deve ser essa intervenção. Isto deve ficar absolutamente submetido ao poder civil” (todos esses trechos estão contidos na Ata da 12ª Reunião Ordinária da Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança, disponível no link acima referido).

conteúdo deste rico debate está disponível para quem se der o trabalho de o consultar.

Entre o originalismo e a técnica da *living tree*, a OAB (e parte da classe jurídica que com ela concorda) preferiu enfiar a cabeça debaixo da terra para não ver nada. Não é esta a melhor solução. É muito mais importante, para a manutenção da atual ordem constitucional, **analisar sem preconceitos o art. 142 e extrair dele o sentido que sirva para garantir o regime democrático**, inclusive de forma a evitar interferências inconstitucionais de um poder sobre o outro — **sobretudo quando tais eventos obstruam a realização da vontade popular. O povo é a fonte do poder que a constituição disciplina e não se pode admitir que um dos poderes possa atuar fora dos limites que lhe são traçados. O judiciário, assim como os demais poderes, não possui a prerrogativa de violar a constituição.**

II - ROMA, WEIMAR E O
BRASIL: COMO SALVAR
UMA CONSTITUIÇÃO?

2.1: ROMA

A história de Roma é comumente dividida, como se sabe, em três períodos distintos: monarquia (753-509 a.C.), república (509-27 a.C.) e império (27 a.C.-476 d.C.). Como a oligarquia romana sofrera terríveis experiências com a monarquia, a instituição do **regime republicano**, centrado no funcionamento de um senado eletivo e dois cônsules (acompanhados de funcionários subalternos, como tribunos, pretores, questores, litores, edis, protomagistrados etc.), exercendo o que hoje seriam as funções legislativa e de governo nos regimes parlamentares, **visava a manter longe do Estado as ameaças que um rei, com poder absoluto e mandato vitalício e hereditário, poderia trazer.**



A história monárquica de Roma havia sido, até o advento da república, tão acidentada que os dois sentidos que Aristóteles identifica no governo de uma só pessoa (se benéfico, *monarquia*; se deletério, *tiranía*) haviam desaparecido: o governo de um era compreendido como sempre e inevitavelmente tirânico, e por isso tinha que ser evitado a qualquer custo.

Isso explica a adoção da república, mas não explica a sua duração por quase cinco séculos: essa longevidade se deveu, sem dúvida, à sabedoria política da elite dirigente romana. Ao regime republicano, período em que Roma conheceu enorme prosperidade e alcançou muito de sua glória, se impuseram desde o início enormes desafios. Inimigos externos, impasses políticos, corrupção, guerra civil: não faltaram ameaças, algumas muito graves, à ordem constitucional republicana. Foi aí que o senso prático romano se manifestou: para salvar a constituição, por vezes era preciso fazer uso da ditadura. Em momentos de comoção, os cônsules escolhiam um magistrado extraordinário (*dictator*), com mandato temporário (normalmente, seis meses) e uma tarefa a desempenhar, que podia ir da garantia da realização de eleições até o estabelecimento de leis e reorganização do Estado¹⁴.

14 No primeiro século da república (século V a.C.), Roma teve treze ditadores; no século IV a.C., foram quarenta e sete; no século III a.C., vinte e quatro; e no século I a.C., dois. Sobre esse número grande de ditadores, chegou-se a cogitar de que o cargo acabava funcionando como um reforço para a atividade do senado e dos cônsules, numa época em que os assuntos de Estado, em razão da expansão imperial de Roma, se tornavam progressivamente mais complexos, exigindo mais braços das camadas dirigentes. De qualquer forma, a função constitucional do ditador e os termos estabelecidos ao

Findo o período (ou finda a tarefa, o que ocorresse antes), o ditador devolvia o poder ao senado e aos cônsules¹⁵, e voltava para casa. O gênio romano estava em transformar uma figura excepcional e *prima facie* alheia ao direito em uma figura institucional e submetida ao regime constitucional.

Como as ameaças, na república romana, eram traduzidas eminentemente em violência, externa ou interna, era comum que o ditador fosse, em primeiro lugar, alguém com estatura militar, que tivesse capacidade para liderar na guerra¹⁶. Daí nasce a ligação entre o poder excepcional do ditador e a direção da força militar. Em Roma, o ditador exercia a direção suprema das forças armadas, o que era absolutamente essencial para o desempenho do cargo. O processo de investidura era, de regra, o seguinte: em caso de um perigo inequívoco e premente, que colocasse em risco a ordem republicana, e que não pudesse ser devi-

exercício do seu cargo permaneciam os mesmos: o exercício temporário de autoridade a fim de preservar a república e sua ordem constitucional em uma situação de emergência. Os dois últimos ditadores (Sula e Júlio César), destoam desse figurino, porque não tinham prazo estabelecido para a ditadura. Embora a ditadura de Júlio César já possa ser considerada uma ditadura soberana, no sentido dado por Carl Schmitt, a de Sula, em nossa opinião, ainda se enquadra na ideia de ditadura comissarial (Sula ficou, como se sabe, dois anos no cargo, renunciando quando considerou que sua tarefa de sanear a república estava completa).

15 Em tese, todo o poder do Estado romano se transferia, no período aprovado para a ditadura, ao ditador, ficando o senado e os cônsules sem função. A prática constitucional, entretanto, foi se transformando: o senado e os cônsules passaram a continuar trabalhando cooperativamente com o ditador, e muitas vezes até assumiam funções designadas por ele. Clinton Walker Keyes explica como isso foi se modificando em: "The constitutional position of the Roman dictatorship", *Studies in Philology*, vol. 14, nº 4, (out. 1917), pp. 298-305.

