

Conclusão

Em nossa introdução justificamos a importância do tema do trabalho destacando que o STF tem editado súmulas vinculantes regularmente desde 2007 e que a reforma do judiciário não se extinguiu em 2004. Este último ponto ficou mais claro no capítulo terceiro, com o percurso que traçamos da evolução do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Cabe ressaltar aqui que o debate torna-se ainda mais atual e relevante diante das discussões acerca da proposta de emenda constitucional aprovada (25 de abril de 2012) pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara que permite ao Congresso sustar decisões do Judiciário (“atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”). A proposta foi aprovada por unanimidade após uma articulação de deputados evangélicos e católicos, provavelmente em resposta à decisão que legalizou o aborto de fetos anencéfalos.

758

No primeiro capítulo, utilizamos as obras de Antonio Negri, Spinoza e Maquiavel para repensar o conceito de poder constituinte. Em tempos de intensificação do desejo democrático, importante pensar o poder constituinte para além de uma atividade de revisão constitucional limitada no tempo, espaço e na forma de expressão. Importante se pensar alternativas que permitam o recurso ao

⁷⁵⁸ Além de resoluções de tribunais e atos de conselhos, há deputados que acham ser possível sustar decisões do Supremo com repercussão geral e até súmulas vinculantes. Autor da proposta, o deputado Nazareno Fonteles (PT-PI), argumenta que o Legislativo precisa ser o poder mais forte da República, por seu caráter representativo, e que decisões do Judiciário nos últimos anos têm ido além do que diz a Constituição.” O Poder Judiciário – que não foi eleito, é nomeado – não tem legitimidade para legislar. É isso que desejamos restabelecer para fortalecer o Legislativo”, alega Fonteles. “Aliás, fomos nós que fizemos a Constituição”. O relator da proposta na CCJ, Nelson Marchezan Júnior (PSDB-RS), destaca que a possibilidade em discussão não abrange julgamentos específicos dos tribunais, mas casos em que o Judiciário ultrapasse sua função ao determinar novas regras. O coordenador da bancada evangélica, João Campos (PSDBGO), diz que o objetivo é enfrentar o “ativismo judiciário”. “Precisamos pôr um fim nesse governo de juizes. Isso já aconteceu na questão das algemas, da união estável de homossexuais, da fidelidade partidária, da definição dos números de vereadores e agora no aborto de anencéfalos.” Deputados querem poder para mudar decisões do STF. Notícia publicada em 26/04/2012. Disponível em: <http://jusclip.com.br/deputados-querem-poder-para-mudar-decisoes-do-stf/>. Acesso em 2 de maio de 2012.

povo. O conceito de poder constituinte apresentado neste trabalho nos permite pensar a democracia para além das assembleias legislativas e cortes de justiça. Apresentamos, ademais, a tensão entre o poder constituinte e os poderes constituídos, fruto da crise que caracteriza o poder constituinte: a resistência que a democracia opõe à constitucionalização.

A tensão entre imanência e transcendência, apresentada como debate entre formas de compreensão da política e da realidade que está na origem da tensão moderna, também mostra-se especialmente atual em tempos de intensificação do desejo democrático. Contra tal desejo surgem novas propostas de gestão oligárquica e, em um tal contexto, aumenta a importância do pensar e do debater acerca da tensão entre oligarquia e democracia. Se a transcendência não mais é capaz de traduzir alternativas precisas para solucionar a crise atual, há que se pensar a imanência para compreender as alternativas liberatórias e o poder constituinte.

Heteronomia ou a autonomia; poder político destacado do corpo social ou produção do político através do social; causalidade imanente ou causalidade transcendente; poder ou potência? Enquanto na idade média, o direito divino dos reis exercia a função de mediação ou filtro às reivindicações populares por igualdade, a modernidade da transcendência teve que recriar os dualismos e relativizar a potência humana (reestabelecendo a ordem – uma nova ordem, pós antigo regime) através de instrumentos como a soberania, a representação (transferência do poder pelo contrato social), a razão como categoria representativa da ordem a dominar a imanência, o aparelho político transcendente.

A concepção de poder constituinte enquanto processo absoluto e ilimitado em suas relações com o tempo, o espaço e sua forma de expressão é simplesmente incompatível com a pretensão de se cristalizar uma determinada ordem pré-constituída (inclusive a ordem liberal) e os privilégios de que gozam as classes interessadas em tal cristalização. Cristalização implica em um poder constituinte pensado em termos estáticos, privado de sua natureza de fundamento. O conceito de poder constituinte, no entanto, apenas pode ser devidamente construído se pensado sempre em termos dinâmicos.

O poder constituinte se expressa na prática humana concreta e singular, e neste sentido, é um conceito em ininterrupta constituição. Tanto Spinoza quanto Maquiavel não promovem uma síntese da tensão entre imanência e transcendência e concebem a realidade, inclusive política, como em construção contínua pela criatividade humana em processo histórico e aberto. Há uma recondução do homem ao centro político com a possibilidade deste intervir na realidade e se conduzir de forma autônoma, sendo livre quando não determinado por imperativos externos. Contingência, conflito, mutação e movimento. Vimos que, para Negri, o poder constituinte é ontológico, é a potência da multidão em seu movimento incessante de construção do novo. O dualismo potência e poder é reformulado em Spinoza de forma que a potência absorva o poder, existindo tão somente potência (de agir e de padecer).

