



O poder moderador no Brasil atual: o papel da Corte Constitucional

The moderating power in today's Brazil: the role of the Constitutional Court

El poder moderador en el Brasil de hoy: el papel del Tribunal Constitucional

 DOI: <https://doi.org/10.17655/rdct.2022.e0003>



Eduardo Chow de Martino Tostes ¹

 Universidade Federal Fluminense – RJ, Brasil

 <http://lattes.cnpq.br/0094941908335032>

 <https://orcid.org/0000-0002-7883-8933>

Edson Alvisi Neves ²

 Universidade Federal Fluminense – RJ, Brasil

 <http://lattes.cnpq.br/4365336507069113>

 <https://orcid.org/0000-0002-4584-3242>

Pedro Henrique de Paula Morais ³

 Universidade Federal Fluminense – RJ, Brasil

 <http://lattes.cnpq.br/1343248487307338>

 <https://orcid.org/0000-0001-5654-2237>

1 Doutor. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. | Email: eduardo_tostes@id.uff.br

2 Universidade Federal Fluminense. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Universidade Gama Filho, Universidade de Vigo | Email: edson.alvisi@gmail.com

3 Mestrando da Universidade Federal Fluminense. Advogado. | Email: pedro.henrique.morais@outlook.com

RESUMO:

Este trabalho busca debater o porquê do ressurgimento da ideia de poder moderador no Brasil atual. Buscaremos entender a ausência do sentimento de nação e unidade do povo brasileiro, à luz de iniciativas que surgem para tentar traduzir e responder a estes anseios sociais. Em especial, o papel do Judiciário, do Supremo Tribunal Federal, em se avocar na posição de um poder moderador dos demais Poderes da República do Brasil. O debate acerca da separação dos poderes, da teoria do Direito e fundamentos inerentes a uma sociedade pautada em uma norma maior que pugna pelo respeito ao Estado Democrático de Direito serão algumas das hipóteses de observância obrigatória no presente texto. Traçaremos, ao final, preocupações e considerações que o sistema de um ativismo judicial, acima dos demais poderes constituídos, pode resultar.

PALAVRAS-CHAVE:

Poder moderador. Superior Tribunal Federal. Ativismo judicial. Teoria do Direito. Nazismo. *Rule of law*

ABSTRACT:

This paper seeks to discuss the reason for the resurgence of the idea of moderating power in Brazil today. We will try to understand the absence of the feeling of nation and unity of the Brazilian people, in the light of initiatives that arise to try to translate and respond to these social anxieties. In particular, the role of the Judiciary, the Federal Supreme Court, in claiming the position of an arbitrator power of the other powers of the Republic of Brazil. The debate about the separation of powers, the theory of law, and foundations inherent in a society based on a greater norm that strives to respect the Democratic State of Law, will be some of the hypotheses of mandatory compliance in this text. In the end, we will draw on concerns and considerations that the system of judicial activism, over and above the other constituted powers, can result.

KEYWORDS:

Power moderator. Federal Supreme Court. Judicial activism. Law theory. Nazism. Rule of law

RESUMEN:

Este trabajo busca debatir el por qué del resurgimiento de la idea de poder moderador en el Brasil actual. Buscaremos comprender la ausencia de un sentimiento de nación y de unidad entre el pueblo brasileño, a la luz de las iniciativas que surjan para tratar de traducir y responder a estos deseos sociales. En particular, el papel del Poder Judicial, del Supremo Tribunal Federal, al evocar la posición de poder moderador de los demás Poderes de la República del Brasil. El debate sobre la separación de poderes, la teoría del Derecho y los fundamentos inherentes a una sociedad basada en una norma mayor que busca el respeto al Estado Democrático de Derecho serán algunas de las hipótesis que deberán observarse en este texto. Al final, esbozaremos preocupaciones y consideraciones que puede generar el sistema de activismo judicial, por encima de otros poderes constituidos.

PALABRAS CLAVES:

Poder moderador. Tribunal Superior Federal. Activismo judicial. Teoría del Derecho. Imperio de la ley.



1. Introdução

O presente trabalho consiste em uma reflexão sobre a situação atual da sociedade brasileira, à luz da ausência de um sentimento de nação do povo brasileiro, em uma busca por um símbolo de unidade e coesão nacional e o suposto papel da Corte Constitucional brasileira em uma conduta supostamente moderadora para este fim.

