



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

SÚMULA VINCULANTE E ESTADO DE EXCEÇÃO

Janaína Parentes Fortes Costa Ferreira

Fortaleza - CE
Fevereiro, 2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JANAÍNA PARENTES FORTES COSTA FERREIRA

SÚMULA VINCULANTE E ESTADO DE EXCEÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. José de Albuquerque Rocha.

Fortaleza - Ceará
2010

F383s Ferreira, Janáina Parentes Fortes Costa.
Súmula vinculante e estado de exceção / Janáina Parentes Fortes Costa
Ferreira. - 2010.
120 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2010.
“Orientação: Prof. Dr. José de Albuquerque Rocha.”

1. Supremo Tribunal Federal. 2. Parlamento. 3. Súmula. 4. Democracia.
I. Título.

CDU 347.991

JANAÍNA PARENTES FORTES COSTA FERREIRA

SÚMULA VINCULANTE E ESTADO DE EXCEÇÃO

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José de Albuquerque Rocha
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Prof. Dr. Luiz Moreira Gomes Júnior
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Prof. Dr. Newton de Menezes Albuquerque
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

Dissertação aprovada em 26/02/2010

A minha mãe, pela coragem de viver; ao meu pai, porque da coragem, se faz o desejo.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Rocha, pelos fios coloridos com os quais trancei essa renda de bilro.

Aos meus tios e minhas tias, pelo espaço onde tudo é possível.

À Tamar, encantadora de palavras; à Moema, amorosa profanadora; e à casa da minha Vó Dolores, onde, entre portas e janelas abertas, há uma árvore com copa tão ao céu quanto raízes a terra.

Aos meus amigos, que se multiplicam, num jogo entre o conhecer e o desconhecer.

À Maria Helena e Francisco Pacheco, pelos braços que me abraçaram em Fortaleza.

Ao Dr. José Elias e ao Cláudio, pela confiança e respeito; à Faete, na pessoa de Silvia, porque lá me fiz professora.

RESUMO

A democratização do Poder Judiciário diante da ineficácia da prestação jurisdicional, provocada pelo asoerramento de processos e pela divergência jurisprudencial, pretende justificar a criação, no Brasil, do instituto da súmula vinculante. Este trabalho partirá das justificativas à súmula vinculante, tentando-se deflagrar suas contradições – a celeridade processual, a segurança jurídica e a igualdade cedem espaço para o abandono do devido processo legal e para a unidade forçada pela estatalidade feita em gestão das necessidades do mercado. Apresenta-se também a distinção entre precedente vinculante anglo-saxão e súmula vinculante brasileira, marcada pela reclamação. E ainda, diante da ambiguidade do modelo de jurisdição constitucional brasileiro, perquire-se a exigência de uma verdadeira Corte Constitucional ou a participação legitimadora do Parlamento, a fim de garantir a legitimidade de uma interpretação aberta. Entendendo-se estado de exceção como inclusão do elemento excluído, verifica-se a suspensão da legalidade brasileira. O estado de exceção brasileiro é operacionalizado pelo caráter metanormativo da súmula vinculante, tendente a sacralizar o Supremo Tribunal Federal, e pelo apartamento entre poder constituinte e poder constituído, que afasta o Poder Legislativo da esfera política. Os sentidos contrapostos de uso e abuso, profano e sagrado, crítica e alienação são entrelaçados no decorrer do estudo, a fim de deflagrar o descarte característico da sociedade do consumo, pretendendo-se abrir espaço para o uso democrático do poder.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Parlamento. Súmula vinculante. Estado de exceção. Metanormatividade.

RÉSUMÉ

La démocratisation du Pouvoir Judiciaire devant l'inefficience de la prestation juridictionnelle, provoquée par la surnombre de causes et par la divergence jurisprudentielle, prétend justifier la création, au Brésil, de l'institut de l'Abrégé Péremptoire. Ce travail partira des justificatifs à l'Abrégé Péremptoire, pour tenter de faire apparaître ses contradictions : la célérité procédurale, la sécurité juridique et l'égalité cèdent de l'espace pour l'abandon de ladite procédure légale et pour l'unité forcée pour l'étatisation faite en gestion des nécessités du marché. Il est aussi question de la distinction entre le précédent péremptoire anglo-saxon et l'Abrégé Péremptoire brésilien, marqué par la réclamation. Et encore, devant l'ambiguïté du modèle de juridiction constitutionnelle brésilien, nous examinerons minutieusement l'exigence d'une véritable Cour Constitutionnelle ou la participation légitimante du Parlement, afin de garantir le légitimité d'une interprétation ouverte. Comprenant l'état d'exception comme l'inclusion de l'élément exclu, nous vérifierons la suspension de la légalité brésilienne. L'état d'exception brésilien est activé par le caractère métanormatif de l'Abrégé Péremptoire, tendant à sacraliser la Cour Suprême Fédérale et par la séparation entre le pouvoir constituant et le pouvoir constitué, qui éloigne le Pouvoir Législatif de la sphère politique. Les sens opposés de usage et abus, profane et sacré, critique et aliénation s'entrecroisent au cours de l'étude, afin de faire ressortir le rejet caractéristique de la société de consommation, prétendant ainsi ouvrir un espace pour l'emploi démocratique du pouvoir.