O princípio multitudinário, central na obra spinozana, permite o sujeito político que prescindir da unificação. Para Spinoza, o múltiplo está na origem do uno, sendo cada corpo múltiplo, dinâmico e mutável, uma multiplicidade aberta à constituição, mutável pelos encontros que realiza. Há, pois, a valorização da dimensão coletiva e a concepção de poder que não se descola da potência, permitindo que tanto o social quanto o político se constitua pelo atuar coletivo, pela potência coletiva.

A liberdade se dá na ação e que o processo constituinte das sociedades se dá através da composição de afetos e é orientado pelo medo da solidão. Por entender que o direito de cada um estende-se até onde se estende sua potência, Spinoza concebe o direito natural como potência (atual e imanente), *conatus*, esforço de auto preservação enquanto um sistema de afecções recíprocas entre os constituintes de um corpo e os corpos ambientes (conservação da proporção de movimento e repouso dos constituintes).

Vimos que o ser humano é concebido por Spinoza como parte da natureza e que este pressuposto ontológico faz com que a teoria política spinozana seja incapaz de assimilar a possibilidade de transferência plena de direitos. Nada de medo da morte violenta, contrato social e pacto de sujeição. Para Spinoza, ninguém pode transferir toda a sua potência sem deixar de existir. Em Spinoza abre-se a possibilidade de institucionalização do direito de resistência (se alienar

de forma absoluta direitos é impossível, está sempre aberta a possibilidade de resistir).

Em Maquiavel, *virtù* e *mutatio* exprimem uma produção do real no horizonte do conflito. A tensão entre *virtù* e *fortuna* informa as origens do conceito de poder constituinte e caracteriza a dinâmica produtiva. A mutação é constante e a dinâmica produtiva da realidade é ininterrupta, isto porque Maquiavel concebe o político no âmbito da contingência, rejeitando modelos políticos ideais. Para Maquiavel, a vida política é instável e a república não é uma fundação ideal, mas produto da luta contínua dos homens.

Agir humano, tempo e mutação: a liberdade surge da rejeição à intervenções externas. O regime político é resultado das ações que o fundam e conservam no tempo, sendo o agir político uma criação contínua face à indeterminação e à imprevisão. A estabilidade política não é concebida como fruto da boa forma política, mas dos conflitos, que produzem o melhor das instituições. Maquiavel apresenta um modelo democrático de República e atribui a guarda da liberdade ao povo, pois entre o desejo de dominar (próprio dos grandes) e o desejo de não ser dominado (que reside no povo), este último oferece menos risco à liberdade.

Uma adequada compreensão do conceito de poder constituinte em Negri depende da aceitação do conflito como mecanismo fundamental da produção constituinte. O conceito de poder constituinte elaborado por Negri tem na crise o elemento chave para a sua compreensão: crise entre imanência e transcendência, crise entre poder constituinte e poder constituído, crise entre ordem constituída (cristalizada) e mutação. Neste sentido, se compreende a importância da teoria maquiaveliana para o conceito de poder constituinte, uma vez que Maquiavel inovou ao entender os conflitos que dividem a cidade como a origem da boa legislação. Vimos que Maquiavel negou a ideia de harmonia do modelo polibiano e concebeu que as instituições devem fornecer o ambiente legítimo no qual os conflitos sejam travados segundo certas regras.

Os limites postos pelo constitucionalismo à dinâmica do poder constituinte (transmutação do poder constituinte de inicial, ilimitado e incondicional – radical – em categoria constitucional, através da sua redefinição em suas relações com o

tempo, o espaço e sua forma de expressão) são internalizados e tornam-se obstáculos no processo constituinte a serem ultrapassados pela *virtù* coletiva, numa incessante construção e reconstrução da lei civil, das instituições e dos poderes constituídos. Este é o projeto democrático segundo Negri: a inserção do político na criação do social.

No capítulo segundo, exploramos o que se poderia identificar como dois distintos modelos de república: Um projeto político que nos permitiu retomar a concepção política maquiaveliana, o projeto de Spinoza em *O Tratado Político*, e o projeto político desenvolvido nos *Artigos Federalistas*. Spinoza nos oferece uma teoria compatível com um republicanismo democrático. Como Maquiavel, identifica na tensão entre o desejo de governar e o de não ser governado a manutenção da boa ordem, não transcendendo o conflito, mas reconhecendo-o e o estabilizando-o, permitindo a institucionalização do direito de resistência permanente ou contrapoder da multidão.

Ao identificar o direito natural com a potência humana e ao afirmar que a liberdade e o viver bem se dão em cooperação e na igualdade, em um regime de socialização dos afetos que permite a expansão da potência individual e coletiva, Spinoza compreende que a democracia é a forma mais natural de governo. A democracia é identificada por Spinoza como *absolutum imperium*. Somente o regime democrático é absoluto, nele a multidão, na qual reside o princípio fundador e legitimador da ordem política, coincide com o titular do exercício do poder. A democracia é a única forma política em que o poder da multidão e o dos cidadãos coincide, sendo cada cidadão legislador, governante e súdito. A democracia é o mais natural dos regimes políticos porque nela a *cupiditas* de cada um e de todos, o desejo de governar e de não ser governado, é realizado; porque a igualdade do direito natural é mantida como condição da liberdade; porque a soberania não se encontra dividida. O *imperium* não dividido pode ser concebido como absoluto. O *imperium*, tal qual o *conatus*, é intransferível. O que se distribui é a participação no poder e não a soberania, que permanece na *multitudo*.