O objetivo inicial deste estudo consistiu em uma análise da forma de justificação e legitimação do papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional do Brasil, como um poder moderador, acima dos demais Poderes da República, de modo a produzir um símbolo de exemplo, inspiração e união dos brasileiros sob a tutela deste guardião da Constituição.

Se o ponto de partida é empírico-descritivo, por sua vez, o presente trabalho não abdicou da reflexão sobre possíveis cenários e potenciais soluções para as distopias da experiência contemporânea.

Em termos de questões pesquisadas (*research questions*), nosso trabalho investiga o porquê do ressurgimento da ideia de poder moderador no Brasil atual. Buscaremos entender a ausência do sentimento de nação e unidade do povo brasileiro, à luz de iniciativas que surgem para tentar traduzir e responder a estes anseios sociais.

A solução desta questão acarreta necessariamente na identificação de hipóteses a serem desenvolvidas neste texto. Buscaremos traçar as características de um poder moderador, narrando, sucintamente, a experiência brasileira sobre a temática, no período imperial até a presente data. Desenvolveremos o texto buscando compreender como a ausência do sentimento de unidade e nação brasileira fundamentam, ao longo de nossa história, iniciativas de concentração de poder. Nesta pesquisa, dar-se-á um enfoque nas iniciativas atuais do Brasil, ao se verificar atos, decisões e discursos em prol de elevação do Supremo Tribunal Federal a um papel de poder moderador na República do Brasil. Traçaremos, ao final, preocupações e considerações que o sistema de um poder acima dos demais poderes constituídos, pode resultar, em um caminho ao oposto ao Estado

Democrático de Direito. E, finalmente, procuraremos delinear as concepções filosóficojurídicas subjacentes aos dispositivos legais, situando-as no âmbito do debate atual entre a teoria do Direito, concepção de democracia, exercício de poder, em uma visão crítica discursiva.



2. O poder moderador no Brasil atual

Antes de iniciarmos o debate acerca dos poderes (ou funções) previstos em nossa estrutura dada pela Constituição de 1988, importante observarmos que o modelo de um quarto poder, em paralelo e acima dos demais três poderes clássicos (executivo, legislativo e judiciário) já foi uma realidade em nossa história brasileira.

A noção e o conceito do poder moderador, como um poder neutro, acima dos demais poderes, para além dos conflitos sociais, com a aptidão de intervir as grandes crises como um juiz e espectador da realidade social foi importada da literatura francesa para o direito positivo brasileiro durante o Império (Vasconcellos, 1862).

Este poder moderador, ou poder real, tem sua origem marcada pela iniciativa dos liberais franceses que encontrou eco na história brasileira. Em especial, na Constituição de 1824⁴. Foi a institucionalização de um poder acima dos demais poderes, como podemos perceber das competências que lhe foram outorgadas pela Carta Imperial⁵.

4 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 Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

5 Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador I. Nomeando os Senadores, na forma do Art. 43.
II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Império.
III. Sanccionando 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.

Uma criação doutrinária oriunda da Revolução Francesa de 1789, fruto de reflexões de Sieyès (1789) e de Benjamin Constant (1815). Preocupados com a anarquia social e a perda de território ante o fim de um poder central reconhecido pela população, como a figura do Rei escolhido por Deus (Van Caenegem, 2009).

A ideia de um poder acima dos demais poderes, com o fim de se tutelar a estrutura e a normatividade dos demais poderes, foi muito bem resumida por Lynch (2005) como um órgão superior aos demais poderes constituídos, encarregado de exercer sobre os atos por eles praticados um controle de constitucionalidade estrutural ou normativo.

Trata-se de um modelo de repartição de poderes não na forma preconizada por Montesquieu, mas, com uma feição com um intuito de equilíbrio entre estes, como podemos observar das lições de Carvalho e Gileno (2018).

Contudo, devemos lembrar que o momento histórico brasileiro era outro. A discussão entre a manutenção de uma monarquia ou a instituição de uma república, a fragmentação do território nacional com diversas guerras de secessão, a ausência de um sentimento nacionalista que unisse a todos sob o mesmo olhar, o sentimento de pertencimento, de nação brasileira ainda era muito frágil. Não por outros motivos que se verifica correta a afirmação de que, “ao longo do Império, foi pela autoridade do Poder Moderador, com seus amplos poderes, que se manteve a unidade nacional, as fronteiras da nação brasileira, bem como sua expansão.” (Toffoli, 2018, p. 119)

O perigo político e econômico para as elites dominantes da época (e atuais) revela como a necessidade de manter seus domínios/atividades são estado-dependentes desde a antiguidade. Com muito acerto, a conclusão de Edson Alvisi Neves (2008, p. 122) ao constatar que “O sucesso dos negociantes estava dependente, justamente, da sua habilidade de se inserir na engenharia do poder público [...]”. Fato que ocorre e se repete desde os tempos do Brasil Império.

