

FORÇAS ARMADAS E CRISE DA DEMOCRACIA NO BRASIL: UM ENSAIO DE SOCIOLOGIA DA CONSTITUIÇÃO

ARMED FORCES AND CRISIS OF DEMOCRACY IN BRAZIL: AN ESSAY ON THE SOCIOLOGY OF THE CONSTITUTION

Recebimento: 20 mar. 2023

Aceitação: 3 abr. 2023

João Paulo Bachur

Doutor em Ciência Política

Afiliação institucional: Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie (Frankfurt am Main, Deutschland)

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/0918336197511464>

Email: joao.bachur@idp.edu.br

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

BACHUR, João Paulo. Forças Armadas e crise da democracia no Brasil: um ensaio de sociologia da constituição.

Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 67, n. 3, p. 141-165, set./dez. 2022. ISSN 2236-7284.

Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/90338>. Acesso em: 31 dez. 2022. DOI:

<http://dx.doi.org/10.5380/rfd.ufpr.v67i3.90338>.

RESUMO

Poucos textos constitucionais têm sido tão discutidos recentemente no Brasil quanto o art. 142 da Constituição Federal de 1988. Este estudo sistematiza a discussão em torno do art. 142, sustentando que o problema escapa aos limites da hermenêutica constitucional, e busca oferecer uma perspectiva complementar, amparada em uma análise que se insere no campo da sociologia da constituição. Se a hermenêutica constitucional está estruturada na operação de adjudicação, a sociologia da constituição recupera o conflito cujo resultado foi a norma da qual parte a adjudicação. Porque não se trata de interpretar o art. 142, mas de disputar seu conteúdo. O presente trabalho está estruturado da seguinte maneira: inicialmente, será apresentada a disputa hermenêutica em torno do art. 142 acerca da possibilidade de que as Forças Armadas arbitrem conflitos entre os Poderes. Na sequência, serão mostrados os limites do direito constitucional nesse ponto – especificamente, os limites da tese da força normativa da constituição. Em seguida, será apresentado o conflito subjacente ao art. 142. Ao final, será discutida a necessária reforma do art. 142, a fim de enfrentar o espectro que assombra a democracia brasileira. As Forças Armadas têm ocupado espaço de destaque no debate público reivindicando uma ascendência sobre os Poderes – o que já é sintoma de uma crise mais profunda. Este estudo busca compreender esse problema, e segue uma metodologia bibliográfica, focada em fontes da sociologia da constituição. Como resultado, espera-se oferecer uma contribuição inovadora e complementar à hermenêutica constitucional.

PALAVRAS-CHAVE

Sociologia da constituição. Hermenêutica constitucional. Artigo 142 da Constituição do Brasil. Forças Armadas do Brasil. Crise da democracia.

ABSTRACT

Few constitutional texts have been as much discussed recently in Brazil as art. 142 of the Federal Constitution of 1988. This study systematizes the discussion around art. 142, arguing that the problem escapes the limits of constitutional hermeneutics, and seeks to offer a complementary perspective, supported by an analysis that falls within the field of the sociology of the constitution. If constitutional hermeneutics is structured in the adjudication operation, the sociology of the constitution recovers the conflict whose result was the norm from which the adjudication starts. Because it is not a matter of interpreting art. 142, but to dispute its content. The present work is structured as follows: Initially, the hermeneutic dispute around art. 142, regarding the possibility that the Armed Forces arbitrate conflicts between the Powers, will be presented. Next, the limits of constitutional law at this point will be shown – specifically, the limits of the thesis of the normative force of the constitution. Then, the conflict underlying art. 142 will be presented. At the end, the necessary reform of art. 142, in order to face the specter that haunts Brazilian democracy, will be discussed. The Armed Forces have occupied a prominent space in the public debate, claiming ascendancy over the Powers – which is already a symptom of a deeper crisis. This study seeks to understand this problem, and follows a bibliographical methodology, focused on sources from the sociology of the constitution. As a result, it is expected to offer an innovative and complementary contribution to constitutional hermeneutics.

KEYWORDS

Sociology of the constitution. Constitutional hermeneutics. Article 142 of the Brazilian Constitution. Brazilian Armed Forces. Crisis of democracy.

INTRODUÇÃO: CHEGOU A HORA DO 142?

Um espectro ronda a Nova República – o espectro da intervenção militar. Os fantasmas do passado parecem conjurados com a pronúncia de três números: 1, 4, 2. Poucos dispositivos constitucionais têm sido tão discutidos recentemente no Brasil quanto o art. 142 da Constituição Federal de 1988. Como se sabe, o dispositivo foi invocado ao longo dos últimos anos em um contexto de polarização política radicalizada, como se o texto constitucional contivesse uma permissão para que as Forças Armadas atuassem como uma espécie de “última instância”, um contrapeso aos Poderes, notadamente em relação ao Poder Judiciário – uma espécie de “Poder Moderador”, na formulação que os defensores dessa esdrúxula tese costumam apresentar. O Poder Moderador fora previsto na Constituição do Império outorgada por D. Pedro I em 1824, e constituía um quarto Poder claramente superior aos demais. Considerado “a chave” da organização política e constitucional do Império “e o regulador supremo de todos os outros poderes” (SOUZA, 1864, p. 25), a menção ao Poder Moderador é hoje parte da retórica política construída em torno do art. 142 da Constituição Federal de 1988, e que recupera o histórico de centralização política no Brasil como condição de estabilidade ou governabilidade (MATHIAS; GUZZI, 2010).

Este artigo busca sistematizar a discussão em torno do art. 142, sustentando que o problema escapa aos limites da hermenêutica constitucional, e busca oferecer uma perspectiva complementar,

amparada em uma análise que se insere no campo da sociologia da constituição, mas de uma forma específica, distinta das típicas análises de sociologia constitucional. Tradicionalmente, a sociologia da constituição busca problematizar a distância entre a efetividade social e o texto constitucional (GARGARELLA, 2005), isto é, busca analisar questões constitucionais, de uma perspectiva sociológica (THORNHILL, 2017). Neste artigo, pretende-se oferecer uma leitura analítica do art. 142 guiada pelo conflito subjacente ao texto constitucional. Em vez de se observar a distância entre texto constitucional e realidade social, a perspectiva adotada identifica o texto constitucional como uma saída provisória, contingente, para um determinado conflito político ou social. Nessa nova perspectiva, é central para a sociologia constitucional o conceito de *luta constitucional*, uma luta que transcende os limites epistemológicos e científicos do direito constitucional. Essa diferença metodológica, espera-se, ficará clara ao longo do artigo.

A grande questão nesse debate não é “*quem pode interpretar a Constituição de 1988?*”, ou “*quem dá a última palavra sobre o art. 142?*” Partindo da Constituição de 1988, essas questões simplesmente não se colocam, e não há via argumentativa capaz de levar a qualquer outra resposta, que não ao Supremo Tribunal Federal (STF). Na posição sustentada neste artigo, o imbróglio do art. 142 não representa uma disputa hermenêutica. A defesa das Forças Armadas como Poder Moderador não é hermenêutica constitucional propriamente dita, mas retórica política. O problema é que essa retórica foi levada às últimas consequências, tanto nas manifestações antidemocráticas de oito de janeiro de 2023, quanto por dentro do próprio Poder Executivo, como demonstra a divulgação de minuta de decreto do governo Bolsonaro para suspender as atividades do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e instalar uma comissão para avalizar os resultados eleitorais de 2022, sob controle de um Ministério da Defesa militarizado¹.

As preocupações suscitadas logo após a eleição de 2018, fartamente documentadas na mídia impressa diária e, e. g., também no livro *Democracia em risco?* (ABRANCHES et al., 2018), não eram, enfim, exageradas. Mesmo não sendo possível afirmar que os eleitores de Bolsonaro em 2022 endossavam a tese do Poder Moderador das Forças Armadas, causa espanto que essa posição militarista amplamente difundida na opinião pública não tenha comprometido o resultado eleitoral de Bolsonaro, em uma das eleições mais disputadas da Nova República².

¹ Cf. <http://glo.bo/3MaeLiw> e <https://bit.ly/3UdUt9W> (acesso em: 12 mar. 2023).