16 Ver: Karl Loewenstein, *The governance of Rome* (Haia: Martinus Nijhoff, 1973), p. 76. Karl Loewenstein faz um resumo jurídico do sistema de governo romano, baseado grandemente na monumental obra de Theodor Mommsen, *The history of Rome* (4 vols. Cambridge: Cambridge University Press, 2009 – a primeira edição é de 1866).

damente enfrentado pelos magistrados constituídos, quer por questões políticas, quer por limitações jurídicas inerentes a tais cargos, o senado, por iniciativa própria ou dos cônsules, deliberava, em conjunto com esses últimos, sobre a situação, autorizando que se nomeasse um ditador. Não se sabe se a participação do senado era constitucionalmente requerida; o que se sabe é que **formalmente os dois cônsules tinham poderes para, de comum acordo, instituir um ditador**, que não podia ser nenhum deles. A nomeação ficava a cargo de um dos cônsules, e era realizada em uma cerimônia religiosa noturna. Muitas vezes, o escolhido não agradava ao senado — até porque, ocasionalmente, era o senado a própria fonte do problema a ser debelado — mas isto não invalidava a escolha, que era irrevogável¹⁷. O ditador reunia poderes absolutos, mas o prazo para exercê-los era fixo: **seis meses ou no momento em que a tarefa para a qual havia sido escolhido fosse cumprida**, o que ocorresse antes. Talvez o mais correto seja afirmar que o ditador romano não detinha mais que os poderes necessários para enfrentar o problema que ensejou a sua nomeação: ele podia adotar as medidas que considerasse adequadas para resolver o problema. Havia, entretanto, limitações estruturais: ele não podia, por exemplo, realizar guerra de conquista, e dependia do senado para o fornecimento dos recursos necessários às medidas que desejasse ado-

17 Karl Loewenstein, *The governance of Rome* (op. cit.), p. 77.

tar. Dos quase noventa ditadores romanos, não há registro de abuso de poder, nem de tentativas de se realizar um governo pessoal, fora dos moldes constitucionais e, portanto, arbitrário¹⁸.

O caráter constitucional do *dictator* romano e sua imensa importância para a manutenção da ordem constitucional republicana despertaram a admiração dos *founding fathers* americanos. Alexander Hamilton, por exemplo, escreveu n'O Federalista n° 70:

“Há uma ideia, que não deixa de ter defensores, de que um Executivo vigoroso é inconsistente com o gênio do governo republicano. Os esclarecidos simpatizantes desta espécie de governo devem no mínimo esperar que a suposição seja destituída de fundamento, dado que nunca podem admitir a sua verdade sem admitir simultaneamente a condenação dos seus próprios princípios. *A energia no executivo é uma característica principal da definição de um bom governo.* Ela é essencial para a proteção da comunidade contra os ataques do exterior. *E não é menos essencial para sustentar firmemente a administração das leis, para a proteção da propriedade contra essas maquinações irregulares e arrogantes*

18 A única exceção a essa regra pode ser a ditadura de Júlio César, que marcou a transição para o império.

*que por vezes interrompem o curso normal da justiça e para a defesa da liberdade dos empreendimentos e assaltos da ambição, das facções e da anarquia. Qualquer homem minimamente versado na história de Roma conhece a frequência com que essa república foi obrigada a refugiar-se no poder absoluto de um único homem, sob o formidável título de ditador, tanto contra as intrigas de indivíduos ambiciosos que aspiravam à tirania como contra as sedições de classes inteiras da comunidade cuja conduta ameaçava a existência de todo e qualquer governo, e ainda contra as invasões de inimigos externos que ameaçavam conquistar e destruir Roma.”*¹⁹

Hamilton, como se vê, citava a experiência romana para fundamentar a sua visão de que o governo americano deveria ter como um dos pilares um executivo forte, capaz de enfrentar os desafios que sobreviriam à nação então em formação (como sobrevieram, em seu tempo, a Roma). E Hamilton sabia que a experiência romana era perfeitamente compatível com um governo constitucional e democrático.

Quer se tenha consciência dela, quer não, a experiência romana estava, como ainda está,

¹⁹ Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, *O Federalista* (Tradução de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011), pp. 619-620. Grifamos.

no centro no constitucionalismo moderno. J.W. Gough conta como o constitucionalismo britânico procurou enfrentar o problema da necessidade de poderes ampliados (do monarca ou do parlamento) em momentos de crise, através da ideia de lei fundamental (*fundamental law*), um conceito que se alargava (normalmente em tempos de estabilidade) ou restringia (em momentos de ameaça), conforme as necessidades do Estado²⁰. Quando um governo se mostrava tirânico, era o conceito de lei fundamental o usado para limitar a sua atuação (como ocorreu com Charles I, o rei Stuart condenado à morte em 1649). E o parlamento britânico, que nasceu como um tribunal supremo, de tanto exercer o seu poder de aplicar a “lei fundamental” para restringir a atuação do monarca, acabou se transformando, ele próprio, em órgão legislativo com poderes ilimitados, dando origem ao modelo que ficou conhecido como “Westminster”, onde o soberano *de facto* é o parlamento²¹. Ironia das ironias, a lei fundamental, elemento de restrição, foi responsável pelo estabelecimento de um sistema onde o parlamento, teoricamente, pode tudo.