Os debates acerca do melhor modelo de estado, entre os liberais e os conservadores, entre os republicanos e os monarquistas, foram deixados de lado quando do risco real, entre os dois reinados, de caos, anarquia e o perigo de

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

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

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

fragmentação de todo o território brasileiro, como acabou ocorrendo nas colônias espanholas na América do Sul (Uruguai; Carvalho, 2002).

O sentimento de nação já era observado como de suma importância no Brasil, a fim de manter sua unidade territorial. Trata-se, este, pois, de um dos subterfúgios para a volta da monarquia, como sentimento e símbolo unificador ao povo, no segundo reinado, após a falha e quase fragmentação ocasionada pelo rompimento estrutural causado durante o período de regência.

A necessidade de um símbolo da nação, apto a dar unidade e confiança ao povo (pertencimento), foi uma visão, por mais instrumental que seja, por mais estratégica que seja a relação nesta relação interpessoal entre governantes e governados, em uma clara objetificação do sujeito destinatário da ação comunicativa (Habermas, 1992), revelou-se, ao longo da história, como fundamental para a união e coesão social no território brasileiro.

Atravessamos o período monárquico, e observamos no período republicano também o debate na doutrina acerca desta necessidade de um órgão superior, acima de todos os poderes, apto a transmitir a confiança e a unidade da nação brasileira no território nacional. Com uma visão exacerbada da função do Exército Brasileiro para este fim moderador nas crises republicanas, isto é, exercendo o papel que a Coroa desempenhava no Império, resolvendo as crises políticas mais sérias, aquelas que se diriam crises de regime ou de Estado (...) (Ferreira, 1988, p. 124).

A cultura política da nação, diante do fracasso da proposta do STF como poder moderador, busca nas bases e nos oficiais das Forças Armadas a captura do poder (Toffoli, 2018)

O tempo passa e parece que continuamos com o medo da ausência de união, de falta de um sentimento de nação, de pertencimento, necessitando o povo de uma tutela de um poder acima dos demais poderes, um poder moderador, acima do bem e do mal, ante o fracasso do cumprimento dos programas constitucionais, sejam eles de ordem social, econômica ou do medo da insegurança pública.

Neste vácuo de harmonia e estabilidade social, alguns podem entender a necessidade de ocupação deste poder acima dos demais. Poder este agradável, com uma utilidade necessária para a nação, sem o qual, estaríamos fadados ao caos, à desintegração nacional, à insegurança generalizada. Pode-se cair na tentação de enxergar no Supremo Tribunal Federal o titular deste poder moderador

em nossa república atual, como afirmado por Toffoli que, enquanto os militares estão na caserna, vejamos concretamente algumas atuações do STF que demonstram sua assunção, mesmo que inconsciente ou timidamente, do Poder Moderador (Toffoli, 2018). Não raro observamos ministros do Supremo Tribunal Federal elevando a função desta Corte a de um Poder Moderador, como amplamente divulgados os discursos na mídia nacional ⁶.

Imiscuir-se como um Poder Moderador, acima dos demais poderes, parece ser um argumento de autoridade decorrente de uma ausência de limites, o que não nos parece ser verdadeiro. A utilização da retórica para este fim, não se revela positiva para o nosso desenvolvimento enquanto sociedade moderna, à luz de um Estado de Direito. A evolução do Brasil, pós colônia de Portugal, inspirado por reflexões modernas, deve ter em conta as adversidades por demais complexas desde nossa Independência enquanto Estado Nacional, passando por todo o caminho da monarquia brasileira até o atual estágio da república em que nos encontramos; problematizando na prática a história intelectual no Brasil (Carvalho, 2000).

Trata-se, na verdade, de uma questão de utilização de argumentos de persuasão, a fim de problematizar e criticar os caminhos para os quais nossa sociedade está caminhando, tudo à luz também das teorias do Direito desenvolvidas, seja o positivismo jurídico, seja o realismo jurídico. Uma questão histórica recorrente e permanente entre todos os teóricos, é sempre a preocupação nos limites do poder judicial (Santoro et al., 2005).