² Lula foi eleito para um novo mandato com 60.345.999 votos, enquanto Bolsonaro alcançou inacreditáveis 58.206.354 votos – respectivamente: 50,9% e 49,1% dos votos válidos, uma diferença de pouco mais de dois milhões de votos. Cf. <https://bit.ly/3ZER9p6> (acesso em: 12 mar. 2023).

Apesar de extremamente frágil do ponto de vista jurídico, o discurso do Poder Moderador das Forças Armadas rivalizou, em uma esfera *externa ao direito* – seja ela qualificada como política, sociológica ou digital-informacional –, com o argumento que defendia o STF como único intérprete autorizado da Constituição de 1988. E o primeiro achado que a sociologia da constituição permite alcançar de imediato está em reconhecer que o sistema jurídico não tem monopólio sobre o discurso jurídico: muitas vezes os temas jurídicos são discutidos e processados em outras esferas simbólicas da sociedade (o ponto será elaborado ao longo deste artigo). Em um tuíte de 28 de maio de 2020, Bolsonaro divulgou uma entrevista do advogado Ives Gandra da Silva Martins com o título “Chegou a hora do 142?”, em que a tese do arbitramento de conflito entre os Poderes da República é apresentada e defendida contra a “politização do STF”³.

A questão que este artigo busca responder é então a seguinte: — Como a retórica política do (suposto) Poder Moderador das Forças Armadas foi capaz de rivalizar com a melhor hermenêutica constitucional? A contribuição sustenta que compreender o que está em jogo na disputa em torno do art. 142 ultrapassa os limites metodológicos da dogmática de direito constitucional, ainda que qualquer solução a esse problema tenha de ser endereçada internamente ao direito constitucional.

A sociologia da constituição opera em uma divisão de trabalho com a dogmática do direito constitucional: ela recua ou avança, conforme o caso, para além do ponto em que a hermenêutica se detém. A sociologia da constituição, tal como proposta neste artigo, compreende a aplicação do direito como *luta*. Ela resgata o *conflito social subjacente a uma determinada norma jurídica*, e que aflora, com maior ou menor visibilidade, na aplicação dessa norma. Se a hermenêutica se processa como adjudicação, partindo da norma posta, a sociologia da constituição reabre o processo político cujo *resultado* foi a norma jurídica em questão. E, com isso, ela pode funcionar, do ponto de vista metodológico, como uma forma de resgate do conteúdo *material* da constituição, sem recair em pressuposições metajurídicas (morais e de outra ordem). Ela informa, materialmente, a dogmática. Mas isso deve ser realizado com um método próprio, interdisciplinar, que transcende a simples interpretação histórica ou contextual que aparece nos manuais de direito constitucional.

Para ilustrar esse procedimento, o presente artigo está estruturado da seguinte maneira: inicialmente, será apresentada a disputa hermenêutica em torno do art. 142, acerca da possibilidade de que as Forças Armadas arbitrem conflitos entre os Poderes (seção 1). Na sequência, serão mostrados os limites do direito constitucional nesse ponto – especificamente, os limites da tese da força normativa da constituição (seção 2). Afinal, nem mesmo a manifestação do STF na Ação Direta

³ Cf. <https://bit.ly/40ZVZyj>, para o tuíte de Bolsonaro, e <https://bit.ly/40ZngkM>, para a entrevista (acesso em: 12 mar. 2023).

de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.457/DF (BRASIL, 2020) neutralizou a retórica política. Em seguida, será apresentada uma interpretação do conflito subjacente ao art. 142, em um exercício de sociologia da constituição (seção 3).

Se a hermenêutica constitucional está estruturada em torno de um procedimento de *adjudicação* (isto é, da aplicação de uma norma a um caso concreto), a sociologia da constituição oferece uma outra racionalidade: ela recupera o conflito cujo resultado é a norma da qual parte a adjudicação e, com isso, pode enriquecer a hermenêutica. Ao final, será discutida a necessária reforma do art. 142, a fim de enfrentar o espectro que assombra a democracia brasileira (seção 4). Se a reforma constitucional não eliminar totalmente, pode pelo menos mitigar o risco de novas aventuras militaristas. As Forças Armadas têm ocupado espaço de destaque no debate público, reivindicando uma ascendência sobre os Poderes – o que já é sintoma de uma crise mais profunda. Portanto, compreender o debate em torno do art. 142 da Constituição exige enquadrar a discussão específica em torno do dispositivo, no contexto mais amplo da história republicana brasileira.

1 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DO ART. 142

Nesta seção, será resgatada a retórica do Poder Moderador das Forças Armadas e a resposta institucional dada pelo STF. O objetivo será demonstrar que essa retórica se posiciona em uma esfera *extrajurídica*, mas que, não obstante, consegue, ainda assim, fazer frente ao discurso jurídico oficial. Com isso, serão discutidos os limites da hermenêutica constitucional para compreender a questão, a partir do conceito de força normativa de constituição de Konrad Hesse e da metódica estruturante de Friedrich Müller.

O art. 142 traz o regramento constitucional das Forças Armadas no Brasil. Inserido no título “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, logo após o estado de defesa e o estado de sítio – as tradicionais medidas de exceção para defesa do Estado democrático previstas na Constituição Federal de 1988 –, encontra-se o art. 142, cuja redação inalterada ao longo dos anos é a seguinte:

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. [...] (BRASIL, 1988).

No restante do dispositivo, a Constituição disciplina o regime aplicável aos militares relativamente a patentes, cargos públicos, não cabimento de *habeas corpus* em punições militares, direitos políticos e trabalhistas, entre outros aspectos. E, como se vê de pronto, nada há no texto constitucional que possa ser considerado um desafio hermenêutico, sob qualquer método clássico de interpretação constitucional (FERREIRA MENDES; GONET BRANCO, 2021, p. 161 et seq.). Em síntese: as Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) são instituições nacionais permanentes e regulares, subordinadas ao Presidente da República. São organizadas com base na hierarquia e na disciplina. Ou seja: não definem sua atuação *motu proprio*. Destinam-se à defesa da pátria, à garantia dos poderes institucionais e da lei e da ordem (nesse caso, por iniciativa de qualquer dos Poderes). Elas podem ser mobilizadas por qualquer um deles, mas nunca *contra* qualquer deles (pois ela se destina à garantia dos poderes constitucionais). Não há, em trecho algum do texto constitucional, dubiedade ou zonas cinzentas, termos vagos ou qualquer expressão que remotamente sugira algum protagonismo especial; nada que legitime qualquer controle ou supervisão dos Poderes da República por parte dos militares.

Mesmo assim, há quem identifique, nesse texto, uma autorização para que as Forças Armadas arbitrem conflitos entre Poderes – mas desde que em uma direção político-ideológica específica, bem entendido. O advogado Ives Gandra da Silva Martins (2011) sustenta há alguns anos uma heterodoxa leitura do art. 142 da Constituição, que se coadunava perfeitamente com as expectativas de Bolsonaro – a intervenção militar para a contenção do STF. O argumento de Ives Gandra tem como alvo o ativismo do Judiciário, por ele denunciado como político ou ideológico. O advogado menciona como casos exemplares desse ativismo a cassação dos mandatos dos governadores do Maranhão e da Paraíba pelo TSE em 2009 e 2010, respectivamente, bem como o reconhecimento da união homoafetiva pelo STF, a extradição de Cesare Battisti e a descriminalização do aborto de anencéfalos. De pronto é possível notar a própria postura ideológica do advogado, que acusa de ideológica a posição com a qual ele não concorda. Afinal, em todos esses casos, qualquer postura será ideológica: contra ou a favor do casamento homoafetivo, contra ou a favor do aborto, contra ou a favor da extradição de Cesare Battisti, etc. E é justamente contra essas decisões de caráter progressista do STF que se insurge o advogado. Com efeito, Ives Gandra argumenta que o art. 142

[...] outorgou às Forças Armadas o poder de restabelecer a lei e a ordem, mediante solicitação do poder atingido, *se houver invasão de sua competência por qualquer dos outros poderes* [...] Vale dizer: pode o Poder Legislativo ANULAR A EFICÁCIA DAS DECISÕES INVASIVAS DA SUPREMA CORTE (artigo 49, inciso XI). E, na hipótese de fazê-lo e de a Suprema Corte não acatar a anulação, *caberia até mesmo a intervenção das Forças Armadas para restabelecer a lei e a ordem turbadas pela quebra de harmonia entre os poderes da República, obrigando o Supremo Tribunal Federal a cumprir a Constituição*.