Mots-clés: Cour Suprême Fédérale. Parlement. Abrégé péremptoire. L'état d'exception. Métanormatif.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DEMOCRACIA E ALIENAÇÃO	13
1.1 A crítica como pressuposto do uso; a alienação, do abuso	17
1.2 O consumo e a sacralização do mundo da vida.....	22
1.3 O espetáculo e a imagem do consumo.....	25
1.4 A alienação democrática no mito do poder constituinte.....	30
2 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O AMBÍGUO MODELO BRASILEIRO....	38
2.1 Algumas questões a serem discutidas.....	45
2.2 A interpretação aberta: por uma legitimação da jurisdição constitucional.....	48
2.3 O tribunal constitucional.....	51
2.4 O controle legislativo de constitucionalidade e o uso da política numa sociedade aberta	53
3 A SÚMULA VINCULANTE.....	58
3.1 Súmula vinculante e precedente vinculante	65
3.2 Possíveis críticas às justificativas oferecidas para a súmula vinculante.....	70
3.3 A normatividade da súmula vinculante	79
3.4 A sacralização da súmula vinculante.....	83
4 ESTADO DE EXCEÇÃO	86
4.1 Do “estado de exceção”	89
4.2 O soberano Supremo Tribunal Federal.....	93
4.3 Legislação e jurisdição: democracia x exceção	98
4.4 O juiz feito em <i>homo sacer</i> , o espetáculo e o poder econômico.....	102
CONCLUSÃO.....	110
REFERÊNCIAS	114

INTRODUÇÃO

As considerações elaboradas no primeiro capítulo intentam obedecer a uma justificação interna desse estudo. Optou-se, assim, por um capítulo de abertura, que lançasse luz sobre seu objetivo-fim, por julgar-se que, em se tratando de fundamentação teórica, o entendimento do conjunto ficaria prejudicado sem as referências ao lugar onde se pretende desaguar os argumentos que aqui serão esboçados. Os demais capítulos, portanto, apresentarão conceitos, por vezes bastante próximos e outras nem tanto, que se oferecem em entrançamento a descortinar novos significados, fazendo-se voltar, amiúde, àqueles conceitos primeiros.

A princípio, tratar-se-á do que vem a ser uso, para Giorgio Agamben – conceito que recoloca o homem diante da coisa a ser recriada, possibilitando-se novo espaço de compreensão. Em um jogo de contrários entre uso e profanação, tentar-se-á oferecer um novo alcance: a figura do abuso, pois, se no sagrado a impossibilidade ao uso se dá pela separação, no abuso, dar-se-ia pelo descarte. Profanar é ato de liberdade no exercício da crítica, que se afasta da necessidade – caminho de exclusão da possibilidade inerente ao uso. Nesse caminho, tentar-se-á um sentido do uso democrático do poder, a fim de deflagrar situações nas quais se verifica sua impossibilidade. Ver-se-á que os conceitos de Marx e Agamben, mais do que próximos, complementam-se num jogo de antagonismos, abrindo novos espaços de conhecimento no poder, precisamente quando o sujeito passa a dialogar com sua criação. Desmascara-se a alienação que se mostra nas formas sagradas e, com a inversão da filosofia especulativa, passa-se a exigir do homem postura ativa diante daquilo que cria – a substância torna-se sujeito e a imanência abre espaço para o agir. No intricado dos conceitos, far-se-á a crítica para o uso, como a alienação para o sagrado. O uso democrático do poder dar-se-ia, destarte, na capacidade de se abrir neste espaços de criticidade?