É a prática interpretativa que põe o Direito em condições de oferecer padrões comuns de ações para guia do comportamento dos membros de uma comunidade política, isto é, criar uma rede de regras e de expectativas estáveis. Para ser um Estado de Direito, é necessário que a práxis interpretativa seguida pelos juízes seja voltada à garantia dos direitos fundamentais, conforme leciona a professora Adriana Vieira ⁷.

Não se quer negar aqui o protagonismo na criação do Direito por parte do Poder Judiciário, mesmo em sua vertente mais discutida na comunidade acadêmica, em

6 <https://oglobo.globo.com/brasil/toffoli-diz-que-stf-tem-que-agir-como-podermoderador-sem-buscar-protagonismo-22783577>. Acesso em 22/05/2022

7 Palestra ministrada no curso de Doutorado da UFF em 08/05/2019

especial a judicialização de políticas públicas, o ativismo judicial, constante de intensos debates acadêmicos sobre os limites de atuação do juiz (Barroso, 2018).

Neste estudo, questionamos algo além, que seria a possibilidade de existência de um poder acima dos demais poderes, sem limites. Algo não previsto em norma nenhuma, mas fruto da interpretação de alguns doutrinadores:

Apesar de todas as dificuldades e desafios, o Supremo Tribunal Federal, como Guardião Maior do Estado Democrático de Direito, tem desempenhado papel fundamental nesse processo contínuo de construção da nossa democracia, moderando os conflitos políticos e sociais, corrigindo eventuais desvios democráticos e impedindo que contrariedades políticas conjunturais levem à ruptura do regime constitucional no Brasil. (Toffoli, 2018, p. 148)

A ideia de um poder que zele pela harmonia social, que impeça rupturas institucionais-constitucionais brasileiras, a princípio pode parecer uma excelente ideia, em um ambiente atual na sociedade brasileira de intensa discussão política e insatisfação social com a representatividade democrática dos políticos eleitos para os cargos no executivo e no legislativo.

O exemplo de casos submetidos a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, potencialmente aptos a demonstrar a imanência deste órgão para tutelar toda a sociedade brasileira, como nos casos de direito de greve dos servidores públicos e possibilidade de desconto do pagamento; impossibilidade da prisão civil de depositário infiel devedor de contrato garantido por alienação fiduciária; lei da anistia; lei da ficha limpa; a interrupção da gravidez de feto anencéfalo; (Toffoli, 2018). Todos estes casos, mais próximos de um ativismo judicial justificável, em prol da tutela dos direitos fundamentais, dentro de um jogo possível no tabuleiro do Direito posto, não se percebe como sustentáculo para que a Corte Suprema possa alcançar um patamar mais elevado em nossa República, acima até mesmo da própria Constituição.

Contudo, é importante lembrar que os poderes da República estão previstos no art. 2º de nossa Constituição da República Federativa do Brasil ⁸.

O risco de um poder acima dos demais poderes, acima da própria Constituição, sem limites, poderia gerar a um Estado sem Direitos e não democrático. Poderes

8 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

sem limites tendem ao abuso, como já ensinava Montesquieu. Também se faz relevante a lembrança do exemplo alemão, por Lenio Streck, que o Judiciário surge como pai de uma sociedade infantilizada, mas o mesmo pai protetor de hoje pode ser também tirânico do amanhã, ficando a sociedade à mercê de posicionamentos pessoais dos magistrados e, em última palavra, da suprema corte (Santos Junior. 2015).

Um dos perigos de um poder supremo, um poder real, um poder acima dos demais poderes, sem limites, e, principalmente, o Poder Judiciário sem o respeito à ordem constitucional posta, ao invés de o empoderar, ao final, demonstra-se que eventuais atuações inusitadas, de questionamentos diversos, por críticas acerca de uma extrapolação de suas funções constitucionalmente previstas, acabam por enfraquecê-lo ao final; um abuso do poder sem limites, para sua utilização em benefício próprio⁹ ou para se blindar de qualquer crítica dos demais poderes e da sociedade, como se pôde observar de recente inquérito judicial instaurado de ofício pelo STF, para, através dos próprios juízes da corte, investigar, acusar e julgar, atos genéricos e não identificados de pessoas e órgãos que estariam criticando e ofendendo os membros da Corte Suprema.