A experiência romana foi também, ao longo dos séculos, reformulada sob o rótulo da *razão de estado*: como garantir a segurança e a sobre-

20 J. W. Gough, *Fundamental law in English constitutional history* (Oxford: Clarendon Press, 1961).

21 Charles Howard McIlwain, *The high court of parliament and its supremacy. An historical essay on the boundaries between legislation and adjudication in England* (New Haven: Yale University Press, 1910).

vivência do Estado, e mais precisamente do bom Estado, e da ordem constitucional de uma sociedade politicamente civilizada? As obras de filósofos e cientistas políticos como Maquiavel, Harrington, Spinoza, Montesquieu, Milton, Locke, Kant e, claro, Hegel, tocam nesse ponto fundamental²². O problema, colocado nessa tradição de pensamento, é o seguinte: como se pode (ou deve) lidar com inimigos declarados de uma ordem constitucional (ou de qualquer ordem constitucional), considerando que esses mesmos inimigos, na qualidade de cidadãos, contam com a proteção da constituição e são, muito especialmente, beneficiários das garantias dos direitos humanos e das liberdades civis básicas? A experiência internacional tem sido, de um lado, a constitucionalização dos estados excepcionais (estados de sítio, emergência ou defesa, além dos dispositivos como o art. 48 da Constituição de Weimar e o art. 142 da Constituição de 1988), e de outro a adoção de legislação proibindo o funcionamento de certas organizações ou partidos, às vezes impedindo os seus integrantes de ocuparem cargos públicos.

Entretanto, o fato de a questão — sob qualquer das formulações acima descritas — continuar ainda hoje em aberto, só confirma o diagnóstico, dos práticos romanos, de que o direito não consegue cobrir todas as circunstâncias da vida

22 Ver: Carl J. Friedrich, *Constitutional reason of state. The survival of the constitutional order* (Providence: Brown University Press, 1957).

política e que alguém, em momentos de perigo, precisa decidir sobre a exceção. O equilíbrio entre *jurisdictio* e *gubernaculum* é sempre precário²³.

23 Ver: Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism – ancient and modern* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1947).

2.2: WEIMAR

A chamada República de Weimar, nome pelo qual ficou conhecida a república que se instalou na Alemanha a partir da derrota do país na primeira guerra mundial (1918), e vigorou até o início do regime nazista (1933), foi um campo fértil para que a experiência romana fosse revivida. A Constituição de 1919 prescrevia, **no art. 48**, o seguinte:

“Artigo 48.

Se um estado deixar de cumprir os deveres que lhe são impostos pela constituição nacional ou pelas leis nacionais, o presidente do Reich pode obrigar o

desempenho com a ajuda das forças armadas.

Se a segurança e a ordem públicas forem seriamente perturbadas ou ameaçadas dentro do Reich alemão, o presidente do Reich pode tomar as medidas necessárias para restaurar a segurança e a ordem públicas; se necessário, com a ajuda de forças armadas. Para o efeito, pode suspender temporariamente, total ou parcialmente, os direitos fundamentais enumerados nos artigos 114.º, 115.º, 117.º, 118.º, 123.º, 124.º e 153.º.

O Presidente do Reich deve comunicar imediatamente ao Reichstag todas as medidas tomadas em virtude do Parágrafo 1 ou do Parágrafo 2 deste Artigo. A pedido do Reichstag, essas medidas devem ser revogadas.

Se houver perigo de atraso, o Ministério do Estado poderá, para seu próprio território, tomar as medidas temporárias indicadas no parágrafo 2. A pedido do Presidente do Reich ou do Reichstag, tais medidas serão revogadas.

Os regulamentos detalhados serão prescritos por uma lei nacional.”

Como se lê a partir do dispositivo, é prevista uma intervenção do presidente do Reich, em duas situações: quando houver, por parte de um Estado, o descumprimento dos deveres que a constituição lhe impõe, ou quando a segurança e a ordem públicas forem perturbadas ou ameaçadas. Em tais hipóteses, o presidente poderá adotar as medidas cabíveis, se necessário com o auxílio das forças armadas. Em um período de intensa instabilidade na vida alemã, os presidentes Ebert e Hindenburg fizeram uso do art. 48 por diversas vezes. O debate constitucional que se colocava na Alemanha, em razão da existência de tal dispositivo, era sobre a extensão dos poderes conferidos ao presidente. De um lado havia os que defendiam que a segunda frase do parágrafo segundo (que enumerava certos direitos fundamentais que poderiam ser total ou parcialmente suspensos) era taxativa (*enumeratio ergo limitatio*), e de outro estava os que consideravam que tal rol só poderia ser exemplificativo. O maior defensor desta segunda posição era Carl Schmitt.

Em uma palestra dada em 1924 na conferência dos Juristas Constitucionais Alemães, em Jena — um documento ainda hoje de fundamental importância para a teoria política e para a teoria da constituição —, Carl Schmitt expôs detalhadamente o seu pensamento, de que tais poderes eram amplíssimos e, salvo algumas exceções, insusceptíveis

de definição prévia²⁴. O primeiro dos argumentos que usa para sustentar essa posição tem a ver com a própria prática do presidente alemão (na época, o único presidente sob a constituição de Weimar tinha sido Ebert), que tomou medidas que interferiam, por exemplo, nos direitos do art. 151 (livre iniciativa) e do art. 105 (que vedava tribunais de exceção), **dispositivos que não estavam referidos expressamente no rol do art. 48**. Da mesma forma, a interferência nos Estados — como a que se produziu na Turíngia e na Saxônia em 1923 — significava uma modificação na própria estrutura federativa do país, atingindo numerosos dispositivos constitucionais (também não referidos na segunda frase do parágrafo segundo). **Isto demonstrava que a aplicação do art. 48 envolvia normalmente o atingimento de outros dispositivos da constituição que não os citados no próprio art. 48**. A segunda linha de argumentos era **lógica**: se o tipo de medida a ser adotada pelo presidente tinha força de lei (e ela tinha que ter), necessariamente a utilização do art. 48 implicava a violação (ou suspensão) do art. 68, que atribuía a produção legislativa ao *Reichstag*. Assim, de duas, uma: **ou o rol da segunda frase do parágrafo segundo era exemplificativo ou então o próprio art. 48 não tinha sentido nenhum**, pois simplesmente não poderia ser aplicado. O ter-