QUALQUER PODER TEM O DIREITO - a meu ver “poder-dever” - de solicitar o apoio da instituição militar objetivando o restabelecimento da lei, como se depreende da dicção final do “caput” do art. 142 da CF [...] (MARTINS, 2011, p. 27, 33, maiúsculas do autor, grifo nosso).

O critério mencionado (“*se houver invasão de sua competência por qualquer dos outros poderes*”) é livre improvisação. Constitucionalismo modalidade “*free style*”. O art. 49, XI, da Constituição, também não autoriza a conclusão pretendida: o dispositivo define, como competência exclusiva do Congresso Nacional, entre outras atribuições, “*zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes*”. Ou seja, trata-se de cláusula típica do sistema de freios e contrapesos da Constituição Federal de 1988, mas que em momento algum se conecta com o art. 142. Portanto, a conclusão segundo a qual “*caberia até mesmo a intervenção das Forças Armadas para restabelecer a lei e a ordem*”, “*obrigando o Supremo Tribunal Federal a cumprir a Constituição*”, é livre improvisação. Nesse trecho, considerando que inexiste um procedimento para que a solução defendida por Martins (2011) seja levada a termo institucionalmente, é imperioso reconhecer que ele se refere ao uso da força militar contra o STF⁴.

Como será visto neste artigo, essa é uma característica da moderna divisão de Poderes: enquanto o Poder Legislativo e o Poder Judiciário podem conter o Poder Executivo apenas seguindo procedimentos previstos constitucionalmente (*impeachment*, controle concentrado de constitucionalidade ou persecução penal por crime comum praticado pelo Presidente da República), o Poder Executivo somente age contra os Poderes Legislativo e Judiciário de forma inconstitucional – pelo emprego de força militar ou pelo desbastamento institucional que caracteriza as crises democráticas recentes (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). O advogado ainda reconhece que, na verdade, sua interpretação se opõe a uma determinada orientação político-ideológica corporificada na “Era Lula”:

À evidência, minhas críticas ao protagonismo do Supremo, em nenhum momento atingem as figuras de seus Ministros, a quem reitero, mais uma vez, minha admiração e respeito. Apenas não penso como eles e sim como pensavam os juristas que constituíam a Suprema Corte, antes da “Era Lula” (MARTINS, 2011, p. 37-38).

⁴ No momento em que este artigo é concluído (março de 2023), as investigações sobre os atos antidemocráticos de oito de janeiro de 2023, que resultaram na invasão e depredação dos prédios oficiais em que funcionam o STF, o Congresso Nacional e a Presidência da República na Praça dos Três Poderes, ainda estão em curso. Não será espantoso se as investigações concluírem que os atos de depredação e o esforço de coordenação que levou mais de 100 ônibus a Brasília, alimentou e manteve cerca de 4.000 pessoas em acampamentos geridos por familiares de militares do governo Bolsonaro, sob os auspícios do Exército, tinha como objetivo ser o estopim de uma reação intervencionista “espontânea” por parte das Forças Armadas. Mas também não será de se espantar se as investigações não chegarem a conclusão alguma!

Como demonstram os casos mencionados, a ressalva ao STF da “Era Lula” pressupõe uma concepção de família, uma visão específica dos direitos da mulher e da proteção do nascituro, e uma determinada concepção de ordem e de violação à ordem. Todas essas concepções são ideológicas. Mas a principal delas é afeta ao papel das Forças Armadas. Afinal de contas, a Constituição prevê procedimentos para endereçar tudo aquilo que o advogado afirma ser um problema. Se a sociedade não concorda com o casamento homoafetivo, o parlamento poderia aprovar uma emenda constitucional ao art. 226 da Constituição de 1988 proibindo expressamente. Alternativa equivalente valeria para todos os demais exemplos.

O caso do art. 142 chegou ao STF e suscitou decisão liminar do ministro Luiz Fux na decisão de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.457/DF:

Em uma leitura originalista e histórica do artigo 142 da Constituição, a expressão “garantia dos poderes constitucionais” não comporta qualquer interpretação que admita o emprego das Forças Armadas para a defesa de um Poder contra o outro. No desenho democrático brasileiro, a independência e a harmonia entre os poderes devem ser preservadas pelos mecanismos pacíficos e institucionais de freios e contrapesos criados pela própria Constituição. [...] Assim, inexiste no sistema constitucional brasileiro a função de garante ou de poder moderador: para a defesa de um poder sobre os demais a Constituição instituiu o pétreo princípio da separação de poderes e seus mecanismos de realização (BRASIL, 2020).

Ou seja, é impossível argumentar que a Constituição Federal comportaria o manejo das Forças Armadas *contra* qualquer um dos poderes constitucionais. A independência entre os Poderes é cláusula pétreia, e qualquer tentativa de subordinar os poderes constitucionais a um dos Poderes ou a qualquer outra força fere diretamente a Constituição.

Se for considerada a regulamentação do dispositivo, será visto que a sistemática de ativação de operações de garantia da lei e da ordem corroboram a subordinação das Forças Armadas ao poder civil. A menção à garantia da lei e da ordem é insuficiente para amparar a tese do Poder Moderador das Forças Armadas:

A Constituição de 1988 buscou superar as ambiguidades que caracterizavam os textos anteriores. [...] Contudo, manteve a atribuição às Forças Armadas da função de manter a “lei e a ordem”, o que não é ideal no que toca à pretensão de superar definitivamente o passado autoritário. Mas a interpretação do artigo 142 em conjunto com os preceitos constitucionais fundamentais (república, democracia, estado de direito) não deixa dúvidas de que a “ordem” que as Forças Armadas devem preservar é a ordem republicana do estado democrático de direito (SOUZA NETO, 2018, p. 1.694).

Com efeito, o trecho que menciona a “garantia da lei e da ordem” extrapola as funções militares típicas, conectando as Forças Armadas com a segurança nacional, uma agenda tipicamente interna. Não por outra razão, o § 6º do art. 144 da Constituição define as polícias militares e os corpos militares de bombeiros como “*forças auxiliares e reserva do Exército*”. Há, portanto, uma clara

conexão das Forças Armadas com a segurança pública. Mas mesmo nesse caso, essa conexão é clara e demanda um procedimento típico para suplementar as forças estaduais de segurança pública. Não significa, em momento algum, uma carta branca para atuar internamente.

Essa conexão e o respectivo procedimento de ativação de operações de garantia da lei e da ordem em reforço às forças estaduais de segurança pública estão claramente disciplinados no art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999:

Art. 15. O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República, que *determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais*, observada a seguinte forma de subordinação:

I - ao Comandante Supremo, por intermédio do Ministro de Estado da Defesa, no caso de Comandos conjuntos, compostos por meios adjudicados pelas Forças Armadas e, quando necessário, por outros órgãos;

II - diretamente ao Ministro de Estado da Defesa, para fim de adestramento, em operações conjuntas, ou por ocasião da participação brasileira em operações de paz;

III - diretamente ao respectivo Comandante da Força, respeitada a direção superior do Ministro de Estado da Defesa, no caso de emprego isolado de meios de uma única Força.

§ 1º Compete ao Presidente da República a decisão do emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos poderes constitucionais, por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados.

§ 2º A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, *após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal*.

§ 3º Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional.

§ 4º Na hipótese de emprego nas condições previstas no § 3º deste artigo, após mensagem do Presidente da República, serão ativados os *órgãos operacionais das Forças Armadas*, que desenvolverão, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, as ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado das operações na garantia da lei e da ordem.

§ 5º Determinado o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, caberá à autoridade competente, mediante ato formal, transferir o controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações, a qual deverá constituir um centro de coordenação de operações, composto por representantes dos órgãos públicos sob seu controle operacional ou com interesses afins.