Trata-se de conduta inusitada do Poder Judiciário, da Corte Suprema, que deflagrou, inclusive, a impetração do remédio constitucional do habeas corpus coletivo, por parte dos membros do órgão acusador brasileiro, tendo como pacientes os membros do Ministério Público Federal, a fim, dentre outros objetivos, de coibir a “condução de qualquer um deles de maneira coercitiva para depor, pois viola o sistema processual penal escolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro” ¹⁰. vii

9 Decisão liminar datada de 2014. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO ORIGINÁRIA 1.773; MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO ORIGINÁRIA 1.946 e MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 2.511, respectivamente. Todas no bojo da Ação Originária n. 1946/STF. Relatoria do Ministro Luiz Fux. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637157>. Acesso em 25/05/2022. O Ministro da Suprema Corte Brasileira, Luiz Fux, concedeu, através de uma decisão normativa aditiva, a todos os magistrados brasileiros, independentemente de norma específica, o benefício corporativo do auxílio moradia, que vigorou até novembro de 2018, após aumento da remuneração da categoria, conforme se verifica da decisão de reconsideração nos autos do processo

10 Habeas Corpus Coletivo impetrado no STF sob n. 170.285 DF, sob relatoria do ministro Edson Fachin. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5677121>. Acesso em 25/05/2022. Importante observar que a autoridade coatora é o próprio STF, na pessoa do ministro relator do Inquérito Judicial n. 4.781, aberto em razão de determinação do ministro presidente do STF.

Reiteramos nossa posição de que o Supremo Tribunal Federal deva se fortalecer enquanto guardião da Constituição, como o defensor maior dos direitos fundamentais, e, para este fim, tendo um papel relevantíssimo de criação ou interpretação do Direito enquanto prática, nas lições citadas de Santoro. E aqui está a sua fortaleza, nesta seara que encontramos o substrato de legitimidade que todos esperam da Corte Suprema. Agir desta maneira é fortalecer o Poder Judiciário, é empoderar o Supremo Tribunal Federal neste jogo de poderes, com os seus freios e contrapesos sempre tensionados. Agir de outra maneira, seja legislando em causa própria, seja atuando como um poder sancionador de todos os poderes, acima de qualquer crítica, na realidade, como bem afirmamos, enfraquece o STF e a todo o poder judiciário.

A lembrança do estado nazista alemão, em que o judiciário foi um instrumento de legitimação dos abusos dos direitos fundamentais positivados por Hitler soa ainda mais preocupante quando se observam críticas atuais colocando o Judiciário como o ator (autor) destas violações. Para além da discussão acerca da ocorrência deste suposto abuso de poder, o que não pretendemos abordar neste estudo, o que se demonstra é que esta é uma crítica que abala profundamente nosso Estado de Direito idealizado, afeta por demais nosso sistema de justiça e a legitimidade enxergada pelo povo na segurança jurídica e certeza (desafio da incerteza e segurança de Emilio Santoro), que deveriam advir do Judiciário.

O povo brasileiro não precisa de um salvador da pátria populista, seja uma pessoa, seja um órgão. Precisa de instituições fortes, atuando devidamente, conforme legitimamente se espera à luz da Constituição. Agir com princípios de moralidade pessoalíssimos, inquestionáveis e sem limites para punir seus críticos e inimigos não nos parece ser um caminho bom para nossa sociedade.

Mais do que uma tutela do povo, uma proteção exacerbada, acima de críticas e com poderes ilimitados, o que se revelaria mais interessante seria a autonomia do povo, o estímulo ao desenvolvimento do sentimento de nação enquanto pertencimento do cidadão ao todo, um *self-government* cada vez mais introduzido em nossa sociedade, a fim de alcançarmos o grau de desenvolvimento democrático e responsável que tanto nos inspiram os países desenvolvidos, há tanto tempo. Uma maturidade cidadã que refletiria na maturidade das instituições de nossa sociedade.

Desta forma, demonstra-se a importância de um agir comunicativo racional, sem feições instrumentais na relação social. Uma construção pautada em valores democráticos, com uma comunicação validamente susceptível de críticas, como deve sempre ser. Sem censura ou coação, sem o uso da força, com falas cortadas. Ou seja, sem sanções por críticas legítimas a decisões judiciais ilegítimas:

Podemos dizer, em resumo, que as ações reguladas por normas, as autorrepresentações expressivas e as manifestações ou emissões valorativas vêm a completar os atos de falas constatativos para configurar uma prática comunicativa que sobre o pano de fundo de um mundo da vida tende à consecução, manutenção e renovação de um consenso que descansa sobre o reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade suscetíveis de crítica. A racionalidade imanente a esta prática se manifesta em que o acordo alcançado comunicativamente tem de apoiar-se numa última instância em razões e a racionalidade daqueles que participam nesta prática comunicativa se mede pela sua capacidade de fundamentar suas manifestações ou emissões nas circunstâncias apropriadas. [Habermas, 1992, p. 36].