O processo de distribuição de poderes ocorre de acordo com duas normas universais do campo político: a primeira consiste em ser necessário que a potência soberana (civil; do *imperium*) seja inversamente proporcional à potência dos

indivíduos (a potência soberana deve ser incomensurável ao poder dos cidadãos tomados um a um ou somados) e a segunda ensina ser necessário que a potência dos governantes seja inversamente proporcional à dos cidadãos (tomados coletivamente, os indivíduos devem ter mais potência que os governantes). Desta forma, a potência ou direito da multidão não se identifica com ninguém, pelo que o governante não se identifica com o poder soberano. Os detentores do poder são os cidadãos enquanto *multitudo*, que podem depor o governante, desde que tenham força para fazê-lo.

Em Spinoza, o direito civil não sublima a política porque o direito natural não cessa com a sociedade civil. Há a institucionalização do direito de resistência permanente (contrapoder) dos cidadãos, enquanto *multitudo*, uma solução política de afirmação positiva da paz que repousa no reconhecimento do direito de guerra da multidão como direito de resistência à dominação.

Para Spinoza, só há liberdade (em uma monarquia) se o povo detiver o controle das milícias e não apenas de forma esporádica, mas em tempos de normalidade, dada a institucionalização do direito de resistência permanente. Spinoza afirma que nada do que respeita à salvação comum deve ser confiado absolutamente à lealdade de alguém, vez que é no interesse da servidão (e não da paz) a transferência de todo o poder para um só. Para que os cidadãos permaneçam sob jurisdição de si próprios e para que permaneçam, portanto, em liberdade, não devem entregar as armas e confiar a fortificação das cidades à lealdade de alguém. Só há liberdade e paz se os cidadãos não transferirem absolutamente seu direito para outrem.

Democracia é o projeto da multidão enquanto força criadora. Democratizar é inserir a produção do político na criação do social. Neste mesmo sentido, o projeto de Spinoza não tinha a intenção de abolir as monarquias ou aristocracias, mas reformá-las, democratizando sua organização interna. Observamos que, em Spinoza, o contrário da conservação das relações de proporcionalidade na partilha do poder é a tirania. A tirania corresponderia à morte da cidade ao pôr em risco e decompor suas relações constituintes. Remetendo à formação da cidade em Spinoza, que se dá através da composição e da formação do comum pelo medo da solidão, pela *cupiditas* e pelo amor, podemos compreender que a tirania, ao

concentrar o poder, decompõe a partilha comum dos direitos e a comunidade política. A tirania é, sobretudo, solidão.

A relação constituinte fundamental de todo Estado, a relação de proporcionalidade entre as potências individuais e a potência da cidade é inversamente proporcional: “a cidade é tanto mais poderosa quanto maior for sua potência comparada à dos indivíduos, e será tanto menos poderosa quanto menor for sua potência comparada à de seus cidadãos”. Para Spinoza, a conservação do Estado depende de sua democratização. Se a cidade é mais poderosa quanto maior for sua potência comparada à dos indivíduos, conservar a cidade passa pela contenção do poder de certos indivíduos e pela ampliação da potência da multidão, da qual decorre, o direito comum ou a soberania.

A monarquia e a aristocracia concentram em certos indivíduos poder excessivo, o que reduz a potência da cidade, o que é um risco para o esforço em perseverar na existência do próprio Estado. Desta forma, a democratização é fundamental para a conservação das relações constitutivas de um Estado e para sua conservação. Para Spinoza, “a racionalidade política exige necessariamente a participação de muitos no processo de sua construção”. O princípio multitudinário da ontologia é reafirmado na política, pelo que “toda aristocracia e toda monarquia só se conservam devidamente caso levem em consideração a natureza multitudinária da racionalidade política”. Spinoza constrói modelos constitucionais orientados pelo princípio da política, pela democracia. Suas propostas para reforma das monarquias e das aristocracias orientam-se por um teor abertamente republicano e democrático.

A conservação do Estado monárquico passa pelo retorno ao princípio da política, a multidão. O reconhecimento da multidão fortalece o monarca e a monarquia. Para Spinoza, a potência de um só homem é incapaz de sustentar sozinha o peso da soberania. Só há governo de muitos. O direito de resistência permanente como contrapoder da multidão serve para que o monarca conserve tal lembrança e se conduza por tal ensinamento da experiência: “O medo provocado no rei pela multidão armada neutraliza qualquer desejo tirânico e põe o rei de acordo com a multidão”. O povo em armas força o rei a consultar o povo, sob ameaça de ser derrubado pela multidão. Uma monarquia na qual a multidão é

detentora do controle das milícias e que se orienta pela rotatividade dos cargos públicos e pela brevidade no seu exercício mais se parece com uma república democrática: “Da monarquia, de fato, resta apenas a imagem do monarca”.

Quanto à conservação da forma aristocrática de governo, Spinoza novamente se orienta pelo princípio multitudinário, apostando no governo de muitos para afastar o risco de má mutação em monarquia: “A única maneira de neutralizar a ameaça monárquica é apostar nos grandes números, visto que há menos chance de concentração do poder nas mãos de um único patrício”. A proporção entre o número de patrícios e plebeus preocupará Spinoza, que proporá que haja: um elevando número de patrícios e uma proporção mínima entre patrícios e plebeus; um conselho composto de muitos patrícios; e atribuição de poderes de conservação da forma constitucional a um órgão numeroso. O projeto político de Spinoza se orienta, pois, pela compreensão de que “As decisões políticas são tão mais racionais quanto maior o número de envolvidos no processo decisório”.