§ 6º Considera-se controle operacional, para fins de aplicação desta Lei Complementar, o poder conferido à autoridade encarregada das operações, para atribuir e coordenar missões ou tarefas específicas a serem desempenhadas por efetivos dos órgãos de segurança pública, obedecidas as suas competências constitucionais ou legais. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

§ 7º A atuação do militar nos casos previstos nos arts. 13, 14, 15, 16-A, nos incisos IV e V do art. 17, no inciso III do art. 17-A, nos incisos VI e VII do art. 18, nas atividades de defesa civil a que se refere o art. 16 desta Lei Complementar e no inciso XIV do art. 23 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal. (BRASIL, 1999, grifo nosso).

O procedimento previsto na regulamentação do art. 142 é bastante preciso. As Forças Armadas só podem ser acionadas em caso de clara insuficiência dos recursos locais estabelecidos no art. 144 da Constituição para garantir a segurança pública. A Lei Complementar nº 97/1999 permite o uso interno das Forças Armadas em situações específicas de crise na segurança pública. Os casos citados pelo ministro Luiz Fux na concessão de medida cautelar na ADI nº 6.457/DF ilustram bem essa hipótese: crises de segurança pública em cidades como Natal, Recife, Mossoró, na região metropolitana do Rio de Janeiro e no Espírito Santo, por exemplo, permitiram o uso interno das Forças Armadas para ajudar a conter situações locais, muitas vezes relacionadas a paralisações nas polícias militares estaduais.

Isso é exatamente o que o Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001, que regulamenta o art. 15 da Lei Complementar nº 97/1999, estabelece. Ainda mais importante, a Lei Complementar nº 97/1999 coloca os órgãos operacionais das Forças Armadas sob a autoridade do Ministro da Defesa, ou seja, da estrutura civil do Poder Executivo. A hierarquia e a disciplina mencionadas no art. 142 da Constituição devem ser interpretadas de forma a reforçar a subordinação das Forças Armadas ao poder civil, e nada diferente disso parece compatível com o texto constitucional. Não existe nada como uma “garantia da lei e da ordem para conflito entre poderes”.

Ou seja, a “doutrina do poder moderador das Forças Armadas” de Ives Gandra não tem qualquer conexão com o sistema constitucional de 1988. Ela se conecta, ao contrário, com valores tidos como absolutos, mas que na verdade representam *uma* visão de mundo subjetiva; uma visão que qualifica como “ativistas” as decisões das quais se discorda. O risco de que valores pessoais, nessa condição, sejam erigidos a princípios constitucionais, com consequências sociais nefastas, é há muito estudado pelo melhor constitucionalismo (RÜTHERS, 2022; STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015).

A interpretação do art. 142 é, portanto, inequívoca: (i) as operações de garantia da lei e da ordem somente podem funcionar nos quadros do Estado de direito, conforme a Constituição e a legislação que disciplinam seu emprego interno; (ii) as Forças Armadas podem ser requisitadas por qualquer dos poderes constitucionais, mas nunca mobilizadas *contra* qualquer desses Poderes; (iii) nada há que indique o papel de um Poder Moderador às Forças Armadas; e (iv) toda atuação das Forças Armadas deve ser no sentido de preservar a ordem democrática e o Estado de direito configurado pela Constituição Federal de 1988⁵.

⁵ Essa interpretação é respaldada de forma unânime entre os juristas – cf., e. g., os artigos reunidos em RUFINO DO VALE, 2020.

2 FORÇA NORMATIVA E CONCRETIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO – OS LIMITES DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Viu-se na seção anterior duas interpretações concorrentes acerca do teor do art. 142 da Constituição. Uma delas, que se poderia chamar de interpretação *by the book*, enquadra o art. 142 não apenas no aparato constitucional de defesa do Estado democrático de direito, mas também no sistema de freios e contrapesos da Constituição Federal de 1988, e assevera que a cláusula de “*garantia da lei e da ordem*” está conectada ao ordenamento constitucional da segurança pública e é por isso condicionada à exaustão ou insuficiência das forças de segurança pública estaduais. A outra interpretação, que se designa por constitucionalismo “*free style*”, atribui ao texto constitucional uma projeção subjetiva peculiar, explicitamente motivada por uma crítica de caráter ideológico a decisões específicas do STF. Essa interpretação lê o trecho “*garantia da lei e da ordem*” como uma cláusula geral de arbitramento, pelas Forças Armadas, de conflitos entre os Poderes da República.

Essa diferença de perspectivas permite discutir o problema teórico que parece central no direito constitucional moderno – o da conexão e da possibilidade de distinguir direito e política. Isso porque a disputa hermenêutica em torno de um dispositivo legal é natural e esperável em uma democracia. Mas é igualmente natural e esperável em uma democracia que, do ponto de vista *institucional*, o posicionamento da corte constitucional seja capaz de superar a polêmica. Superar não no sentido de convencer a todos, subjetivamente e sem exceção, acerca do acerto de uma decisão. Diz-se “superar” no sentido que Luhmann atribui ao processo de reestruturação de expectativas no clássico *Legitimação pelo procedimento*: o procedimento opera uma transformação nas expectativas dos envolvidos e os “encaminha” ou “prepara” para aceitar uma decisão institucional oficial – seja ela a aprovação ou revogação de uma lei, ou uma decisão judicial ou administrativa – de forma que os descontentes apenas podem ficar inconformados com a decisão, em seu foro íntimo (LUHMANN, 1983, p. 122-123). O importante é que o inconformismo não gere resultados sociais, que seja mantido e debatido na academia, na comunidade jurídica, em conversas informais, etc., mas que remanesça inócuo – isso é o que Luhmann designa como sistema imunológico da sociedade (BACHUR, 2010, p. 248 et seq.).

Mas foi justamente isso que *não* aconteceu no caso do art. 142. Como mencionado no início deste artigo, parece haver uma conexão entre os atos antidemocráticos de oito de janeiro de 2023 e a disputa (que, a princípio, deveria ser apenas hermenêutica) em torno do art. 142. Uma disputa *política*, por óbvio.

O problema é que, quando se reconhece que a disputa é política e, portanto, extrajurídica, limita-se automaticamente o que se pode esperar do direito. Quando o problema é simplesmente qualificado como político (não jurídico), não há mais nada a fazer em termos jurídicos. A perspectiva de sociologia da constituição aqui proposta permite reconectar a relação entre direito e política, transitando de um a outro, sem pressupor a simples determinação do direito pela política ou a capacidade de o direito controlar a política. Nesta seção, será utilizada a diferença de perspectivas interpretativas sobre o art. 142 para tangenciar os limites da hermenêutica constitucional usando como paradigmas Konrad Hesse e Friedrich Müller.

O argumento transitará, de maneira interdisciplinar, do direito constitucional à sociologia da constituição, para depois retornar ao direito constitucional. Pretende-se mostrar que, *do ponto de vista da sociedade*, o discurso jurídico pode ser disputado em outras esferas – e. g., na política. O inconformismo dos juristas tradicionais com a tese do Poder Moderador das Forças Armadas se explica pela adoção exclusiva de uma “observação de primeira ordem” do sistema jurídico, para usar a terminologia de Luhmann. Ou seja, parte-se do pressuposto de que o discurso jurídico é monopólio do sistema jurídico e interpreta-se o art. 142 com a metodologia canônica da hermenêutica constitucional. Por esse procedimento, o inconformismo é inevitável diante do absurdo jurídico que representa a tese do Poder Moderador das Forças Armadas, mas também, e sobretudo, por conta do oportunismo político que ela expressa, em um país que oscila entre momentos democráticos e irrupções autoritárias⁶. Talvez o distanciamento permitido pela sociologia contribua na análise do objeto, tornando-a mais precisa. Na teoria de sistemas sociais de Luhmann, cada sistema funcional: (i) se auto-observa para preservar sua fronteira sistema/ambiente, mas também (ii) observa o restante da sociedade e outros sistemas – observação de primeira e segunda ordem, respectivamente (LUHMANN, 1997, p. 60 et seq.). Uma observação de segunda ordem é um deslocamento: por exemplo, quando o direito observa o funcionamento da economia, ou a economia o funcionamento do direito, ou a sociologia o funcionamento do direito. Ela vê aquilo que a observação de primeira ordem não consegue ver. A sociologia constitucional é, por isso, uma observação de segunda ordem do sistema jurídico e político. E com isso ela pode observar como o discurso jurídico oficial pode ser confrontado ou disputado por outros sistemas sociais (de um ponto de vista sociológico, claro, nunca do ponto de vista oficial, interno ao direito). No caso do art. 142, observa-se como a política confronta

⁶ Cf., e. g., os títulos de alguns dos artigos reunidos em RUFINO DO VALE, 2020: Lenio Streck, “São as Forças Armadas o Poder Moderador na República? Uma correta hermenêutica do artigo 142 da constituição do Brasil”; ou Thomaz Pereira & Diego Werneck Arguelhes, “Intervenção Militar é Golpe: é só ler a Constituição”; e Glauco Salomão Leite *et al.*, “O art. 142 da Constituição e os malabarismos constitucionais”.

a interpretação jurídica oficial, o que explicaria a sobrevivência da tese do Poder Moderador das Forças Armadas mesmo após a manifestação do STF em junho de 2020, na ADI 6.457/DF (BRASIL, 2020). Para que o direito reaja a isso, é preciso antes compreender a natureza do conflito e suas determinantes estruturais. Se, por um lado, não há, de fato, solução jurídica capaz de conter a violência física, há uma série de mediações jurídicas que podem contribuir para o reenquadramento político e social da questão das Forças Armadas no Brasil.