Revela-se, portanto, atualizadíssima as conclusões de Visconde do Uruguai, nos idos do século XIX, acerca da ausência do self-government no Estado Brasileiro, citando o exemplo do Estados Unidos da América e da Inglaterra, no qual “a regra é que o povo é que deve dirigir o governo, e não o governo o povo. O governo vai com o povo, porque o governo é o povo” (Uruguai; Carvalho, 2002, p. 491). O que parece se aplicar ao estudo em tela, no qual se constata uma ausência de autonomia, de self-government, da coletividade ao tutelar seus direitos de uma forma supra individual.

O risco de uma sociedade abalada em suas estruturas democráticas, em seus fundamentos de Direito, é algo preocupante e que deve ser alvo de atenção por parte de todos os cidadãos. A legitimidade do atuar do judiciário deve se pautar em uma lógica racional, dentro dos limites razoáveis, e não imune a críticas, e a legitimidade da decisão vai depender da capacidade do intérprete convencer o auditório a que se dirige de que aquela é a solução correta e justa (Barroso, 2018).

Trata-se de um discurso que nos faz lembrar os debates no Conselho de Estado Imperial, em um esclarecedor estudo sobre o uso da retórica na história intelectual no Brasil, por Murilo de Carvalho. Uma pequena analogia, ante a previsão do Poder Moderador à época, e a utilização da retórica como justificativa para qualquer

decisão, mesmo que diametralmente oposta aos reais significados dos fundamentos utilizados pelo autor (Carvalho, 2000).

Desta forma, revela-se importante a crítica, o debate, o estabelecimento de limites à decisão de qualquer poder constituído, inclusive o Poder Judiciário. A sociedade de intérpretes deve melhor se articular e estabelecer os parâmetros deste jogo que se chama Direito.

O risco de uma ruptura no sistema existe, mesmo com o discurso de que

“a pedra de toque no exercício do Poder Moderador pelo Supremo Tribunal Federal é a moderação. A arte da prudência!” (Toffoli, 2018, p. 149). Não parece ser aceitável uma exceção ao rule of law estabelecido, apoiado somente na esperança da prudência dos homens que compõem a Suprema Corte.

Um Estado Democrático de Direito deve assegurar o respeito aos direitos fundamentais, e o Poder Judiciário é o órgão legítimo para este freio aos abusos porventura cometidos pelos demais poderes constituídos e pelos poderes informais, não constituídos, mas reais em nossa sociedade globalizada e submetida a ordens econômicas mundiais, como todos os outros Estados nacionais. Relembrando que o abuso somente pode vir de cima e nunca do povo, quaisquer que sejam a sua educação e hábitos, cumprindo, portanto, diminuir a força da autoridade (Uruguai; Carvalho, 2002)

O Estado de Direito deve ser protegido pelo Judiciário (e protegido do próprio Judiciário). O Supremo Tribunal Federal tem uma importância fundamental em nossa sociedade tão desgastada com problemas sociais, violação a direitos fundamentais, desconfianças gerais nos representantes eleitos. O risco de uma ruptura deve ser um elemento a ser considerado pela Corte Suprema. Sua legitimidade deve ser reforçada e fortalecida por meio de decisões não disruptivas do sistema, decisões afirmadoras do sistema democrático de direito, sob o manto e limites da Constituição Federal, à luz do racionalmente e razoavelmente esperado por toda comunidade de intérpretes.

Reafirmamos a grande importância do Poder Judiciário em nossa sociedade, através da lembrança de Montesquieu, de que, dos três poderes dos quais falamos, o judiciário é, de algum modo, nulo (Montesquieu, [s.d]).

Não queremos crer que continua atual e aplicável nos dias de hoje ao Brasil a constatação, com base na realidade europeia, do fim da Idade Média e início da

Idade Moderna, que o triunfo do poder pessoal desses príncipes levou alguns observadores à conclusão deprimente de que a democracia está condenada a fracassar e a conduzir ao nascimento de ditadores populistas. (Van Caenegem, 2009)

Não podemos observar passivamente o perigo de um caminhar rumo ao caos, devemos ter prudência e equilíbrio, nesta sociedade de risco e de precária normalidade em que vivemos, como bem diz Martínez García (2010, p. 157), na ordem, a desordem é agitada e o caos pode ser alcançado; todo equilíbrio pode sofrer turbulência; no que consideramos racional, não para de atormentar o irracional; não importa o quanto façamos previsões, o imprevisto acontece.