Contrariamente ao projeto político de Spinoza, os federalistas compreendem que a conservação da república norte-americana depende da moderação da vontade popular. A república oligárquica constituiu alternativa à democracia. Na democracia, na visão federalista, a maioria oprimiria a minoria. A república oligárquica ofereceu o remédio buscado pelos federalistas ao prover os filtros necessários para moderar os desejos populares.

Ao utilizar a Câmara Alta como contraponto moderador da participação do povo na Câmara Baixa, Montesquieu expõe o ideal de governo misto-moderado que será recuperado e aprimorado pelos federalistas. Madison tinha plena consciência de que a burguesia era uma minoria e que seria minoria, sobretudo, com o passar do tempo. A igualdade jurídica instituída pela própria burguesia abriria a possibilidade de reivindicações igualitárias por parte de qualquer do povo e a massa social, cada vez mais numerosa, tenderia a apelar para o Estado a fim de ver satisfeitos seus interesses.

Se Montesquieu recomendou que todo regime de governo previsse em sua estrutura política uma instância de poder independente que exercesse o efeito moderador que a nobreza exercia na Inglaterra, podemos compreender o quanto

aquele teórico influenciou os federalistas na previsão do poder de veto que foi atribuído a cada uma das instituições contramajoritárias. A contra-revolução americana, em consonância com o modo transcendente da modernidade, procurou, com a nova constituição moderna que emergia da polibiana, criar uma democracia sem povo.

Pela inexistência de uma nobreza de sangue nos EUA, foi necessário o engendramento de mecanismos moderadores que controlassem o poder constituinte da multidão: “A solução encontrada foi restringir as eleições diretas aos deputados. Os senadores e o presidente seriam eleitos indiretamente e os juízes e funcionários públicos seriam nomeados pelo presidente”. Os contra-revolucionários americanos buscaram refinar a escolha popular através de sucessivos filtros políticos. Os federalistas defenderam uma concepção elitista de democracia que evitasse que a maioria ameaçasse a minoria e que aquela pudesse assaltar o poder: “era impossível uma completa renovação do governo, com mandatos não-coincidentes de deputado, senador e presidente e a vitaliciedade da Suprema Corte”.

Como vimos, o sentido geral do sistema de *checks and balances* no projeto federalista está menos relacionado ao controle do poder constituído e mais atrelado à necessidade dos contra-revolucionários de evitar que os conflitos entre os órgãos do governo fossem submetidos à solução pelo povo. Os filtros políticos criados pela constituição não apenas evitariam a opressão da minoria e a tirania do número, mas impediriam que houvesse apelo ao povo em caso de conflito. O *Federalist*, em meio a considerações sociológicas e jurídicas, avalia o recurso ao povo como um efeito perverso da democracia, um vírus democrático no organismo republicano.

Observamos que a Suprema Corte é a última instância de veto no modelo republicano oligárquico norte-americano. A Suprema Corte pretende usurpar a capacidade constituinte do *homo politicus* americano ao se arvorar como órgão responsável não apenas pelo controle dos poderes legislativo e executivo, mas pela interpretação da constituição. Os federalistas optam por uma solução interna e a forma de mutação da ordem constitucional é confiada ao poder constituído, à

Suprema Corte, “última e preciosa peça do aparato de neutralização do poder constituinte”.

A Suprema Corte é erigida a guardiã da constituição, devendo filtrar as mutações e dar solução final aos conflitos interpretativos em torno da linguagem da constituição. A opção do recurso ao povo na interpretação constitucional foi conjurada como facciosismo pela retórica apoiada na instabilidade das paixões do povo. O ideal de moderação de Montesquieu é assumido por Hamilton quando o poder judiciário é pensado por este como corpo intermediário a limitar o legislativo. O poder judiciário é pensado como instância moderadora dos demais poderes. A última peça garante a estabilidade ao modelo burguês, ao garantir que qualquer recurso ao povo seja negado.

Garantia de estabilidade contra as mutações da ordem constitucional: eis o que a guarda da constituição representa. *Marbury v. Madison* pode ser analisada como uma disputa em torno do direito permanente da constituição em contraposição à representação política temporária e mutável. A Suprema Corte afirma sua identificação com os representados e “defende que sua voz é a voz do povo”, neste sentido, a Corte seria a representante permanente da opinião popular. *Marbury v. Madison* deve ser compreendido no contexto de disputa entre o pensamento revolucionário e a contra-revolução aristocrática. A célebre decisão é apontada como a confirmação da *rule of law*, de um governo das leis e não dos homens. Com *Marbury v. Madison*, a Corte arroga-se a representação da opinião do povo, o poder de criar e manter a constituição permanentemente: “A autoridade da constituição é deslocada do texto para a decisão judicial, que controla o seu significado”.