O texto *A força normativa da constituição*, a partir de uma palestra de Konrad Hesse proferida em 1958 e publicado no ano seguinte, é certamente um clássico de direito constitucional e teoria da constituição. Hesse se contrapõe nesse texto ao diagnóstico de Ferdinand Lassalle, segundo o qual as constituições nada mais seriam do que uma “mera folha de papel”, impotentes diante das reais forças políticas da sociedade (LASSALLE, 1958). Nos anos seguintes à II Guerra Mundial, a teoria do Estado e o direito constitucional ficaram relativamente inertes na Alemanha. A presença de Carl Schmitt e a memória do III Reich nazista bloqueavam uma retomada do direito constitucional fundada na autonomia do direito em relação à política. Talvez por essa razão Hesse tenha escolhido, estrategicamente, o panfleto de um advogado marxista do século XIX como alvo, e não, por exemplo, o próprio Schmitt, para elaborar a tese da força normativa da constituição. O texto de Hesse marca uma virada teórica em direção à autonomia do direito em relação à política. Uma virada que acompanha, por exemplo, o histórico caso Lüth, em que o Tribunal Constitucional alemão afirmou a prevalência dos direitos fundamentais inclusive nas relações privadas. É nesse contexto que o texto de Hesse deve ser lido.

Hesse escreve em contraposição à conhecida assertiva de Jellinek acerca da “*força normativa do factual*” (“*normative Kraft des Faktischen*”) (JELLINEK, 1921, p. 337), acentuando a força normativa da constituição diante dos fatos. Jellinek trabalha a tensão constitutiva da relação entre direito e política: a incapacidade de o direito simplesmente domar a política e a capacidade de a política alterar o direito. Para Hesse (2019, p. 2), Lassalle teria feito uma simplificação exagerada dessa tensão, como se a normatividade sempre se rendesse à pura facticidade. Isso seria a negação do direito constitucional e da teoria do Estado de direito como ciências jurídicas. Fosse esse o caso, a teoria da constituição seria apenas uma reiteração dos fatos da *Realpolitik* (HESSE, 2019, p. 3). E, nessa medida, a teoria do direito perderia seu caráter essencialmente normativo – i. e., de ciência das normas jurídicas (“*Normwissenschaft*”) – e se equipararia à sociologia. A autonomia da esfera jurídica se expressa no conceito de *força normativa da constituição* “*quando a constituição tem uma força própria, ainda que limitada, que motiva e ordena a vida estatal*” (HESSE, 2019, p. 3, tradução nossa, grifo nosso).

Para Hesse, a norma constitucional não tem existência fática própria. Sua essência é *valer*, i. e., suscitar uma pretensão de validade (“*Geltungsanspruch*”) contra ou em face do estado de coisas fático (HESSE, 2019, p. 5). Essa pretensão de validade não se deixa deduzir das condições técnicas, econômicas e sociais de sua realização, mas – e esse é o ponto – ela *integra e codetermina* o conjunto de condições de realização da própria norma constitucional. Ou seja, não haveria uma normatividade e uma facticidade totalmente separadas uma da outra, pois elas se condicionariam mútua e reciprocamente. A validade da norma é mais um fator no campo de forças conjurado pela concretização normativa. “Na medida em que consegue concretizar esta pretensão de validade, a constituição jurídica ganha força normativa” (HESSE, 2019, p. 6, tradução nossa).

O problema, contudo, é estabilizar *institucionalmente* essa pretensão. Hesse aposta no convencimento pessoal dos envolvidos com a vida constitucional (diga-se de passagem, a mesma solução de Kelsen, ao incorporar a norma fundamental na rotina de pensamento dos operadores do direito; e de Hart, ao equipar os oficiais encarregados do *enforcement* das regras primárias com uma regra secundária especial – a regra de reconhecimento – que lhes permite identificar as regras válidas que definem direitos e obrigações):

O decisivo é isso: antes de tudo, do lado daqueles que participam na vida constitucional, a preservação daquela atitude que descrevi antes como vontade de constituição [...] para a prática constitucional é indispensável aquela atitude que caracterizei como vontade de constituição (HESSE, 2019, p. 10, 15, tradução nossa).

Em síntese, portanto, há uma classe de “portadores” da força normativa da constituição: aqueles diretamente envolvidos com a prática constitucional. Ora, essa formulação não deixa de ser problemática, de um ponto de vista teórico. No caso do art. 142, é possível identificar duas vontades de constituição contrapostas: a do STF e a do Poder Executivo. A tese de Hesse é importante por reforçar a autonomia do direito em uma Alemanha que acabara de sair de um período totalitário, em que não apenas o direito (RÜTHERS, 2022), mas todas as demais esferas vitais (a cultura, a ciência, a economia, a mídia, a educação, etc.), estavam subordinadas à lógica política nazista. Do ponto de vista teórico, contudo, a formulação da força normativa redonda na convicção subjetiva dos operadores do direito. O que ocorre quando esses operadores não têm vontade de constituição? Pior: o que fazer quando há uma “vontade de constituição” que atenta contra a própria Constituição?

Claro, a dogmática de direito constitucional ajuda nesse ponto, ao mostrar o sentido que a concretização normativa deve seguir. Tome-se por exemplo a metódica estruturante de Friedrich Müller (1994; MÜLLER; CHRISTENSEN, 2009). De forma bastante esquemática, a metódica estruturante procura integrar metodologia jurídica, dogmática, teoria da norma e teoria da

constituição, oferecendo uma progressão racional que permita justificar a decisão judicial racionalmente. Müller parte do pressuposto de que a interpretação constitucional é diferente da interpretação da legislação infraconstitucional e incorpora a casuística do Tribunal Constitucional alemão na elaboração de sua teoria, mostrando como as circunstâncias fáticas são determinantes da concretização constitucional. Há, portanto, uma relativização da diferença estrita entre ser e dever-ser de Kelsen.

Müller diferencia a *norma do texto da norma*: esse é apenas o ponto de partida, a norma é o resultado concreto da interpretação. A metódica estruturante descreve uma hipótese de como deve se processar esse *iter* do texto à norma: recortando-se um âmbito da norma, diversos métodos interpretativos são empregados para elaborar hipóteses para o programa da norma. A confluência do programa da norma e do âmbito da norma redundam na decisão do caso pela norma jurídica. Da mesma maneira como faz a tradição jurídica, esse *iter* do texto à norma – guiado pela metódica estruturante de forma racional e controlada pelo uso proficiente da dogmática de direito constitucional – repousa, em última instância, na consciência empírica, subjetiva, dos operadores do direito. Da mesma maneira como Kelsen faz da norma fundamental um expediente epistemológico do operador do direito; assim como Hart atribui ao operador do direito o manejo da regra de reconhecimento; e assim como Hesse conta com os portadores da vontade de constituição para preservar sua força normativa; Müller incute no juiz o método de trabalho estruturante que concretiza a norma constitucional “corretamente”: no caso, o art. 142 deve ser interpretado nos quadros do regramento constitucional da defesa do Estado democrático de direito e da conexão com a segurança pública.