A ideia do consumo será apresentada como mediação entre o homem e seu mundo, abdicando o Estado de ser o representante dos sujeitos para sê-lo das urgências do mercado, diante da não-usabilidade da coisa e da resignação do homem a uma realidade que não lhe é permitida, senão estranhamente acessível. A imagem é o instrumento para que o vetado pareça acessível, fazendo do improfanável – o consumo – uma realidade sensível. Retorna-se à alienação, agora como a essência do espetáculo de Guy Debord. Democracia e alienação:

diálogo antitético entre o autorreconhecimento do homem e a sociedade do consumo, flagrando o abuso daquele na fusão entre Estado e poder econômico, no esvaziamento da esfera política. Descortinando-se a potencialidade do uso do poder como recriação da política, travar-se-á feliz encontro com o sentido democrático de poder constituinte de Antônio Negri. Aferrando-se à sua pergunta – como manter viva a força do poder constituinte –, tentar-se-á um salto à sua resposta – a oposição à regulamentação do poder constituinte: a oposição aqui feita é, na verdade, à constitucionalização da democracia, no momento em que esta se faz em superestrutura apartada do homem. A tensão entre poder constituinte e poder constituído será composta na sua proposição: ambos encontram sua legitimidade na vontade dos sujeitos de direito. Da separação, far-se-á um diálogo na crise do conceito de democracia.

Revisitar-se-á, ainda, o nascimento da lei e da constituição, na tentativa de lançar luz sobre a aproximação que se dá na democracia constitucional brasileira com o modelo de mera subsunção lógica na aplicação do direito – tecnicidade científica que alija a política. Elaborada somente no século XX, a distinção entre lei e constituição fará nascer consigo a jurisdição constitucional. Far-se-á, então, a pergunta essencial: aproximando-se historicamente do fenômeno, pode-se dizer de um modelo de jurisdição constitucional no Brasil? Se a resposta em prol de uma ambiguidade que impossibilita qualquer classificação conseguir se justificar, estar-se-á diante da primeira falácia argumentativa para a implementação da súmula vinculante no Brasil. Ademais, a prevalência do Supremo Tribunal Federal diante dos outros poderes e a correlata ausência de controle sobre sua atuação confrontar-se-iam diretamente com a teoria de Peter Häberle, onde a legitimidade da jurisdição constitucional surge como sinônimo de democraticidade. A participação ampla na interpretação constitucional sugere novo paradigma para uma sociedade aberta e, assim, em busca da democraticidade, serão consideradas duas possibilidades, a fim de que não se esvazie o debate: a criação de uma verdadeira Corte Constitucional ou a legitimação pelo Parlamento da interpretação terminativa da constituição. Entretanto, diante do esvaziamento democrático instrumentalizado pela primazia da constituição frente à lei, a legitimação da interpretação constitucional pelo Parlamento não é, quiçá, a mais apta à formação de uma sociedade aberta?

A aproximação com o instituto da súmula vinculante dar-se-á, primeiramente, através de uma diferenciação entre súmula vinculante brasileira e precedente vinculante norte-americano, pretendendo-se flagrar a novidade da criação brasileira na sua violência instrumentalizada pela reclamação. Em seguida, críticas, partindo-se, sobretudo, das justificativas apresentadas para a criação da súmula vinculante – as contradições nascem do

seu cerne: o assoberbamento de processos, a celeridade processual, a democratização do Judiciário, a segurança, a urgência, a igualdade, a necessidade de uniformização contradizem-se quando constatados o abandono do devido processo legal, a operacionalização de uma unidade forçada e a satisfação das necessidades do mercado. De tudo, tentar-se-á abrir o espaço de compreensão, através do alerta para o retorno à interpretação clássica e para o caráter metanormativo da súmula vinculante, a flagrar a sacralização do Supremo Tribunal Federal e o esvaziamento da política.

Partindo-se da ideia de que a política há de ser o elemento a protagonizar a democracia, chegar-se-á à evidência de que esta se faz em restos: a política não poderia dar-se na representação, posto que o povo brasileiro não sabe votar, pretendendo-se a união entre vontade estatal e vontade do povo, instrumentalizada pela sociedade do consumo, concomitantemente fragmentada e hegemônica. Operacionaliza-se a justificativa para o apartamento entre os sujeitos de direito e o Legislativo e, ao mesmo tempo, entre aqueles e a política. Mais um entrelaçamento é feito com Agamben: o estado de exceção é fixado na inclusão de um elemento excluído, esvaziando-se o direito, que se afasta para fazer da exceção a normalidade. Faz-se perigosa zona de indiferenciação entre direito e violência, entre lei e aquilo que – sem poder ser chamada como tal – tem força de lei, entre Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Por fim, apresentar-se-á o Brasil feito em estado de exceção: a urgência do mercado a se fazer normatizada – e permanente – pela súmula vinculante; a cristalização – novamente pela súmula vinculante – da concentração de poderes no Supremo Tribunal Federal; o apartamento entre poder constituinte e poder constituído – que a um só tempo instrumentaliza a súmula vinculante e é por ela fixado; e, como consequência última, o afastamento do Poder Legislativo da esfera política.