A contra-revolução americana valeu-se do *judicial review* para proteger a ordem aristocrática. O sistema de controle de constitucionalidade apresentou-se como substituto da resistência dos cidadãos contra as usurpações do corpo legislativo. Uma solução interna para os conflitos e uma expulsão do poder constituinte da multidão. O poder constituinte resta encapsulado no poder judiciário: “a Suprema Corte não apenas se apresenta como único espaço legítimo em que se decide a mutação – ou a cristalização – constitucional, mas como sujeito que determina sua forma, a oportunidade e conteúdo”.

Vimos ser fundamental, em Spinoza, a preservação da proporcionalidade entre os constituintes de um corpo, e neste sentido, a conservação da república deve ser orientada pelo princípio multitudinário, apostando no governo de muitos para afastar o risco de uma má mutação, (re)inserindo-se o político na produção do social. Em Spinoza, só há governo de muitos e a conservação do Estado passa pelo retorno ao princípio da política: a multidão.

Os federalistas percorrem o caminho contrário, destacando o político do social e absorvendo o poder constituinte na máquina constitucional: “Senado e Suprema Corte são instituições muito pouco numerosas às quais se atribui a tarefa de moderação das paixões e dos desejos populares”. A diferença entre as duas arquiteturas constitucionais é a diferença entre duas alternativas políticas republicanas, a oligárquica e a democrática; entre um governo de muitos ou um governo de poucos (anjos virtuosos).

Ao conflito entre os poderes, a resposta de Constant é semelhante à de Montesquieu (e a dos *Federalistas*): o recurso à moderação. A garantia da constituição seria feita pelo “*pouvoir neutre ou préservateur*”: “O guardião ideal da constituição de Constant era o rei, que, com o “*pouvoir royal*”, reinaria sem governar e garantiria o equilíbrio e a ordem em caso de exceção”. Na concepção de Constant, os conflitos entre os poderes deveriam ser solucionados por um poder superior que por sobre eles pairasse. Um poder neutro e imparcial, distante das paixões dos homens comuns. Um poder discricionário, um “*pouvoir d’arrêt*”, que atua na exceção. O poder moderador, como a única esfera inviolável de segurança e de imparcialidade, deveria filtrar a vontade geral e decifrar seu significado.

Carl Schmitt utilizou-se da teoria do poder neutro para legitimar um soberano que pairasse sobre a sociedade alemã e fosse capaz de decidir politicamente nos momentos de exceção. Schmitt destacou a diferenciação entre *auctoritas* e *potestas* na teoria de Constant, fundamental para legitimar a posição do presidente do Reich no Estado constitucional parlamentar. Enquanto na monarquia constitucional alemã, o monarca reinava e governava, no Estado sob a égide da constituição de Weimar, ao presidente do Reich caberia um tipo especial de autoridade, a de terceiro neutro, apenas ativo em caso de emergência. Schmitt

defende o presidente do Reich como guardião da constituição, pois a função moderadora não deveria ser confiada a nenhum dos poderes existentes, mas a um poder especial neutro ao lado dos outros poderes, em relação de coordenação com eles.

Schmitt aponta que a função constitucional de guardião da constituição visa a substituição do direito de resistência ou do que denomina “direito de emergência revolucionário”. Destaca que um guardião da constituição no sentido institucional torna o direito geral à insubordinação supérfluo. O controle de constitucionalidade, como instrumento do exercício da função de guarda da constituição pelos tribunais pode, portanto, ser entendido como substitutivo do direito de resistência da multidão.

Como vimos, em Maquiavel, o povo é entendido como o mais apto a guardar a liberdade por ter menos esperança de usurpá-la e, em Spinoza, a transferência plena de direitos é uma impossibilidade ontológica e política visto que o próprio *conatus* ou essência humana é identificado com o direito natural. Tanto para que o príncipe quanto para que o povo vivam em paz e em liberdade e estejam mais sob jurisdição de si próprios, as milícias devem ser controladas pelo povo que, em exercício do direito de resistência e vigilância permanente, deve guardar a liberdade.

Spinoza institucionaliza o direito de resistência, que é concebido como inerente à prática política, exercido de forma permanente, na normalidade. Em Maquiavel, os conflitos geram a boa ordem. A guarda da constituição e o exercício do controle de constitucionalidade pelos tribunais, ao contrário, opera como solução interna de conflitos que retira o direito de resistência da rotina ou da normalidade política. Estas considerações são importantes quando se pretende entender e questionar a legitimidade da função de guarda da constituição e o exercício do poder de revisão judicial ou controle de constitucionalidade. Vimos que, na máquina federalista, o recurso ao povo se torna supérfluo pela solução interna de atribuição do monopólio interpretativo aos tribunais. Vimos em Schmitt que outra forma de olhar para a questão da guarda da constituição é como espoliação do direito de resistência do povo. Nas duas soluções a guarda da

liberdade é entregue ao poder judiciário e não ao povo e o povo é protegido de si mesmo.

Spinoza e Maquiavel nos fazem duvidar da legitimidade de um tal arranjo de coisas e perguntar: Quais os limites da transferência de direitos? Há legitimidade democrática se houver transferência integral de todos os direitos?

No terceiro capítulo, exploramos nossa posição central de que a súmula vinculante contribui para que nosso sistema de revisão judicial seja *super forte*. Segundo Mark Tushnet, o sistema americano de revisão judicial pode ser classificado como um sistema de revisão judicial forte (*strong-form judicial review*). O sistema de revisão judicial americano seria forte porque nele prevalece a interpretação razoável da corte em detrimento da interpretação também razoável do corpo de representantes políticos. O constitucionalista identifica nisto uma tensão entre o papel judicial de garantia da prevalência das limitações constitucionais e a democracia.