Mas a dogmática não oferece uma garantia absoluta contra hermenêuticas heterodoxas e oportunistas, pois ela trabalha apenas *internamente* ao sistema de freios e contrapesos previstos na própria Constituição. Outras interpretações seriam apontadas como “erradas” do ponto de vista constitucional, ou “mal-intencionadas”, do ponto de vista político. E, nesses termos, a polêmica em torno do art. 142 fica inexplicável *para a teoria do direito*. Fica remetida à política. Está fora do direito – e, portanto, inalcançável pelos métodos jurídicos próprios da hermenêutica constitucional. Mas isso significa justamente *imobilizar* a teoria do direito. Tanto o conceito de força normativa da constituição quanto a metódica estruturante conseguem apontar o absurdo jurídico da tese do Poder Moderador das Forças Armadas, mas desde que se esteja comprometido com as premissas internas de Hesse e Müller. Ambos embutem a força normativa e a tarefa de concretizar a constituição na consciência dos responsáveis pela práxis constitucional. Ou seja, ambos trabalham com uma interpretação “correta” da constituição, condicionada, contudo, à adesão subjetiva dos operadores do direito.

Mas e se os adeptos da tese do Poder Moderador das Forças Armadas reivindicarem a “*força normativa*” da constituição *contra* a Constituição de 1988? Se apresentarem a cláusula genérica de intervenção militar nos conflitos entre Poderes como um programa da norma, tão válido como outro qualquer? E se reivindicarem a “*interpretação autêntica*” desse dispositivo? Deve-se lembrar que a tese do Poder Executivo como o verdadeiro guardião da constituição, sobrepondo-se tanto ao Poder Legislativo quanto ao Poder Judiciário, foi defendida por ninguém menos que Carl Schmitt (2016). Quando a hermenêutica tem apenas a interpretação “correta” do seu lado, ela acaba assumindo uma postura moral que aponta o “erro” na interpretação da constituição, mas que não consegue ultrapassar esse ponto. Afinal, a história também é feita de erros (RÜTHERS, 2022).

Nesse contexto, qual a contribuição da sociologia da constituição? Ela reabre o conflito subjacente ao art. 142 e interpreta esse artigo à luz desse conflito, com métodos das ciências sociais. Ela permite avaliar as determinantes estruturais desse conflito e pode, com isso, contribuir para enriquecer a hermenêutica constitucional. É claro, a hermenêutica parte da norma posta e pretende impô-la aos fatos. A sociologia da constituição não tem essa trava. Ela pode fornecer novos argumentos ou novos cursos de ação política para consolidar ou aprimorar a tarefa da hermenêutica.

3 SOCIOLOGIA DA CONSTITUIÇÃO: O CONFLITO SOCIAL SUBJACENTE AO ART. 142

Atualmente, a sociologia da constituição se configura como uma disciplina plenamente estabelecida, muito por força dos trabalhos de Chris Thornhill (BLOKKER; THORNHILL, 2017; THORNHILL, 2017). Talvez o rótulo seja novo, mas o olhar sociológico sobre a estrutura jurídico-política das constituições conta já algumas décadas e múltiplas manifestações. Uma das primeiras formulações está na teoria de sistemas sociais, que observa a constituição como aquisição evolutiva que institucionaliza um fluxo recíproco de irritação entre a política e o direito (CORSI, 2001; LUHMANN, 1990). Teubner (2012) também identifica funções constitucionais para além do texto constitucional, observando como determinadas “regiões” globais (e. g., o cyberespaço ou o comércio internacional) são guiadas por uma ordem normativa própria. Por fim, Roberto Gargarella (2014) apresenta uma das mais fecundas abordagens, apontando que o constitucionalismo latino-americano é estruturado por uma tensão constante entre a afirmação (“*simbólica*” ou *programática*) de direitos e a contenção dessas aspirações pelas estruturas tradicionais de poder – a constituição fica aquém da “sala de máquinas”, i. e., o sistema de controle do poder político que poderia forçar a implementação de direitos (GARGARELLA, 2014, p. 309). Essa perspectiva se coaduna com a análise recente que

aponta que a transição democrática é sempre mediada pela elite dominante, que controla e, com isso, também mitiga, a plena realização da democracia (ALBERTUS; MENALDO, 2018).

Especificamente sobre a Constituição de 1988, não é possível recuperar neste artigo todas as iniciativas que se permitiram classificar como sociologia da constituição. Raymundo Faoro (2022), por exemplo, recupera momentos da Constituinte brasileira e da história constitucional para mostrar o conflito entre a ordem colonial “espontânea” e a tentativa da metrópole de impor uma vinculação jurídica capaz de atravessar o Atlântico. Essa tensão entre poder central e poder local é uma chave interessante para observar a histórica constitucional brasileira, inclusive para identificar resquícios dessa tensão na Constituição de 1988. Em linha com a análise permitida pela teoria de sistemas sociais, uma interessante apropriação da teoria de sistemas aponta como a histórica constitucional brasileira é marcada por momentos de constitucionalização simbólica: ou seja, a constituição tem funções normativas propriamente ditas, e funções simbólicas, em que expressa aspirações, álibis e programas abertos (NEVES, 2011). Ainda, há estudos que identificam como o emendamento constitucional segue uma lógica de bola de neve: como há uma série de políticas públicas desenhadas na Constituição, governar significa emendar a Constituição; mas quanto mais se emenda, maior ela fica, e, com isso, maior as restrições aos governos subsequentes, que terão de emendar novamente a Constituição, e assim por diante (ARANTES; COUTO, 2009). Balanços mostram, por fim, como a Constituição desempenhou um papel importante para políticas sociais (MENEZES FILHO; SOUZA, 2019), mas também mostram que a política monetária e fiscal ainda prepondera sobre o restante do regramento constitucional (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006). Todas essas abordagens poderiam ser, de alguma maneira, consideradas estudos sociológicos da Constituição – estudos que não se guiam em primeira linha pela dogmática de direito constitucional em sentido estrito.

A visão que se pretende avançar neste artigo tem nas *lutas constitucionais* seu conceito estruturante, tal como desenvolvido por Hauke Brunkhorst a partir de Marx, na interpretação do clássico *O dezoito Brumário*: — As lutas constitucionais são a projeção constitucional de disputas sociais, econômicas e políticas, cuja repercussão é alguma mudança na forma como a constituição é interpretada e aplicada (BRUNKHORST, 2007, p. 236). O conceito de *lutas constitucionais* demanda desenvolvimento mais profundo do que o possível neste artigo; no momento, o conceito será introduzido de forma preliminar e como ensaio, apenas para uma análise do art. 142 que aponte os limites da hermenêutica constitucional. O exemplo paradigmático parece estar na análise que Marx fizera da Constituição de 1848, apontando como o sentido de dispositivos constitucionais era torcido pela luta política, mas não podia simplesmente prescindir da forma jurídica (BRUNKHORST, 2007).

Mas não se trata do velho esquema marxista, segundo o qual o direito é determinado pela economia. Muito pelo contrário, as lutas constitucionais seguem uma lógica própria, marcada pela ambivalência constitutiva do direito: o fato de o direito ser, a um só tempo, expressão da autodeterminação política de uma comunidade, e, nessa medida, realização coletiva da liberdade, mas também contenção, regra, restrição (BRUNKHORST, 2007, p. 233). Ou seja, o direito constitucional tem uma dimensão expansiva, na qual ele materializa uma comunidade, e uma dimensão restritiva, na qual ele contém impulsos contrários a essa comunidade.

Neste artigo, as lutas constitucionais são uma categoria analítica, e a presente proposta de sociologia da constituição segue mais esse caminho analítico do que o confronto entre a empiria e o texto normativo. Com Luhmann, a constituição é o acoplamento estrutural entre direito e política. A sociologia da constituição é uma forma de observar a irritação recíproca entre política e direito, para identificar como a Constituição é tanto a origem como o ponto de chegada de conflitos sociais e políticos. A Constituinte de 1988 realizou uma série de compromissos e acordos, a fim de viabilizar a saída da ditadura militar. Isso significou que muitos conflitos foram postergados, e não efetivamente solucionados. A questão das Forças Armadas é um exemplo disso (MATHIAS; GUZZI, 2010; ROCHA, 2013).