A aproximação entre conceitos da filosofia e de institutos jurídicos será tentada a fim de que se busquem caminhos complementares, posto que se fazem em ponto e contraponto às perguntas: qual a posição da súmula vinculante diante da desejada democracia brasileira? Verifica-se afinal o abuso do Estado democrático, quedando-se em gestão técnica institucionalizada da violência diante na urgência do mercado e do esvaziamento da esfera política? Estar-se diante da excepcionalidade da lei operada pela normalidade da exceção – enunciados de súmulas vinculantes? A alienação instrumentalizada pelo consumo seria o vetor da apatia que sufoca a liberdade? A dormência da lei no estado de exceção brasileiro estaria a impedir a recriação democrática do poder?

Se a questão reside em se fazer da democracia instrumento através do qual o homem – que não é livre – pode instrumentalizar sua liberdade diante de uma realidade dolorosamente desigual e espantosamente complexa, não se há de perquirir o que é necessário e para quem assim o é? No arrebatamento da crítica, quiçá a força – a ocupar o lugar do político – possa, sem assim pretender, liberar o desejo, que não se podendo fazer em liberdade, pode fazer-se na resistência.

1 DEMOCRACIA E ALIENAÇÃO

O saber é o movimento cultural do homem. Deve ser entendido em toda a possibilidade oferecida, e a filosofia é, potencialmente, todo o feito e o todo por fazer. Esse devir da filosofia coincide com o próprio devir da humanidade; em sua busca incessante pelo saber, o homem conhece a si mesmo, no decorrer da história, através da religião, da política, da cultura – expressões de sua condição, de sua razão, como também experiências deflagradoras de suas possibilidades. O homem, no entanto, é sua história em um sentido mais transcendente que concreto, sendo capaz de criar, com a vida que o cerca, outras vidas pelo pensamento;¹ a história do homem é também a história de suas ideias e de suas experiências, da possibilidade constante de um novo olhar à coisa experimentada. A experiência natural só é conhecida quando sobre ela desenvolve-se uma nova experiência: é a experiência da experiência, visando à compreensão. Por isso é que se conecta a toda experiência o vocativo “é”. Nesse entendimento do que “é”, na “imaginação criadora”², mais evidenciada em uma criança, há o potencial da reinvenção, distanciando-se os conceitos recriados (tendo sido apropriados) do que estava posto. O aceito não é o “para sempre” aceito, mas aquilo que, no momento, pela consciente descoberta, o “é” agora. A liberdade humana, a busca da infância perdida (ou achada), estaria na possibilidade entre aquilo que “é”, aquilo que “pode-ser”, e aquilo que pode “não-ser” mais.

Daí a alusão incessante ao mundo infantil feita na filosofia de Giorgio Agamben, que se utiliza do recurso metafórico da imaginação da criança como uma segunda linguagem, como que para demonstrar a invencível luta do homem frente à irredutibilidade dessa linguagem, mas, ao mesmo tempo, as formas de compreensão que nascem dessa luta, com a criatividade.³

¹ Em alguns casos, o que é transcendente pode ser também concreto, como num estado de alma, já que “há em nós um espaço interior onde a matéria da nossa *vida física* se agita. Assim uma tristeza é um lago morto dentro de nós, uma alegria um dia de sol no nosso espírito.” PESSOA, Fernando. **Obra poética em um volume**. Rio de Janeiro: Companhia José Aguilar, 1969, p. 101.

² Japiassu, quando revela o vazio deixado por uma ciência ignorante da arte, refere-se à “imaginação criadora”: “Por definição, a ciência ignora os valores. Portanto, não pode conhecê-los. Nem tampouco preocupa-se com a imaginação criadora.” JAPIASSU, Hilton Ferreira. **Introdução ao pensamento epistemológico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1992, p. 64.

³ A irredutível relação entre o homem e a linguagem dá-se “porque também a escritura – toda escritura, e não só a dos chanceleres do arquivo da infâmia – é um dispositivo, e a história dos homens talvez não seja nada mais que um incessante corpo-a-corpo com os dispositivos que eles mesmos produziram – antes de qualquer outro, a linguagem.[...]. Uma subjetividade produz-se onde o ser vivo, ao encontrar a linguagem e pondo-se nela em jogo sem reservas, exhibe em um gesto a própria irredutibilidade a ela.” *Ibid.*, 1992, p. 63.