O autor explica que ao sistema da *judicial review* como forma de controle das políticas produzidas pelos processos democráticos em face das limitações constitucionais foi dado precedência sobre a soberania do parlamento. Interessante observar que ele ressalta que a *judicial review* se tornou particularmente atraente face à democratização dos processos políticos. O autor deixa claro, ademais, que o poder conferido aos juízes para assegurarem o respeito às limitações constitucionais pode ameaçar o auto governo democrático e apresenta como explicação o fato dos provimentos constitucionais serem expressos em termos gerais que permitem interpretações alternativas. Pelo que, a depender da interpretação esposada, um mesmo *statute* pode ser considerado ora constitucional e ora inconstitucional.

Constatando que as cortes e os órgãos legislativos podem, e com frequência o fazem, divergir acerca do significado que deve ser atribuído a determinado provimento constitucional e que ambas as interpretações podem ser razoáveis, o autor nos propõe uma nova questão: Por que deveria prevalecer a interpretação razoável da corte em detrimento da interpretação também razoável, apesar de em outro sentido, do legislativo?

Tushnet enfatiza que às pessoas resta pouco a fazer quando as cortes interpretam a Constituição razoavelmente, mas não de acordo com uma alternativa interpretativa igualmente razoável que é melhor vista por uma maioria. Neste caso, aponta que restaria apenas o recurso de emenda à Constituição ou a espera pela aposentadoria ou morte dos juízes e sua substituição por juízes com uma visão mais adequada daquilo que de fato, para a maioria, quis dizer a Constituição. Emenda ou processo de nomeação de juízes para modificar a composição da Corte ao longo do tempo: o que caracteriza a revisão judicial forte é o fato de que as interpretações judiciais da constituição são imodificáveis pelo legislativo no curto e no médio prazo. Essa seria a diferença mais marcante entre o *strong-form* e o *weak-form judicial review*: nos sistemas de revisão judicial fraca, maiorias legislativas podem alterar interpretações constitucionais das cortes no curto prazo.

O sistema de controle de constitucionalidade norte-americano esteve na origem do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. O controle de constitucionalidade das leis foi introduzido no Brasil pelo decreto executivo 848 de 11/10/1890, na constituição provisória de 1890, e incorporado à constituição de 1891. Ao longo do século XX e início do século XXI, contudo, o controle de constitucionalidade brasileiro sofreu profundas modificações e se distanciou do modelo original.

A tese esposada neste trabalho é a de que haveria no Brasil um sistema de revisão judicial no qual a tensão entre o monopólio interpretativo da corte e a democracia é levada ao extremo e isto nos permitiria identificar o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade como um sistema super forte. Identificamos dois argumentos em favor da existência de uma revisão judicial super forte no sistema brasileiro. O primeiro reside no fato de que, diversamente do controle de constitucionalidade no sistema americano (modelo de controle de constitucionalidade forte para Tushnet), o controle de constitucionalidade no sistema brasileiro é tradicionalmente classificado como misto e vem sofrendo de uma forte tendência ao fortalecimento do controle abstrato-concentrado em detrimento do controle concreto-difuso. O segundo consiste na percepção de que a súmula vinculante, parte do arsenal de instrumentos que fortaleceram o controle abstrato-concentrado, é uma distorção do *stare decisis*. Ainda que se argumente,

contudo, que o caminho seguido pelo controle de constitucionalidade brasileiro é uma aproximação cada vez maior de um sistema kelseniano de controle de constitucionalidade, no qual o STF tornar-se-ia uma verdadeira corte constitucional, e que este sistema seria um sistema de revisão judicial forte na classificação de Tushnet, a súmula vinculante é um elemento extra (e que adiciona rigidez e acirra a tensão entre a revisão judicial e a democracia) inclusive a um tal sistema que conceba exclusivamente um controle de constitucionalidade abstrato-concentrado.

É no controle difuso do sistema de controle norte-americano que reside uma maior possibilidade de abertura democrática, pelos espaços de dissenso que o sistema permite. Ainda assim, percebemos que a Suprema Corte foi idealizada como guardião da constituição e que outros mecanismos somados ao poder de revisão judicial, como o *stare decisis*, o *writ of certiorari* de caráter discricionário, o sistema de indicação de juízes podem funcionar como filtros democráticos. Contudo, a tensão entre a revisão judicial norte-americana e a democracia fica muito aquém da tensão hoje existente no sistema brasileiro.

Há no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro atual, uma nítida preponderância do controle abstrato-concentrado sobre o controle concreto-difuso. Houve um grande distanciamento entre o sistema de controle de constitucionalidade presente e aquele introduzido no país em 1890/91 nos moldes do *judicial review* norte-americano. Houve uma aproximação do sistema brasileiro em relação ao sistema europeu de controle e do STF em relação a um tribunal ou Corte constitucional, cuja função exclusiva é a guarda da constituição através do controle abstrato-concentrado de constitucionalidade.