Para os fins almejados, portanto, deve-se reler a polêmica em torno do art. 142 como uma *luta constitucional*, e não como simples adjudicação, ou interpretação de um dispositivo constitucional, ou ainda como aplicação de uma norma a um caso. O sentido do art. 142, de uma perspectiva histórica e sociológica, define-se na luta política e social subjacente à redação do dispositivo. Essa luta pode ser ilustrada recuperando tanto a leitura que os militares fizeram do dispositivo, quanto a leitura dos parlamentares constituintes.

No caso específico do art. 142, os militares atuaram no período constituinte e a redação atual do dispositivo representa, *para as Forças Armadas*, algo diferente do que ela representa para a hermenêutica jurídica ou o parlamento. No livro *Segredos da Constituinte*, o jornalista Luiz Maklouf Carvalho entrevistou alguns dos principais atores da Constituinte, entre eles o general Leônidas Pires Gonçalves, então Ministro do Exército do governo Sarney. Em uma das entrevistas, o ex-Presidente Sarney afirma:

[Maklouf Carvalho —] Houve algum risco de golpe militar durante a Constituinte?
 Sarney — Houve risco, sim. Quando eles tentaram fazer uma redação em que as forças armadas não podiam intervir na ordem interna, houve uma reação muito grande da área militar. [...] o Leônidas me disse: “Nós resolvemos, essa redação nós aceitamos.” O Bernardo Cabral fez esse acordo — de garantir um artigo que garantisse a intervenção militar na ordem interna. (MAKLOUF CARVALHO, 2017, grifo nosso).

E o próprio general Leônidas afirma isso em sua entrevista:

[Maklouf Carvalho —] A questão mais importante para as Forças Armadas era garantir, na Constituição, o direito de *poder intervir na ordem interna* — *como acabou constando no art. 142*, desde que autorizadas por um dos três poderes. Mas deu muita confusão.

LPG [Leônidas Pires Gonçalves]: Eu me envolvi pessoalmente nesse debate. Não há Constituição no mundo que, de maneira direta ou indireta, não atribua a garantia da lei e da ordem do país às Forças Armadas. O exemplo máximo é a democracia americana. O juramento do militar americano é: “Juro solenemente defender a Constituição dos Estados Unidos against foreign and domestic enemies (contra inimigos estrangeiros e domésticos).” Então, como diz com muito acerto o jurista Ives Gandra, “O art. 142 coloca as Forças Armadas como um *poder moderador* da nação.” (MAKLOUF CARVALHO, 2017, grifo nosso).

Por outro lado, os parlamentares constituintes liam o art. 142 de outra maneira, completamente diferente da forma pretendida pelo então general Leônidas⁷. No Diário da Assembleia Nacional Constituinte de 23 de julho de 1987, o general Euler Bentes Monteiro afirmou o seguinte:

A questão fundamental, conceitual: a Constituição deve definir, para as Forças Armadas, atribuições condizentes ao modelo democrático? Acho claro que sim. Há, assim, que *desfigurar o papel histórico do chamado poder moderador*. A intervenção das Forças Armadas no processo político, se admitindo como destinação constitucional, irá colocá-la acima dos poderes políticos do Estado e acima do próprio Estado (BRASIL, 1987b, p. 49, grifo nosso).

Da mesma maneira, o deputado Ricardo Fiúza, então relator da Subcomissão encarregada da apresentar a redação do art. 142:

Na questão desse [sic] expressão “da lei e da ordem”, entendo de forma absolutamente diversa de alguns companheiros. Eles entendem que seria a supremacia sobre os demais poderes. [...] As Forças Armadas, submetidas à autoridade do Presidente da República, são essencialmente obedientes aos poderes constitucionais, não lhes sendo facultada a análise do mérito das ordens emanadas por estes poderes legitimamente constituídos pela vontade popular [...] “A expressão em boa hora retirada, reafirma a condição de que as Forças Armadas são essencialmente obedientes e não deliberantes. O fato de que as Forças Armadas têm na Constituição as fontes de sua legitimidade, e o dever especial de garantias aos poderes constitucionais e à lei, elimine [sic] a possibilidade de agirem sob quaisquer alegações, contra a ordem jurídica estabelecida.” (BRASIL, 1987a, p. 207, 2019).

Ou seja, essas transcrições dos debates constituintes e as entrevistas concedidas recentemente a Maklouf Carvalho ilustram a perenidade do conflito em torno do art. 142. Um conflito enraizado na história brasileira, em que se alteraram períodos democráticos e intervenções militares, cristalizando um ressentimento recíproco: do lado militar, o encastelamento no Clube Militar e nas escolas militares permitiu preservar uma ideologia antiesquerda e uma narrativa específica sobre o papel dos militares no golpe de 1964, bem como seu papel na Nova República (CARVALHO, 2020;

⁷ A reconstituição de parte dos debates constituintes pode ser encontrada na Nota Técnica nº 2.866/2020 da Consultoria Legislativa do Senado Federal, citada pelo ministro Luiz Fux na decisão cautelar da ADI nº 6.457/DF (BRASIL, 2020).

CHIRIO, 2012). Do lado civil, a transição democrática parecia ter encerrado com a criação do Ministério da Defesa, até que foi resgatada pela criação tardia da Comissão da Verdade no governo Dilma. Os fantasmas da ameaça comunista e da prevenção dessa ameaça se reatualizaram na campanha política de Bolsonaro e em seu período como Presidente da República. Basta lembrar o tuíte do general Eduardo Villas Bôas, de três de abril de 2018, às vésperas do julgamento pelo STF de um *habeas corpus* impetrado pelo ex-Presidente Lula, à época, preso em Curitiba: “Asseguro à nação que o Exército brasileiro julga compartilhar o anseio de todos os cidadãos de bem de repúdio à impunidade e de respeito à Constituição, à paz social e à democracia, bem como se mantém atento às suas missões institucionais” (CARVALHO, 2020, p. 11). Durante o governo Bolsonaro, militares no governo negavam a intenção de recorrer às Forças Armadas, “*desde que a oposição não estique a corda*”⁸. Enfim, os exemplos seriam muitos e recuperá-los todos escaparia ao caráter analítico deste ensaio. O importante é que o momento recentemente vivenciado se explica como culminância de um conflito estrutural latente, articulado pela reivindicação de protagonismo pelas Forças Armadas e pela leniência ou indiferença com que o poder civil lidou com as Forças Armadas na Nova República. E, por essa razão, a derrota eleitoral de Bolsonaro em 2022 não supera o conflito subjacente ao art. 142. Mais uma vez, joga-se esse conflito para debaixo do tapete, na esperança de que ele desapareça por si próprio. E, por essa mesma razão, fica clara a insuficiência da hermenêutica jurídica para lidar com o conflito. *Porque não se trata de interpretar o art. 142, mas de disputar seu conteúdo.*

Em linha com Jellinek, há um momento em que a hermenêutica encontra limites. Isso não significa que, politicamente, tudo e qualquer coisa seja possível. A política também deve se submeter à Constituição. Ou seja, ao identificar que uma determinada interpretação jurídica está na verdade incrustada em um conflito político ou social, a sociologia da constituição insta a reabertura desse conflito – e a contingência desse movimento. A força normativa da constituição é, por isso, *contingente*, e depende de uma constante reatualização. Não pode ser simplesmente pressuposta, como um *continuum* ou um éter que preenche a mentalidade dos envolvidos na práxis constitucional. É resultado *social* de um jogo de forças político, mas também econômico, cultural, etc. A sociologia da constituição pretende tornar a hermenêutica mais consciente de seus limites metodológicos, para que ela passe novamente à ação.

⁸ Cf. <https://bit.ly/3zvqjW2> (acesso em: 12 mar. 2023).

4 A NECESSÁRIA REFORMA DO ART. 142

Para concluir este estudo, vale considerar que a solução da polêmica do art. 142 passa por uma necessária revisão do texto constitucional. Nesse ponto, volta-se da sociologia da constituição para o direito constitucional. Se a sociologia da constituição permitiu ver o conflito latente no caso do art. 142, será preciso, em algum momento, lidar com o conflito. Quer dizer, talvez não seja preciso – o constitucionalismo brasileiro tem um histórico invejável de não lidar com seus fantasmas, sejam eles a escravidão, a desigualdade social, o descontrole das finanças do Estado ou o papel das Forças Armadas como Poder Moderador. Aliás, é incrível que isso seja ainda um tema: o único momento em que houve Poder Moderador na história constitucional brasileira foi na Constituição do Império de 1824, outorgada por D. Pedro I. Como é possível que essa imagem de um Poder Moderador nas mãos dos militares sobreviva até hoje é tema que ainda merece um estudo aprofundado.