Portanto, o diálogo com o mundo da criança é também o diálogo de Agamben com a arte. O conhecimento não pode restar apartado da atividade criadora da criança, do artista, do homem pensante. Ademais, a força imaginativa como única (ou verdadeira) forma humana de conhecimento da realidade é tema já tratado entre os filósofos.⁴

A possibilidade de refazer o conceito de uma coisa (seja a coisa-Estado, a coisa-religião), de revisitar o conceito, de lançar um novo olhar sobre aquilo que parece já definido, de, portanto, recriar, encontra sua morada no conceito de “uso” de Giorgio Agamben. O significado infinito e mutável dado pela criança sobre o mesmo objeto corresponde a essa criação própria do humano de novos significados para o objeto agora reconhecido como novo.⁵ É, pois, com esse conceito que o filósofo nos impõe a obrigação de recriar, incessantemente, aquilo que nos é posto: de usar as coisas, de usar o mundo tão-somente pela intersubjetividade entre o novo olhar (da criança concentrada) e o objeto, agora novo, descoberto enfim, “usado”.

Mas pode a coisa tornar-se apartada do olhar humano, diz Agamben. O abismo que separa a coisa de seu potencial uso se dá quando tal coisa surge ao homem como “sagrada”, improfanável, intocável. Usar é ato humano, como o é amar, cozinhar, escrever, sonhar; usar é obrigação criadora da consciência humana. Mas o uso, diante do sagrado, está vetado pelo apartamento entre o homem e o objeto, agora intocável, que simplesmente “é”, pois que posto, de significado imutável.⁶ Agamben propõe que a arma contra a estagnação do que “é” seja a profanação, pois “profanar não significa simplesmente abolir e cancelar as separações,

⁴ Para os que dizem da impossibilidade da arte como objeto da filosofia e da ciência, pela arbitrariedade e acidentalidade de suas criações, a arte em sua produção liberta comporta-se de acordo com a natureza do espírito que a engendra. O que parece acidentalidade é consciência livre, ao invés. Para Kant, o estado estético representaria o nascimento do homem, porque “em seu primeiro estado físico o homem aceita o mundo sensível de maneira puramente passiva, sendo plenamente uno com ele, e justamente por ser o próprio homem apenas mundo, não há ainda mundo para ele. Somente quando, em estado estético, ele o coloca fora de si e o contempla, sua personalidade se desloca, faz que o mundo lhe apareça, já que deixou de ser uno com ele”. KANT, Emmanuel. **Observações sobre o sentimento do belo e do sublime**. Tradução de Vinicius de Figueiredo. Campinas: Papyrus, 1993, p. 117. Nesse sentido, os conceitos de “belo”, “estético”, “bom-gosto” e “arte” são confluentes, como em Schiller: “O bom gosto é quase sempre acompanhado por clareza do entendimento, vivacidade no sentir, liberalismo e mesmo dignidade” SCHILLER, Friedrich. **Cartas sobre a educação estética da humanidade**. Tradução de Roberto Schwarz. São Paulo: Herder, 1963, p. 61.

⁵ Ao se referir ao poder que tem a criança de recriar: “As crianças, que brincam com qualquer bugiganga que lhes caia nas mãos, transformam em brinquedo também o que pertence à esfera de economia, da guerra, do direito e das outras atividades que estamos acostumados a considerar sérias. Um automóvel, uma arma de fogo, um contrato jurídico transformam-se improvisadamente em brinquedos.” AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução e apresentação de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 67.

⁶ A contraposição entre o uso e a profanação é trazida de forma evidente por Agamben: “Os juristas romanos sabiam perfeitamente o que significa ‘profanar’. Sagradas ou religiosas eram as coisas que de algum modo pertenciam aos deuses. [...]. E se consagrar (*sacrare*) era o termo que designava a saída das coisas da esfera do direito humano, profanar, por sua vez, significava restituí-las ao livre uso dos homens.” *Ibid.*, 2007, p. 65.

mas aprender a fazer delas um uso novo, a brincar com elas.”⁷ Profanar seria devolver à coisa o uso humano e “usar” seria o vetor de humanização daquilo que tinha sido arrancado dos homens. O ato de usar e profanar são indissociáveis, portanto. Utilizando-se da “linguagem criadora de imagens”,⁸ furando o bucho de um céu sagrado com a lança do uso, desaba na cabeça dos homens aquilo que se emprenhou de suas ideias (pois que o sagrado é também ideia), e volta a eles o que era mesmo seu.