O que se observa no Brasil é uma intensificação da tensão entre o poder de revisão judicial e a democracia. Somam-se às súmulas vinculantes, o controle concentrado e o efeito vinculante das ações diretas de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade; as reclamações; a repercussão geral e o largo escopo da arguição de descumprimento de preceito fundamental; a diminuição da importância do recurso extraordinário e os outros vários mecanismos processuais infraconstitucionais de caráter uniformizador como a súmula impeditiva de recurso, o indeferimento liminar de petição inicial, o julgamento de recursos

especiais repetitivos; a proposta da PEC 15/2011, prevendo que o recurso extraordinário seja ação rescisória extraordinária e que o recurso especial seja ação rescisória especial, diminuindo ainda mais a importância destes instrumentos de controle concreto-difuso.

Estes instrumentos possuem elevado caráter centralizador e uniformizador e intensificam a função de filtro aristocrático à democracia que a corte suprema pode desempenhar. Nosso sistema como um todo pode ser classificado, pois, como um sistema de revisão judicial super forte, quando comparado com o norte-americano, e mesmo quando comparado com um puro sistema kelseniano de controle de constitucionalidade, pois a súmula vinculante não é um elemento necessário de um tal sistema.

Com as referências de uniformização já existentes no modelo brasileiro, tais como as *fazañas*, *alvedrios*, assentos da casa de suplicação e as tentativas de retorno a estes instrumentos de caráter nitidamente autoritário; bem como pelo fato de nosso sistema ser baseado em jurisprudência e não em casos paradigmáticos (ou precedentes da teoria do *stare decisis*) e da consequente falta de distinção nítida entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*; pela ausência de técnicas de cancelamento e de revisão à disposição dos juízes de primeira e segunda instâncias, tais como o *overruling* e o *distinguishing*; pela forma de atribuição de eficácia *a priori*, no momento de criação da súmula pelo STF e não *a posteriori*, quando da análise do caso concreto; pela existência do recurso da reclamação quando da desobediência às súmulas vinculantes, o que se observa é uma distorção do *stare decisis*, um mecanismo com força vinculante que confere certa racionalidade num sistema de controle puramente concreto-difuso como o norte-americano, mas que num sistema de controle cada vez mais abstrato-concentrado, como o brasileiro na atualidade, gera um tremendo fortalecimento do poder de revisão judicial em detrimento do auto governo democrático.

No sistema norte-americano, o controle que se dá no caso concreto, um controle que “não é abstrato e tampouco *a priori*”. Os fatos exercem certa limitação ao poder de revisão judicial da Suprema Corte (*Constraints of the Facts*) e das demais cortes no sistema difuso norte-americano. O *stare decisis*, por sua vez, é um conceito cuja natureza, cujo fundamento e cuja aplicabilidade é

objeto de controvérsia, e tal incerteza em torno do instituto termina por conferir certa flexibilidade ao sistema norte-americano.

Não há entendimento pacífico entre os operadores do direito sobre o status ou a natureza do *stare decisis*. Há dúvida acerca da obrigatoriedade jurídica da vinculação a precedentes e a natureza de prática jurídica permanece uma opção. Não apenas não há uma teoria que justifique o *stare decisis*, como o *stare decisis* não pode ser afirmado enquanto lei e, portanto, os precedentes não podem ser dotados de autoridade absoluta.

Toda a complexidade que envolve a teoria e, principalmente, as incertezas quanto à sua obrigatoriedade, natureza e conceituação, nos auxiliam a perceber a importância dos instrumentos de flexibilização da teoria, o *distinguishing* e o *overruling*, e nos servem de suporte na afirmação de que a obrigatoriedade e a rigidez da súmula vinculante, quando comparada ao *stare decisis*, é excessiva, uma vez que não há espaços de dúvida e desacordo, não há instrumentos de flexibilização e há um instrumento de reforço da autoridade, o instituto da reclamação.

Além disso, o sistema de controle de constitucionalidade norte-americano possui limitações extras como a *political question doctrine*, doutrina que opera uma transferência do poder de decisão para os outros poderes da república, e a *state sovereign immunity doctrine*, que nega a *judicial review* federal e transfere parte do poder de decisão às cortes estaduais e aos governos dos estados.

Nos Estados Unidos, a doutrina do *stare decisis* é essencialmente responsável pelo respeito que é conferido aos julgamentos prévios e à estabilidade do direito. Ela não apresenta, contudo, um comando inexorável. Centenas de volumes de decisões judiciais são publicados todos os anos sem que se faça qualquer seleção criteriosa prévia e tal “massa” de decisões torna uma ilusão qualquer expectativa de que todos os precedentes relevantes sejam de fato levados em consideração ou identificados. A postura de flexibilização do *stare decisis* não se encontra restrita à Suprema Corte, também nos estados, as Cortes superiores têm demonstrado, nas últimas décadas, uma postura de inovação em relação aos precedentes.

No último capítulo, comparamos os mecanismos da súmula vinculante e do *stare decisis*, apontando as distinções entre a súmula vinculante e o modelo que inspirou sua criação. Estas diferenças servem de suporte à nossa conclusão de que a súmula vinculante contribui para um acirramento da tensão entre o poder de revisão judicial e a democracia. Como vimos, há inúmeras diferenças entre os institutos da súmula vinculante e do *stare decisis*. Nossa análise comparativa nos permitiu identificar algumas das mais importantes para nosso trabalho.

A primeira distinção relevante estaria no modo de criação dos institutos. Enquanto no sistema americano, o precedente surge no julgamento de um caso concreto, no sistema brasileiro, o precedente na modalidade súmula vinculante é matéria de regulamentação constitucional e legal, bem como é criado pelo STF, que deve declarar que uma determinada jurisprudência configura entendimento vinculante.