Portanto, correta a afirmação de Sidney Rosa ao concluir sobre os fins que devem pautar o Direito, com a análise da probabilidade do riscoperigo, em busca de uma comunicação já feita sobre o futuro, que atinge uma certa concretude apesar do conteúdo inerente da incerteza, a partir do momento em que uma certa probabilidade pautada na conformidade do sistema jurídico como uma série de processos orientados para determinados fins esperados dos poderes constituídos (Silva Junior, 2019).

O risco de um poder real, do surgimento de um poder moderador, deve ser vislumbrado como algo possível. O jogo do Direito deve ser jogado dentro do tabuleiro, das regras do jogo. Todos submetidos aos limites impostos pela Constituição, sem chance de quebra ou ruptura do sistema democrático de direito. O papel da Corte Suprema é relevantíssimo para assegurar que estamos em um Estado de Direitos, o rule of law para todos os participantes desta sociedade.

O risco de uma crise institucional e ruptura social, do modelo preconizado pela Constituição da República Brasileira, deve ser evitado, por mais tentador que seja a vontade do poder ilimitado de uma Instituição sobre as demais. Como bem nos alerta dos riscos da própria identidade social ao se fabricar crises nas instituições por grupos de interesse (Hansen; Tostes; Hansen, 2019).

A busca de unidade e identidade nacional, através de um artificial conceito imposto de nação brasileira, não pode ser utilizado de maneira instrumental, de forma a propiciar um comportamento autorreferente negativo da identidade brasileira, pois, como nos ensina Habermas (1980), as crises aparecem quando problemas de condução não podem ser resolvidos dentro da possibilidade do espaço

circunscrito pelo princípio de organização e, portanto, produz perigos para a integração do sistema que ameaçam a identidade da sociedade.



3. Conclusão

Assim, a crise de legitimidade, de sentimento de pertencimento do povo brasileiro com relação ao todo, a ausência de um ideal de nação, que una os brasileiros em torno de uma figura, parece ser um argumento de persuasão constante na história do Brasil, a fim de se buscar possíveis conceitos de unificação de território, centralização do poder e até mesmo de defesa da democracia.

O incremento de poderes à Corte Suprema brasileira, por mais cativante que seja a ideia de um superpoder para um órgão de justiça isento, acima de questionamentos acerca da moralidade, não parece ser o caminho mais adequado para o futuro que pretendemos buscar, por meio de todos os programas delineados em nossa Constituição.

Há tempos temos a certeza de que todo poder sem limites tende a abusos. Não queremos crer que nossa Corte Suprema agirá em descompasso com os seus limites constitucionais e legais, contudo, é de bom grado que não se permita, não se fomenta uma atuação sem limites, acima dos demais poderes constituídos, sem autorização constitucional para tanto.

Fazemos aqui uma defesa do papel da Suprema Corte como o mais importante ator para a defesa dos direitos fundamentais. E, como tal, é importante que exerça o seu poder constituído dentro dos parâmetros estabelecidos, para que possa continuar a tutelar os direitos humanos sem questionamentos sobre sua legitimidade.

A sociedade brasileira é jovem e está caminhando para definir seus rumos na história. Devemos aprender com os erros já cometidos por outros Estados. O Supremo Tribunal Federal do Brasil deve ser a bússola que nos guia, a partir da construção da definição do que é um direito fundamental, juntamente com os demais participantes deste jogo chamado Direito.

A comunidade de intérpretes deve estar atenta com a caminhada de nossa Corte Constitucional, a fim de contribuir, de uma maneira crítica e construtiva, no

intuito de não deixar a evolução de nossa civilização ir contra os ditames de um Estado Democrático de Direito.

Fortalecer e proteger a instituição Supremo Tribunal Federal é um papel de todos nós. Afirmar que não temos espaço para a instituição de um Poder Moderador é também uma forma de fortalecer nossa Suprema Corte. Não devemos caminhar no sentido do caos, orientados pela incerteza. Pelo contrário, devemos caminhar de forma equilibrada, sem surpresas e turbulências em nossa jovem sociedade democrática. Precisamos muito de uma Corte Suprema forte, mas não onipotente - não precisamos de um Poder Real.