24 Essa palestra foi publicada como um apêndice em: Carl Schmitt, *Dictatorship* (Tradução de Michael Hoelsl e Graham Ward. Cambridge: Polity Press, 2014), pp. 180-226.

ceiro argumento é histórico. Como destaca o próprio Carl Schmitt:

“Prestar atenção à história de suas origens [do art. 48] é de fato algo obrigatório. O fato a que se recorre aqui não deve significar que qualquer uma de suas declarações arbitrárias ou qualquer de seus numerosos protagonistas seja compreendida como vinculante. Especialmente a discussão do estado de exceção mostra, por vezes, uma notável falta de perspectiva constitucional e é frequentemente dominada pelas doutrinas e agendas políticas mais imediatas. Mas o surgimento do texto em sua forma atual e as razões de sua integração na constituição devem ser examinados em seu contexto histórico, para que os comentários sobre as palavras exatas não se percam em um sofisma de tecnicismos linguísticos.”²⁵

Após um exame detalhado dos anais da Assembleia Constituinte que aprovou a constituição de 1919, Schmitt conclui que o art. 48 foi pensado para conferir ao presidente os poderes que fossem necessários para enfrentar ameaças à ordem constitucional, sendo este poder, na verdade, anterior à própria constituição, remontando à Lei da

25 Carl Schmitt, *Dictatorship*, op. cit., pp. 188-189.

Prússia de 1851. Isto também se confirma pelo fato de que os constituintes, em nenhum momento dos debates, condicionaram o exercício, pelo presidente, da competência do art. 48, à edição de lei do *Reichstag*, mencionada na frase final do dispositivo: tratava-se de um poder total e de aplicabilidade imediata. Embora, por si só, a história constitucional não fosse vinculante, ela confirmava, segundo entendia Schmitt, a sua interpretação.

Em seguida, Schmitt trata de integrar a sua interpretação do art. 48 no quadro mais amplo de uma teoria constitucional. O dispositivo, destaca ele, liga-se ao fenômeno da emergência constitucional, que consiste de uma situação “extrema e imprevista”, em que “qualquer órgão do Estado tem o poder de agir *fora* ou *contra* os dispositivos constitucionais, com o objetivo de salvar a existência do Estado e fazer aquilo que a situação concreta requer”²⁶. A emergência constitucional pode não estar prevista na constituição — sendo, nessa hipótese, uma verdadeira *lacuna constitucional* —, ou pode estar. Carl Schmitt, como não poderia deixar de ser, reconhece que o art. 48 se enquadra nesta segunda categoria. Em seguida, trata de compreender o art. 48 sob um outro aspecto teórico relevante: o da soberania. Na concepção *schmittiana*, soberano é quem decide sobre a exceção²⁷. No caso

26 Carl Schmitt, *Dictatorship*, op. cit., pp. 188-189.

27 Carl Schmitt, *Political theology. Four chapters on the concept of sovereignty* (Tradução de George Schwab. Chicago: University of Chicago Press, 2005), p. 5.

das monarquias, o monarca de regra concentra em si a soberania e, com base nesse princípio, mantém latente a possibilidade de reunir na sua pessoa, em momentos extraordinários, o poder que está dividido pela constituição em várias pessoas e órgãos do Estado. A soberania é um poder que nunca consegue ser totalmente abrangido pela constituição. A soberania permite, quando manifestada em seu estado puro, que a própria ordem constitucional seja modificada pela vontade do soberano. Quando um mecanismo, como o art. 48 da Constituição de Weimar, é derivado de uma ordem constitucional e ao mesmo tempo não é remissível a um monarca, não se pode falar então desse sentido puro de soberania, mas de uma soberania mitigada e residual, indissociável da ordem constitucional que a gerou. Em uma república — é esse um dado da modernidade, sobretudo após a Revolução Francesa —, a soberania reside no povo, transferindo-se, no momento fundante de uma nova ordem constitucional, ao corpo de representantes (a Assembleia Constituinte ou equivalente) que institui uma nova constituição. O poder excepcional do presidente sob o art. 48 investe o presidente da condição de soberania não porque ele seja o soberano, mas porque tal condição resulta da vontade do verdadeiro soberano (os representantes do povo reunidos na Assembleia Constituinte).

Por se tratar, assim, de uma soberania “derivada” ou “residual”, a própria constituição

impõe limites ao presidente atuando sob o art. 48. O primeiro, mais óbvio, é o de que ele está autorizado somente a agir para preservar a própria constituição, e não para instaurar outro regime em seu lugar. Seria também, nessa linha, impossível transformar a república de Weimar em uma monarquia (porque isso modificaria a própria essência do regime) ou aprovar outra constituição em substituição à de 1919. Um traço fundamental da concepção de constituição de Carl Schmitt era o reconhecimento de que a constituição não é cada uma de suas normas, mas um conjunto, de onde decorre a afirmação de que partes não essenciais da constituição podem ser eventualmente afastadas, desde que para preservar o seu núcleo essencial. As normas de organização, como as que preveem um parlamento e um judiciário, pertencem a esse núcleo essencial. Daí porque o presidente, com base no art. 48, não poderia fechar o *Reichstag*, nem abolir o judiciário. A democracia pertence também ao núcleo da constituição, por isso o presidente não poderia impedir a realização de eleições ou eliminar o regime representativo. Outro ponto, decorrente da própria redação do art. 48, é que ao presidente caberia tomar as medidas necessárias para enfrentar uma situação excepcional. A ideia de *medida* supunha, na interpretação de Schmitt, que os decretos presidenciais só poderiam ter efeitos concretos, relacionados ao problema a ser enfrentado, não podendo ser assimilados nem

a emendas constitucionais, nem a leis. Como diz Schmitt, “o Código Civil não é uma medida”²⁸. O caráter de concreção de uma medida praticada sob o art. 48 não exclui a possibilidade de que possam constituir mandamentos gerais às demais autoridades públicas e aos indivíduos. O seu caráter de concreção, mesmo quando se tratar de decretos gerais e abstratos, vem da sua ligação instrumental com um problema a resolver. Igualmente, o presidente não pratica atos típicos do judiciário, como sentenças. Assim como ele não é legislador, também não é juiz.