O importante é endereçar a discussão do art. 142 novamente nos quadros do Estado democrático de direito. Para tanto, seria importante rever a redação do dispositivo. Não porque a redação é problemática. Como visto, não é. Mas rever a redação pode significar a eliminação da reivindicação de uma interpretação autêntica pelos militares. O Clube do Exército e as escolas de formação são reservatórios de uma leitura particular da ditadura militar no Brasil, e também do desfecho desse período, bem como do que prevê a Constituição. Por essa razão, a única forma de eliminar aventuras pseudo-hermenêuticas como a do advogado Ives Gandra, está em mudar o texto do art. 142.

É claro: a decisão implica risco. Pois é impossível antecipar com segurança a redação que o Congresso Nacional aprovará. Não obstante, talvez fosse possível aprimorar o texto do art. 142, nos seguintes termos:

Redação atual

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. (BRASIL, 1988).

Redação proposta

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, subordinadas ao poder civil e organizadas com base no respeito ao Estado democrático de direito, na hierarquia e na disciplina, sob o comando do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à proteção do território nacional e, excepcionalmente, ao apoio das forças de segurança pública nos Estados

e no Distrito Federal, observados, nesse caso, os critérios e procedimentos estabelecidos em lei complementar.

Como já mencionado, o ponto da revisão constitucional, nesse caso, não seria corrigir o art. 142, mas eliminar qualquer ponto de apoio textual para reivindicação de uma intervenção militar na vida política democrática. E, também como já mencionado, o risco é de que o Congresso Nacional aprove texto que deixe mais clara a possibilidade de intervenção militar na vida democrática nacional. Afinal, a força normativa da constituição é contingente, resultado de uma luta que se expressa e transforma (ou deforma) o texto constitucional.

5 CONCLUSÃO

Este artigo buscou apresentar uma colaboração da sociologia da constituição para o entendimento da polêmica em torno do art. 142 da Constituição Federal de 1988. Viu-se que a hermenêutica tangencia seus limites na interpretação do texto constitucional, pois não se trata de um problema de *compreensão* do texto, mas de *disputa* pelo texto. O sentido concreto do art. 142 será definido em um processo de luta constitucional.

Pode-se fingir que o processo eleitoral superou o problema, até que nova crise se avizinhe. A questão das Forças Armadas está relacionada a uma crise estrutural da democracia brasileira, uma crise iniciada na República Velha e que até hoje assombra – talvez porque nunca tenha sido encarada abertamente. Essa crise, que *não foi* resolvida com a simples eleição de 2022 e a alternância de poder, diz respeito ao papel institucional que o governo civil deve atribuir às Forças Armadas (CARVALHO, 2020). A questão é estrutural e remanesce em aberto. Se as Forças Armadas não forem incorporadas institucionalmente à rotina democrática, remanescerão como reservatórios de um sentimento anticomunista anacrônico capaz de mobilizar a quebra da hierarquia em nome da garantia “da lei e da ordem”. Se não se esconjurar o fantasma de uma vez, “*corremos o risco de sermos surpreendidos pelos acontecimentos como em 1964*” (CARVALHO, 2020, p. 266, grifo nosso). Como um raio em céu azul – um raio que, de tempos em tempos, insiste em cair no mesmo lugar.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio *et al.* **Democracia em risco?** 22 ensaios sobre o Brasil hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ALBERTUS, Michael; MENALDO, Victor. **Authoritarianism and the Elite Origins of Democracy.** Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Uma Constituição incomum. In: CARVALHO, Maria Alice Rezende de; ARAÚJO, Cícero; SIMÕES, Júlio Assis (org.). **A Constituição de 1988: passado e futuro**. São Paulo: Hucitec, 2009. p. 17-51.

BACHUR, João Paulo. **Às portas do labirinto**: para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann. Rio de Janeiro: Azougue, 2010.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, [s. l.], v. XLIX, p. 57-77, 2006.

BLOKKER, Paul; THORNHILL, Chris (org.). **Sociological Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. **Atas das Comissões**. Anexo à Ata da 17ª reunião ordinária da Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança, realizada em 23 de maio de 1987a, às 14:30 horas. Disponível em: <https://bit.ly/4124qcw>. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. **Atas das Comissões**. Ano I. Suplemento ao nº 102. Brasília, DF, quinta-feira, 23 de julho de 1987b. Disponível em: <https://bit.ly/3U7hRWi>. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3J9Lhy4>. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Lei complementar nº 97, de 9 de junho de 1999**. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jun. 1999. Disponível em: <https://bit.ly/3K9CUMD>. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6457 MC / DF - Distrito Federal**. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento: 12/06/2020. Publicação: 16/06/2020. DJe-149, divulgado em 15/06/2020 e publicado em 16/06/2020. Disponível em: <https://bit.ly/43hXsCr>. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRUNKHORST, Hauke. Kommentar. In: MARX, Karl. **Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte** [1852]. Frankfurt: Suhrkamp, 2007.

CARVALHO, José Murilo de. **Forças Armadas e política no Brasil**. São Paulo: Todavia, 2020. E-book.

CHIRIO, Maud. **A política nos quartéis**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da constituição. Tradução Juliana Neuenschwander Magalhães. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, [s. l.], n. 39, p. 169-189, 2001.

FAORO, Raymundo. **A república inacabada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.

FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014.

GARGARELLA, Roberto. **Los fundamentos legales de la desigualdad**. El constitucionalismo en América (1776-1860). Madrid: Siglo XXI, 2005.

HESSE, Konrad. Die normative Kraft der Verfassung. In: KRÜPER, Julian; PAYANDEH, Mehrdad; SAUER, Heiko (org.). **Konrad Hesses normative Kraft der Verfassung [1959]**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019.

JELLINEK, Georg. **Allgemeine Staatslehre**. 3. ed. Berlin: Springer, 1921.

LASSALLE, Ferdinand. **Über Verfassungswesen**: Ein Vortrag, gehalten am 16. April 1862 in Berlin [1862]. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1958.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Legitimation durch Verfahren** [1969]. 3. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1983.

LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**, [s. l.], v. 9, p. 176-220, 1990.

MAKLOUF CARVALHO, Luiz. **1988**: Segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, [s. l.], n. 18, p. 23-38, jul./dez. 2011.

MATHIAS, Suzeley Kalik; GUZZI, André Cavaller. Autonomia na lei: as forças armadas nas constituições nacionais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [s. l.], v. 25, n. 73, p. 41-57, 2010.

MENEZES FILHO, Naércio; SOUZA, André Portela (org.). **A carta**: para entender a Constituição brasileira. São Paulo: Todavia, 2019.

MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. 2. ed. Berlin: Dunker & Humblot, 1994.

MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph. **Juristische Methodik**. V. 1. 10. ed. Berlin: Dunker & Humblot, 2009.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ROCHA, Antônio Sérgio. Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democratização. **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 29-87, 2013.

RUFINO DO VALE, André (org.). **Forças Armadas e democracia no Brasil**: a interpretação do art. 142 da Constituição de 1988. Brasília: Observatório Constitucional, 2020.

RÜTHERS, Bernd. **Die Unbegrenzte Auslegung**: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus [1969]. 9. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.

SCHMITT, Carl. **Der Hütter der Verfassung** [1931]. 4. ed. Berlin: Dunker & Humblot, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Comentário ao 142. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; FERREIRA MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. **Do Poder Moderador**: ensaio de direito constitucional. Recife: Typographia Universal, 1864.

STRECK Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS 3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. especial, p. 51-61, 2015.

TEUBNER, Gunther. **Verfassungsfragmente**: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung. Berlin: Suhrkamp, 2012.

THORNHILL, Chris. The Sociology of Constitutions. **Annual Review of Law and Social Science**, [s. l.], v. 13, p. 493-513, 2017.