CONFLITO DE INTERESSE

Nenhum declarado



REFERÊNCIAS

BARROSO, L.R. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

<https://doi.org/10.24859/fdv.2018.1.012>

CARVALHO, E.A.; GILENO, C.H. Reflexões sobre o Poder Moderador nas instituições políticas brasileiras: o pretérito e o presente. **Em Tese**, v. 15, n. 1, p. 10-32, 2018.

<https://doi.org/10.5007/1806-5023.2018v15n1p10>

CARVALHO, J.M. História intelectual no Brasil: a retórica como chave de leitura.

Topoi, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 123-152, 2000.

<https://doi.org/10.1590/2237-101X001001003>

CONSTANT, B. **Princípios políticos constitucionais**: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814). Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2014.

FERREIRA, O.S. **Forças Armadas para quê?** Rio de Janeiro: GRD, 1988.

HABERMAS, J. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Tradução:

Wamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

HABERMAS, J. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1992. v. 2

HANSEN, G.L.; TOSTES, E.C.M.; HANSEN, G.F.C. Fake news, crises institucionais e pós-verdade. In: MONICA, E.F.; HANSEN, G.L.; SUÁREZ BLÁZQUEZ, G (org.).

Libro de artículos: I Seminario Internacional sobre Democracia, Ciudadania y Estado de Derecho. Ourense: Editora Universidade de Vigo, 2019. p. 10-23.

LYNCH, C.; EDWARD, C. O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824). **Dados**: Revista de Ciências Sociais, v. 48, n. 3, 2005.

<https://doi.org/10.1590/S0011-52582005000300006>

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. Pensar el riesgo. En diálogo con Luhmann.

Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, v. 21, p. 133-160, 2010.

MONTESQUIEU, C.L.S. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, [s.d.].

MÜLLER, I.; JURISTEN, F. **Hitler's justice**: the courts of the Third Reich.

Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.

NEVES, E.A. **O Tribunal do Comércio**: magistrados e negociantes na corte do Império do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro: FAPERJ, 2008.

POSNER, R.A. **Para além do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

SANTORO, E. et al. **Estado de direito e interpretação**: por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SANTOS JÚNIOR, R.T.; STRECK, L.L. Vontade de Poder Versus Normatividade: o Que o Nazismo nos ensina? **Prim@ Facie-Direito**, História e Política, v. 13, n. 24, p. 01-33, 2015.

SILVA JUNIOR, S.R. **La mediación de conflictos ambientales**. Una visión sistémico-funcional hacia el desarrollo sostenible. 1. ed. Spain: Editorial Aranzadi, S.A.U., 2019.

SIÈYES, E.J. Dire de l'Abbé Sièyes sur la Question du Veto Royal. Paris, Fayard.: in: FURET, F.; HALÉVI, R. **La Monarchie Républicaine** - La Constitution de 1791, 1996.

TOFFOLI, J.A.D. Poder moderador no Brasil: os militares e o supremo tribunal federal." In: COELHO, M.V.F. (ed.). **A constituição entre o direito e a política**: o futuro das instituições: estudos em homenagem a José Afonso da Silva. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 113-151.

CARVALHO, J.M (org). **Paulino José Soares de Sousa**: Visconde do Uruguai. São Paulo: Editora 34, 2002.

VAN CAENEGEM, R.C. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Serviço de Educação e Bolsas, 2009.

VASCONCELLOS, Z.G. **Da natureza e limites do poder moderador**. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1862.

**Correspondence address:**

Eduardo Chow de Martino Tostes
Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro
Avenida Marechal Câmara, 314
CEP 20020-080 - Centro, RJ, Brasil
E-mail: eduardo_tostes@id.uff.br

Enviado para submissão:
03/06/2023

Aceito após revisão:
29/06/2023

Publicado no Fluxo Contínuo
18/07/2023

NOTA DO EDITOR:

A revista foi migrada do portal '<https://www.direitocontexto.periodikos.com.br/>' para o portal '<https://direitocontexto.com.br/>' em Julho/2024. Os artigos foram reformatados e republicados.

EDITOR'S NOTE:

The magazine was migrated from the '<https://www.direitocontexto.periodikos.com.br/>' portal to the '<https://direitocontexto.com.br/>' portal in July/2024. The articles were reformatted and republished.

NOTA DEL EDITOR:

La revista fue migrada del portal '<https://www.direitocontexto.periodikos.com.br/>' al portal '<https://direitocontexto.com.br/>' en julio/2024. Los artículos fueron reformateados y republicados.