Esta primeira distinção de certa forma explica e é explicada por uma segunda: o fato de que o sistema brasileiro é baseado em jurisprudência e não em casos paradigmáticos. Como salientamos quando da análise da teoria geral dos precedentes, o precedente oriundo do *stare decisis* é um único julgado ou caso paradigmático, ao passo que a súmula vinculante funciona como síntese de orientação.

Outra diferença fundamental, intimamente relacionada com as anteriores e com as que se seguem, é a pouca importância dada aos fatos nos sistemas tradicionalmente romano-germânicos. Enquanto a aplicação do precedente no sistema orientado pelo *stare decisis* depende da identidade fática entre o caso precedente e o subsequente, no sistema brasileiro, sendo tradicionalmente romano-germânico, isto não ocorre.

A irrelevância do elemento fático somada a outra distinção estrutural entre os sistemas, qual seja, a ausência de nítida identificação da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* nos julgados (e, portanto, de diferenciação entre o que constitui ou não suporte necessário à decisão), acarreta ainda uma outra distinção: a ausência, no sistema brasileiro, de técnicas de cancelamento e de revisão como o *overruling* e o *distinguishing*.

A possibilidade de *distinguishing*, como vimos, é inexistente. A irrelevância fática e a não identificação dos elementos essenciais do julgado impossibilitam que o juiz do caso subsequente faça qualquer distinção entre o caso precedente e o caso *sub judice*. Já o *overruling* resta prejudicado em sua feição mais ampla pela existência do instituto da reclamação. Contudo, como o STF não está vinculado às suas próprias decisões e nem às súmulas vinculantes, pode-se entender pela existência de *overruling* no sistema brasileiro. A possibilidade de cancelar o precedente está, no entanto, à disposição exclusiva do Supremo.

Por fim, outro ponto de atrito, intimamente relacionado aos já mencionados, está na forma de atribuição de eficácia. Nas súmulas vinculantes, a eficácia é atribuída *a priori*, no momento de sua criação pelo STF, e não *a posteriori*, quando da análise do caso concreto. Como vimos, a eficácia no sistema orientado pela teoria do *stare decisis* é apenas auferida *a posteriori* porque a decisão pela aplicação ou pelo afastamento do precedente é feita à luz do caso concreto pelo juiz subsequente, através de uma análise da identidade fática entre os casos. Pelo que, o que se observa é que naquele sistema não há uma preferência por técnicas criação, de revogação ou de imposição de autoridade centralizadas, como ocorre na criação da súmula pelo STF, nos incidente de revisão de súmula diretamente ao STF e na imposição vertical de autoridade exercida através das reclamações.

No que tange à eficácia, apontamos que uma última e mais radical diferença poderia ser identificada. Como, apesar de formalmente vinculante, o *stare decisis* é uma doutrina controvertida e a sua flexibilização é grande, poder-se-ia questionar até que ponto o *stare decisis* confere uma eficácia vinculante ao precedente ou se não se trata em realidade de uma eficácia anulável ou mesmo persuasiva.

A súmula vinculante é um precedente de eficácia normativa obrigatória, que pode ser compreendida como uma intersecção entre os sistemas de *common law* e *civil law*. É um precedente peculiar brasileiro, de inspiração norte-americana, mas que opera de maneira distinta do precedente segundo a doutrina do *stare decisis*. Acreditamos ser acertado o entendimento no sentido de que a

súmula vinculante é um instituto de natureza *sui generis*. É, na realidade, uma resultante da interseção da doutrina do *stare decisis* com a tradição romano-germânica de jurisprudência dominante e da abstratividade de um enunciado sintetizador daquela jurisprudência dominante, em *mimesis* da posição tradicionalmente ocupada pela lei.

A revisão judicial e o sistema de precedentes surgiram de forma costumeira no sistema norte-americano, fruto da prática e da interpretação das cortes. Em nosso ordenamento jurídico, o sistema de vinculação a precedentes é fruto de importação, introduzido por meio de emenda à constituição. O costume tende a naturalizar, mistificar e cobrir pelo manto do sagrado, já a lei pode até fazer o mesmo, mas basta uma emenda para modificá-la. O artigo 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser suprimido por emenda. A remoção do elemento acirrador, contudo, não é um fim, mas um começo. Acreditamos ser necessário que instrumentos de democratização dos poderes de estado sejam pensados, que os critérios de seleção e promoção de magistrados, principalmente quanto à ascensão às Cortes superiores, sejam repensados e que instrumentos como o *recall* ou destituição de cargo eletivo sejam considerados.

Mais uma vez afirmamos que o processo de democratização da política brasileira pode ser freado ou impulsionado (até certo ponto ou limite) pelo direito. A pergunta central é: Qual caminho seguiremos? Nos orientaremos pelo princípio multitudinário, apostando no governo de muitos, de forma a (re)inserir o político na produção do social, ou manteremos a tendência a um governo de poucos (anjos virtuosos)? Abriremos os espaços de conflito e as possibilidades de recurso ao povo ou optaremos pela substituição do direito de resistência da multidão, intensificando a função de guarda da constituição? Lutaremos pela paz e pela liberdade próprias de uma democracia, sendo a guarda da liberdade confiada ao povo, ou permitiremos a transferência plena de direitos, sendo a guarda da liberdade conferida aos grandes?