É importante ressaltar que Carl Schmitt, assim como Aristóteles, não comete o erro de qualificar o governo de um (ditadura) como intrinsecamente bom ou mau. Ele sabe que pode ser qualquer um dos dois, a depender das circunstâncias e dos homens. Ele também não comete o erro de opor ditadura e democracia. Ele sabe que a toda democracia se origina de uma ditadura (que eram os representantes das treze colônias americanas encarregados de elaborar uma constituição senão os componentes de uma ditadura soberana?), e que muitas vezes a democracia só pode ser salva por uma ditadura. Desta compreensão dialética da ditadura surge a sua compreensão dos dois tipos de ditadura: a chamada *ditadura comissarial* e a *ditadura soberana*. Ditadura comissarial é a ditadura que se destina à salvação de uma ordem

28 Carl Schmitt, *Dictatorship*, op. cit., p. 215.

constitucional preexistente. Schmitt via no *dictator* romano o exemplo clássico desta modalidade. *Ditadura soberana* é a ditadura revolucionária (como a “ditadura do proletariado” ambicionada pelos marxistas), que se destina não a salvar uma ordem constitucional, mas a instituir outra em seu lugar. Ambas, a ditadura soberana e a ditadura comissarial, são por definição *estados transitórios*. A ditadura soberana acaba quando a ordem constitucional destinada a substituir a anterior se instala. A ditadura comissarial, a seu turno, acaba quando a missão a ela assinalada é cumprida.

É comum, sobretudo entre aqueles que não conhecem a fundo o pensamento de Carl Schmitt, nem tampouco os detalhes históricos daquela época eletrizante da história alemã, associar o art. 48 à ascensão do regime nazista. Na verdade, Schmitt e outras pessoas tentaram, enquanto havia tempo, convencer Hindenburg a utilizar o art. 48 para combater os dois grupos extremistas que ameaçavam a república de Weimar — os nazistas e os comunistas —, mas sem sucesso²⁹. Se falha houve, foi em não empregar o dispositivo para enfrentar uma situação evidentemente emergencial. A queda da república de Weimar foi precipitada pelo incêndio do *Reichstag* e pela inacreditável autodissolução do parlamento, por meio da aprovação da infame Lei Habilitante de 1933, que permitiu que

29 Ver: Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism* (Durham e Londres: Duke University Press, 1997), cap. 4.

o governo federal legislasse e mesmo contrariasse a constituição. A situação piorou mais ainda quando, após a morte de Hindenburg em 1934, foram fundidas, na prática, as figuras de chanceler e presidente na pessoa do *führer*, e o resto todos conhecem. Todos esses eventos não têm nada a ver com o art. 48. O regime nazista consubstanciou, se se deseja adotar a terminologia schmittiana, uma *ditadura soberana*, mas não uma *ditadura comissarial*, a única que era permitida pelo art. 48.

2.3: O BRASIL

Dispõe o art. 142, *caput*, da Constituição Federal de 1988:

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

§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

(...)”³⁰

Quem lê o art. 142 da Constituição Federal depois de ter lido o art. 48 da Constituição de Weimar identifica imediatamente a semelhança de redação e de espírito entre ambos. Em ambos se prevê a atuação do presidente, em conjunto com as forças armadas, para “restaurar a segurança e a ordem públicas” (Alemanha) ou para a “defesa da Pátria”, a “garantia dos poderes constitucionais” e “da lei e da ordem” (Brasil). Vistos, tais dispositivos, sob o ângulo do cabimento, a Constituição de 1988 é mais generosa quando trata da atuação fundada no art. 142: são abarcadas praticamente todas as hipóteses imagináveis de ameaça à ordem constitucional; ao passo que, no art. 48 da Constituição de Weimar, o cabimento se restringe a ameaças à segurança e ordem públicas. De modo geral, pode-se dizer que o constituinte de Weimar se preocupava sobretudo com a segurança física das pessoas, com as ameaças de guerra civil, ao passo que o constituinte brasileiro de 1988 se preocupa com a segurança física e jurídica dos indivíduos: caberá atuação fundada no art. 142 quando a constituição

30 O dispositivo contém ainda três parágrafos e doze incisos, que dizem respeito ao funcionamento e disciplina interna das forças armadas, matérias que não interessam para o debate que se faz aqui. Grifos nossos.

for ofendida quer por atos de violência física, quer por atos de violência jurídica (a ênfase, inclusive, nos parece maior neste último aspecto). Em ambos os dispositivos se prevê que uma lei do parlamento deverá ser editada para tratar do assunto (voltarei a este tópico abaixo).

Outro ponto de semelhança é que o protagonismo, em ambos os casos, não é das forças armadas, mas, sim, do presidente. É a ele que cabe agir, tanto nas hipóteses do art. 48 quanto nas do art. 142. Isto, de certa forma, contraria o entendimento corrente no Brasil, tanto dos que defendem algum sentido no art. 142 quanto daqueles que o negam, de que se trataria de uma “intervenção militar”. Na verdade, conforme demonstrado na primeira parte, o objetivo declarado daqueles que fizeram a Constituição de 1988, como se verificam dos debates registrados nos anais da Assembleia Nacional Constituinte, era impedir que se produzisse uma ação militar autóctone e autodirigida. Para se evitar episódios como o do regime militar (1964-1985), a ideia foi constitucionalizar a atuação das forças armadas, mantendo-a sempre submetida à autoridade (civil) do Presidente da República, eleito pelo povo. Só esta razão já seria suficiente para afirmar que o sujeito ativo, o verdadeiro protagonista do art. 142 é o Presidente da República, e não as forças armadas isoladamente, ou os seus dirigentes.