O ato de profanar, aqui, parece incluir ação, já que não se pode entender o uso como estagnação. Se liberdade pode ser entendida como o avesso da rigidez, do medo e da passividade, aproxima-se da liberdade a profanação, no sentido da potência crítica que exclui qualquer necessidade.⁹ A liberdade de recriar um conceito, antes estático, agora novo, tem de ser atravessada pela consciência, e esta se opõe a qualquer tipo de necessidade, pois a livre consciência está comprometida com a *vontade de ação*, e não com a necessidade.¹⁰ Daqui se parte, como ousada consequência, para o entendimento de profanação como *restituição democrática*, pois que usar implica em *consciente ação*. Se “a passagem do sagrado ao profano pode acontecer também por meio de um uso (ou melhor, de um reuso) totalmente incongruente do sagrado”,¹¹ a retomada democrática acontecerá através da profanação, para tornar ao homem (cidadão) o que é mesmo seu e lhe havia sido tomado pela sacralização. O conceito ganha premência na sociedade atual, onde as coisas parecem só ter realidade quando

⁷ Ibid., 2007, p. 75.

⁸ A metáfora, na pesquisa lingüística de Jorge Luis Borges, imprime o prazer de fazer da “barba”, o “bosque da queixada”; da “cabeça”, o “castelo do corpo”; do “sangue”, o “suor da guerra”; e do “coração”, a “dura pelota do pensamento”. BORGES, Jorge Luis. **História da eternidade**. Tradução de Carmen Cirne Lima. 3. ed. São Paulo: Globo, 1993, p. 37-41. Agamben também se refere à metáfora quando diz que “comunicar a alguém os próprios desejos sem as imagens é brutal. Comunicar-lhe as próprias imagens sem os desejos é fastidioso (assim como narrar os sonhos ou as viagens). Mas fácil, em ambos os casos. Comunicar os desejos imaginados e as imagens desejadas é a tarefa mais difícil”. Ibid., 1993, p. 49.

⁹ Elisa Lucinda, num jogo lúdico de adivinhação, apelida a “liberdade” de “Lili”, onde a descoberta, sobretudo potencial, do esconde-esconde é o real prazer: “Agora, não é fácil não!/ Tem que lutar por mim/porque eu tenho muitos inimigos:/o medo/a passividade/a rigidez - /tudo que não pode mudar/tudo que não sai do lugar/tudo que está só de um jeito estabelecido.” LUCINDA, Elisa. **Lili a rainha das escolhas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 4.

¹⁰ Necessidade aqui não deve ser entendida como inclinação do uso, mas sim como a necessidade que se impõe, que é forçosa, que constrange de modo absoluto; ou seja, como válvula de esvaziamento das possibilidades, como caminho de exclusão, que é, por isso, útil à sacralização, vetando a possibilidade inerente ao uso. Traz-se aqui um texto sobre o pensamento de Marx que pode, nesse sentido, esclarecer: “Tem-se aí uma espécie de síntese ou de relação dialética entre a realidade, cujo devir é suscetível de ser pensado como necessário, e a ação humana, que cumpre conjuntamente o que é necessário no sentido do determinismo e o que é necessário no sentido da racionalidade, de maneira a suplantarem o antigo mundo e abrir a nova era da história da humanidade.” ARON, Raymond. **O marxismo de Marx**. Tradução de Jorge Bastos. 3. ed. São Paulo: Arx, 2005, p. 69.

¹¹ AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução e apresentação de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 66.

necessárias. E o necessário nem sempre é o essencial ao homem.¹² O tempo não é mais o tempo de cada homem, mas o tempo do que é útil. O temor do homem moderno é a “perda de tempo”, quando de fato, não é possível perder algo que não mais lhe pertence; o tempo não pertence mais ao homem, uma vez que o tempo útil é o tempo voraz da utilidade moderna, tornado por esta, sagrado, imobilizado.¹³ Aquilo que é necessário é também inevitável, fatal, ou seja, exaurido de possibilidade de qualquer outro significado que não aquele preestabelecido, e, portanto, improfanável, intocável. Onde se perdeu a possibilidade de recriar o conceito (como o conceito de tempo), perdeu-se também a subjetividade; morto está o homem, pois é do homem a criação, o restante pertence à natureza.¹⁴

O ser humano é *obrigado a ser*, desaparecendo a opção “sartreana”¹⁵: o que é “útil” é sagrado, impossibilitado ao uso, pois que a necessidade, acompanhada da briga com o tempo inevitavelmente perdido, faz o homem aproximar-se do avesso do uso: o “abuso”. Se a profanação devolve, pelo uso, o sagrado ao homem, no abuso, o uso está vetado, não pelo distanciamento, mas pelo descarte. Usar é amar, apoderar-se, ter como seu e fazer de tal disposição uma infinita possibilidade de uso, um jogo onde um se reconhece também como o outro; é fazer do estranho o próximo, e assim recriar o outro e também recriar a si mesmo. Abusar é o desamor, o descarte, o fortuito a se pretender eterno somente quando efêmero, a máscara imutável do individualismo posto sempre em contraposição ao outro sujeito, que é útil apenas, serve: é servo, e como tal, abusável.

O uso, então, como avesso do abuso, inclui posição democrática no sentido de que a profanação é a única possibilidade de devolver ao uso do homem espaços de liberdade que

¹² Para Fernando Pessoa, o viver, sem o criar, não seria o necessário. “NAVEGADORES ANTIGOS tinham uma frase gloriosa: ‘navegar é preciso; viver não é preciso.’/Quero para mim o espírito desta frase, transformada a forma para a casar com o que eu sou: Viver não é necessário; o que é necessário é criar.” PESSOA, Fernando. **Obra poética em um volume**. Rio de Janeiro: Companhia José Aguilar, 1969, p. 15.

¹³ O desaparecimento do aspecto humano no tempo implica imobilidade: “Entendi que sem tempo não há movimento (ocupação de diferentes lugares em diferentes momentos) [...]” BORGES, Jorge Luis. **História da eternidade**. Tradução de Carmen Cirne Lima. 3. ed. São Paulo: Globo, 1993, p. 9.

¹⁴ Ao tratar da filosofia do belo artístico, Hegel contrapõe-se à opinião comum de que o belo artístico não é tão grandioso quanto o belo natural, afirmando justo o contrário: o belo artístico é mesmo superior ao belo natural, por ser proveniente do espírito, que é superior à natureza, sendo também superiores os seus produtos. Uma ideia qualquer de um homem seria já superior à maior das criações da natureza, porque por aquela perpassaria o espírito. A criação da natureza só existiria por causa das criações do espírito, pois a existência do que é inferior está submetida àquilo que lhe é superior. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Estética**: a idéia e o ideal. *In*: A FENOMENOLOGIA do espírito / Estética: a idéia e o ideal / Estética: o belo artístico e o ideal / Introdução a história da filosofia. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Nova Cultural, 1980, p. 38. (Série Os pensadores).

¹⁵ Sartre, ao se contrapor ao determinismo genético freudiano, diz que o “homem apresenta-se como uma escolha a fazer. Muito bem. Antes do mais ele é a sua existência, no momento presente, e está fora do determinismo natural; o homem não se define previamente a si próprio, mas em função do seu presente individual.” SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Tradução e notas de Vergílio Ferreira. 2. ed. Lisboa: Presença, 1996, p. 306-307.

lhes foram arrancados pelo poder. O poder estatal ou religioso (que nessa crítica se mostrarão como uno) institucionalizou o consumo na sociedade moderna, onde se verifica o abuso, a reificação materializada em necessidade, e, portanto, esvaziada de intersubjetividade. Assim é que o “uso a que o sagrado é devolvido é um uso especial, que não coincide com o consumo utilitarista.”¹⁶ O dinheiro, na era do consumo, é materializado não mais como veículo de satisfação, mas como moeda absoluta de poder, intocável, sem que seja possível ao homem dar-lhe outro significado, a não ser o de coisa concretizada em si mesmo.¹⁷

1.1 A crítica como pressuposto do uso; a alienação, do abuso

A compreensão de “uso” como posicionamento democrático perpassa pela filosofia do jovem Marx quando essa contrapõe a filosofia transformadora ao método especulativo e imprime a crítica como instrumento do saber.¹⁸ Há imensa proximidade entre os conceitos de “uso”, de Agamben, e “crítica”, de Marx, assim como também entre “alienação”¹⁹ e “abuso”. A filosofia do jovem Marx, provocativa, distante de soluções simplórias, está mais para a constatação de antagonismos, deflagração de conflitos, porque “formular um problema é resolvê-lo”.²⁰ O “uso” ata-se à crítica no tempo em que usufruir implica abrir espaços de conhecimento, e este não deveria prescindir de um juízo crítico. O conhecimento pelo uso não pode ser definitivo, inclina-se mais para um problema que para uma solução, pois que pretende abertura, e não exclusivo caminho. O sentido da filosofia transformadora de Marx está para desmascarar a autoalienação que se mostra nas formas sagradas, como o faz Agamben, na profanação pelo uso. Colocam-se aí, dialeticamente, os conceitos de alienação e crítica, assim como estão contrapostos o abuso e o uso, o sagrado e o profano. A crítica está

¹⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução e apresentação de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 67.