Há, claro, uma diferença fundamental entre ambos os dispositivos: ao contrário da constituição alemã de 1919, a brasileira de 1988 não prevê expressamente que o presidente poderá “adotar as medidas cabíveis”, nem contém um rol de dispositivos constitucionais que poderão ser suspensos, nem muito menos disciplina o *aftermath* (no caso alemão, a ratificação dos atos do presidente pelo *Reichstag*). Isso quer dizer que o dispositivo brasileiro seria ineficaz? A meu ver, não, muito pelo contrário. Em primeiro lugar, porque o art. 142 deve ser compreendido — assim como o seu congênere alemão — no contexto constitucional mais amplo: trata-se de um dispositivo que disciplina a exceção. Como insistentemente ensina Carl Schmitt, o direito (e, portanto, a constituição) não é capaz de prever todas as circunstâncias da realidade e funciona segundo a lógica do *rebus sic stantibus*: aplica-se apenas enquanto mantidas as condições de “temperatura e pressão” inerentes a cada norma. Assim é que a parte da constituição que se aplica à normalidade pode ser detalhada o quanto se queira e se aplicará enquanto as situações do mundo real se mantiverem, até certo ponto, “normais”. Quando se está falando da exceção, toda enumeração será meramente exemplificativa, porque é própria da situação excepcional a imprevisibilidade. Em uma situação de normalidade, a postura do Estado é ativa: a produção normativa se impõe para toda a sociedade, que a vai cumprir

ou desrespeitar (mas mesmo o desrespeito será uma afirmação da normalidade). Na exceção, a postura do Estado é reativa: são condutas da sociedade (por exemplo, mediante uma guerra civil) ou das autoridades integrantes do Estado (por meio de ações inconstitucionais para as quais os meios constitucionais de solução, como, p. ex., o impeachment, não foram suficientes) que deflagram o poder de agir do Estado. Porque essas ameaças são multifárias, a reação do Estado — isto é, as medidas que poderão ser tomadas durante a exceção — também será multifária. Um dispositivo que não indique *numerus clausus* quais as medidas cabíveis no tratamento da exceção consubstancia, do ponto de vista da técnica legislativa, uma solução muito superior à de um dispositivo que contenha muitas limitações ou condições ao exercício das competências nesta seara. Com isto quero dizer que os debates havidos na Alemanha sobre a extensão dos poderes do presidente sob o art. 48 da constituição de Weimar são totalmente inaplicáveis ao Brasil, porque no Brasil não pode haver dúvida sobre a sua extensão. Se se admite que o art. 142 tem como escopo garantir a sobrevivência da ordem constitucional democrática, o corolário dessa afirmação será admitir que o agente encarregado dessa tarefa — no caso, o presidente, com o apoio das forças armadas — tem necessariamente os poderes suficientes para dar conta da ameaça, estando autorizado a praticar *todas* as medidas consideradas

necessárias (observadas as limitações estruturais, adiante referidas). O rol das competências do presidente da república não está limitado no art. 84 da Constituição de 1988; aliás, é o próprio inciso XXVII daquele artigo que estabelece que cabe ao presidente da república “exercer outras atribuições previstas nesta Constituição”. **A atuação, nas hipóteses do art. 142, é uma dessas atribuições do presidente da República.**

Tanto no caso alemão quanto no caso brasileiro, previa-se a edição de lei para disciplinar o tema. Na Alemanha, como se viu, a discussão se concentrava em saber se até o advento da lei do Reichstag, o presidente podia fazer uso do art. 48 ou não (a prática dos presidentes, aceita pela classe política, confirmava a resposta positiva). No Brasil, porque não temos precedente de uso do dispositivo, essa discussão não tem cabimento. Ademais, considerando que, no caso brasileiro, foi editada lei para tratar do assunto (a Lei Complementar nº 97/1999), o que cabe investigar é se tal diploma de alguma forma restringe a aplicação do art. 142, impedindo que ele possa ser usado pelo Presidente da República com o objetivo de preservar a ordem constitucional. Em artigo anterior, sustentei que a **Lei Complementar nº 97/1999 não contém qualquer restrição às hipóteses de cabimento fixadas no art. 142, caput, da Constituição:**

“O quarto argumento é o de que, à luz da LC 97/1999, que regulamenta o art. 142, a intervenção militar se limitaria às hipóteses de segurança pública e somente quando ineficazes as forças locais de segurança (art. 15, §§ 2º a 7º). Isto significa interpretar a Constituição a partir da lei, o que é um erro. Mas há aí também o equívoco, que de tão primário só pode ser proposital, de identificar a intervenção militar em caso de impasse entre poderes como uma manifestação da competência das forças armadas para garantir a “lei e a ordem”. Isto é evidentemente errado: o art. 142 assinala três núcleos de competências para a forças armadas: a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais e a garantia da lei e da ordem. O núcleo de atribuições que autorizaria a intervenção militar em caso de invasão inconstitucional de um poder sobre outro é o segundo, de garantia dos poderes constitucionais, e a hipótese evidente do seu cabimento é a ocorrência de uma invasão de um poder por outro(s). Tanto isto é assim que a própria LC 97/1999, no parágrafo 1º do art. 15 prevê genericamente que “[c]ompete ao Presidente da República a decisão

do emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por qualquer dos poderes constitucionais, por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados”. É este o dispositivo que se aplica para uma intervenção para proteção dos poderes constitucionais, e não os demais parágrafos do art. 15 da lei, que fazem referência, por sua própria redação, à hipótese de garantia da lei e da ordem.”³¹

E mesmo se a Lei Complementar nº 97/1999 pretendesse veicular qualquer limitação às hipóteses de cabimento do art. 142, ela seria, nesse particular, inconstitucional, porque o âmbito de regulamentação que o Constituinte de 1988 deixou ao legislador é meramente operacional: o parágrafo 1º do art. 142 estabelece que a lei complementar a ser editada tratará das “normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas”. Trata-se, como se vê, de campo muitíssimo mais restrito — operacional, mesmo —, que não pode afetar nem as hipóteses de cabimento (defesa da pátria, garantia dos poderes constitucionais e garantia da lei e da ordem), nem tampouco a autoridade suprema do

31 Amauri Saad, “Mecanismos constitucionais de superação de crises - Quem tem medo do art. 142 da Constituição?”, op. cit.

Presidente da República sobre as forças armadas, tais como estabelecidos pelo *caput* do art. 142.

O Supremo Tribunal Federal, na ADI 6457-DF (rel. min. Luiz Fux), enfrentou o tema da interpretação a ser dada à Lei Complementar nº 97/1999. Em medida cautelar proferida em 12.06.2020, o ministro relator assim se pronuncia:

“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 se verifica dos seus termos, a decisão busca reduzir a aplicabilidade do art. 142 à hipótese de manutenção da lei e da ordem em situações multitudinárias, o que significa, na prática, esvaziar um mecanismo de solução de crises querido pelos Constituintes de 1988. Ao interpretar dispositivos da Lei Complementar nº 97/1999, o STF pretende reescrever o art. 142, o que não é possível. Como pretender, como se faz na decisão, que a decisão de intervenção do Presidente da República para a defesa dos poderes “não pode ser exercida contra os próprios Poderes entre si”, se, juridicamente, um poder constitucional só pode ser ameaçado pela atuação abusiva ou inconstitucional de outro poder constitucional? Como sustentar que a “chefia das Forças Armadas é poder limitado”, se é a própria razão de ser do art. 142 dotar o Presidente da República de todos os poderes necessários para salvar a própria Constituição? Essas terríveis inconsistências, que denotam uma total incompreensão do significado mais amplo do art. 142 no arranjo de poderes da Constituição Federal, por si sós já tornariam tal decisão inaplicável. Mas há um problema mais grave, e que não pode ser ignorado: na sistemática da Constituição de 1988, não é o STF que decide sobre a exceção; essa competência, nos termos do art. 142, *caput*, é do Presidente da República. O STF não é o soberano. Por essa razão — tão singela quanto importante — a decisão proferida na medida cautelar da

ADI 6457-DF é não apenas inconstitucional como juridicamente inexistente. Ela invade um território não sujeito à jurisdição da corte.

Se, então, o art. 142, *caput*, permite que o Presidente da República, na qualidade de chefe supremo das forças armadas, decida sobre a exceção e adote todas as medidas cabíveis para promover a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais e a garantia da lei e da ordem, **existiriam limitações a tal atividade?** Sim, como o poder previsto no **art. 142 destina-se à garantia da própria Constituição**, o Presidente da República não pode ultrapassar limites estruturais. O primeiro deles é o mais óbvio: **o Presidente não pode substituir a Constituição Federal de 1988** por outra ou emendá-la por decisão sua. Segundo, o princípio democrático: o Presidente da República **não está autorizado a abolir as eleições**, ou a não realizar eleições nos prazos legalmente estabelecidos, ou ainda **abolir cargos eletivos previstos na Constituição de 1988**. O terceiro limite é o da forma federativa de Estado: **o Presidente não pode alterar competências da União, Estados e Municípios**, nem tampouco abolir ou criar entes federativos. O quarto: o Presidente **não pode abolir direitos e garantias individuais** (excetuando-se as medidas necessárias para o enfrentamento da emergência e o retorno à normalidade).

Como, então, operacionalizar o art. 142?

O ato próprio do Presidente da República é o decreto. As medidas necessárias para atuar com base no art. 142 da Constituição devem, em nossa opinião, ser veiculadas por decreto autônomo (isto é, decreto fundado diretamente na Constituição). Como já explicamos, as forças armadas não são o sujeito ativo do art. 142; elas não praticam atos jurídicos, não praticam “atos institucionais”, não atuam autonomamente. A única contribuição das forças armadas é a garantia das ações do Presidente da República com o uso da força, se necessário. Todos os atos jurídicos para cumprimento do art. 142 são praticados pelo Presidente da República.

Um dispositivo como o art. 142 da atual Constituição tem como hipóteses de cabimento situações extremas. Imagine-se que um órgão do judiciário, contra o que estabelece o art. 5º, XXXIX, da Constituição, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, institua, por decisão sua, um tipo penal, usurpando competência privativa do Congresso Nacional, e que este não aja para defender a esfera de poder que o Constituinte de 1988 lhe outorgou. Imagine-se também o caso em que um tribunal passe a investigar, processar e julgar casos em que os seus próprios integrantes sejam “as vítimas”, passando por cima de garantias básicas como as do devido processo legal, do juiz e promotor naturais, e do contraditório e ampla defesa (art.

5º, LIII, LIV e LV). **Imagine-se** o caso teratológico em que **um tribunal institua censura sobre indivíduos**, negando-lhes o acesso a redes sociais e outras formas de comunicação, violando a um só tempo o direito à liberdade de consciência e expressão (art. 5º, IX) e as garantias de todas as formas de comunicação social contra “qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (art. 220, §2º). **Imagine-se que** **um poder, deliberadamente, se coloque contra outro poder**, praticando atos cuja única finalidade é extraviar o exercício das competências privativas deste último, violando assim o mandamento constitucional de independência e harmonia entre os poderes (art. 2º). **Imagine-se**, ainda, que **o poder ao qual compete servir de contrapeso ao poder que se desvie de suas atribuições** (praticando qualquer dos atos extremos e inconstitucionais relacionados nos exemplos acima deduzidos), se abstenha de empregar as suas prerrogativas, renunciando à própria competência também quanto a este aspecto (um exemplo seria **o Senado se abster de realizar o processo de impeachment contra ministro do STF** que tenha extrapolado de suas funções e violado a Constituição). **Imagine-se**, por último, que **um poder se declarasse o “editor de um país inteiro, de uma nação inteira, de um povo inteiro”**, e, **ato-contínuo**, instituisse um “programa de combate à desinformação”, que inclui, entre outras medidas, a monitoração de redes sociais para detecção de “discurso de ódio”, a “alfabetização

mediática” e a produção de conteúdo que gere “engajamentos positivos” sobre tal poder, desconsiderando os dispositivos da Constituição que, como se viu acima, vedam qualquer tipo de censura e consagram a liberdade de consciência e expressão. Imagine-se, enfim, um cenário em que todos os exemplos acima estejam presentes, concomitantemente. Se cada uma dessas situações hipotéticas já se enquadraria, isoladamente, nas hipóteses do art. 142, com muito mais razão o seu conjunto justificaria uma atuação do Presidente da República fundada em tal dispositivo.

Caso o Presidente da República desejasse agir com base no art. 142 para enfrentar tal problema (que ofende a um só tempo o funcionamento dos poderes e a lei e a ordem, colocando em risco mesmo a integridade nacional), ele poderia, por exemplo, expedir decreto autônomo determinando à Polícia Federal que se abstenha de cumprir ordens de prisão, ou de busca e apreensão, ou mesmo outros atos de instrução de inquéritos manifestamente inconstitucionais. Como é sabido, o poder judiciário não possui meios para fazer cumprir suas decisões; ele precisa da estrutura administrativa do poder executivo. A suspensão do cumprimento de decisões inconstitucionais do STF com base no art. 142 seria, nessa linha, plenamente cabível à luz das competências que o dispositivo outorga ao Presidente da República.

Ocorre que, mesmo nessas situações, o problema, ao invés de se resolver, tenderá a se agravar. Em artigo publicado recentemente na imprensa, o STF, falando pelo ministro Ricardo Lewandowski, deixou claro que, caso o presidente se utilize das competências do art. 142, contra ele se voltará a artilharia do STF e do Poder Legislativo, numa guerra institucional que só vai terminar quando o Presidente estiver preso³². Nessas circunstâncias, a medida considerada adequada pelo Presidente da República poderá ser a remoção de um ou mais ministros do STF, desde que o órgão continue funcionando.

E nessas circunstâncias, alguém poderá perguntar: e o devido processo legal? O ministro eventualmente removido não terá direito ao devido processo legal como condição para a perda do cargo? A própria pergunta já demonstra que quem nutre esse tipo de dúvida não entendeu bem o escopo e a função constitucional do art. 142: a exceção é um momento de imprevisão constitucional, onde as soluções normais para situações normais não se aplicam — *porque não se trata de uma situação normal*. Haverá direito ao devido processo legal se o Presidente, no seu decreto, assim o estabelecer, e a perda do cargo será sumária, se ele assim o decidir.

32 “Intervenção armada: crime inafiançável e imprescritível”, Folha de SP, 28.08.2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2021/08/intervencao-armada-crime-inafiancavel-e-imprescritivel.shtml>. Acesso em 05.09.2021.

Por isso, condutas de um poder que abertamente contrariem a Constituição e o Estado de Direito abrem as portas para o imponderável: e **no momento em que o imponderável se instala, aquele que contribuiu para erodir a ordem constitucional não pode pretender exigir a sua proteção.** *Nemo auditur turpitudinem allegans.*

Quanto à **responsabilização do Presidente da República** pela atuação fundada no art. 142, cumpre fazer algumas observações. O princípio da responsabilidade dos agentes públicos depende da existência de norma anterior que defina a sua conduta como antijurídica ou irregular. Daí porque adoto um conceito de controle da administração pública como uma atividade de verificação de juridicidade³³. Como o art. 142 prevê uma atuação excepcional, isto é, fora da disciplina normal da Constituição de 1988, não há normas que sirvam de padrão de comportamento e, portanto, **não há, em princípio, responsabilização criminal ou civil do Presidente da República.** **Somente se este ultrapassar os limites estruturais da Constituição de 1988, conforme acima descritos, é que se poderá cogitar de responsabilização.**

O art. 142 da Constituição de 1988 abre ao Presidente da República um leque de opções de ação possíveis com vistas à preservação da ordem constitucional. **Considerando o cenário atual,** al-

³³ Ver o meu: *Do controle da administração pública* (São Paulo: IASP, 2017).

guns desdobramentos são previsíveis, em caso de utilização do dispositivo. O primeiro é o de reação do STF e do Congresso Nacional, neste caso mediante processo de *impeachment*. O art. 142 oferece os elementos necessários para enfrentamento dessas reações. Um outro cenário seria a desobediência das forças armadas ao Presidente da República. Neste caso, os fatos vencem: a última *ratio* para a salvação da Constituição de 1988 não terá condições de sucesso e o que se sucederá será a instalação de uma nova ordem constitucional, dirigida por aqueles que destruíram a atual, ainda que a própria Constituição de 1988 seja, para todos os efeitos, mantida, já desprovida de todo o seu conteúdo originário.