¹⁷ O mundo em que tudo é necessário é entendido como o mundo do dinheiro. Essa conclusão sobre a vida contemporânea já havia sido antecipada por Marx: “A *necessidade prática*, o *egoísmo*, é o princípio da *sociedade burguesa* e se manifesta como tal em toda sua pureza da mesma maneira que a sociedade burguesa extrai totalmente de seu próprio seio o Estado político. O Deus da *necessidade prática e do egoísmo* é o *dinheiro*.” MARX, Karl. **A questão judaica**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2005, p. 47-48.

¹⁸ Marx entende “crítica” como possibilidade de alcançar a realidade humana. Em texto de inspirada poesia diz que “a crítica arrancou as flores imaginárias dos grilhões, não para que o homem os suporte sem fantasias ou consolo, mas para que lance fora os grilhões e a flor viva brote.” Id. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 146.

¹⁹ Delimitados os conceitos de uso, profanação, sagrado e abuso, cabe aqui o de alienação de Marx, trazido em magnífica interpretação: “Indico, de passagem, que a expressão utilizada ‘a renúncia do homem a si mesmo’ é a tradução do termo alemão *Selbstentfremdung*, que quer dizer ‘tornar-se estranho a si mesmo’, *fremd* querendo dizer ‘estranho, estrangeiro’ e *Selbstentfremdung* querendo dizer ‘o ato pelo qual eu próprio me torno estranho a mim mesmo’, o que se traduz em geral pelo termo ‘alienação’”. ARON, Raymond. **O marxismo de Marx**. Tradução de Jorge Bastos. 3. ed. São Paulo: Arx, 2005, p. 79-80.

²⁰ MARX, Karl, op cit., 2005, p. 15.

para o uso, assim como a alienação está para o sagrado. Aquilo que resta alienado, sagrado, isenta-se da crítica. Para criticar, há que antes se apoderar, usar; para profanar, é necessário criticar, conhecer intimamente até que se possa fazer novo uso²¹. E assim encontram-se e se entrecruzam conceitos, ideias.

A filosofia transformadora do jovem Marx torna ação o que antes era inação, e, portanto usável, aquilo que antes era sagrado.²² Se o filósofo especulativo organiza o mundo pela cabeça, parte da ideia, Marx, invertendo a ordem Hegeliana, pretende organizar a cabeça pelo mundo, acusando a filosofia alemã de imanente, não transcendente; especulativa, não transformadora.²³ Nessa inversão, o que é predicado passa a ser sujeito: o essencial é que passa a ter a força do agir.²⁴ Se o Estado de Hegel é prioritário (sujeito) com relação à sociedade civil (predicado), numa ideia abstrata de si, superior e anterior àquelas esferas que o antecederam, Marx estabelece nova maneira: a substância há de ser o sujeito; e o fenômeno, o predicado. Nesse momento, em que a substância torna-se sujeito, a imanência abre espaço para o agir, e o Estado real descoberto distancia-se do Estado ideal, sagrado. A sociedade civil é o sujeito, que se forma “como” Estado. O sujeito, por sê-lo, age, e daí oferece uma compreensão dialética do Estado, porque implica noção de causalidade. Entre o “céu” e a “terra”²⁵ faz-se o espaço do homem: o sagrado é invadido pelo uso, pela crítica, pela linguagem. O homem age e dialoga com sua criação. Se o homem não é criado pelo Estado,

²¹ Selvino José Assmann, ao falar das possibilidades criadas pela filosofia de Giorgio Agamben, diz que ela “equivale a ir em busca da infância, ou seja, de nossa capacidade de jogar e de amar, a saber, de viver na intimidade de um ser estranho, não para fazê-lo conhecido, e sim para estar ao lado dele sem medo de ficar entre o dizível e o indizível”. ASSMANN, Selvino José. Apresentação. In: AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 7-8.

²² Essa consequência ocorre quando se compreende o conceito de “uso” de Agamben implicando ação. Não se pode usar sem liberdade, que se encontra em antagonismo com a rigidez do inamovível, do improfanável. O significado de “ação” na filosofia dialética corrobora esse pensamento, na medida em que essa “se define por um diálogo entre, pode-se dizer, a consciência espontânea e a consciência filosófica, entre a realidade bruta e a consciência, e também um diálogo entre a consciência e a ação. A tomada de consciência da realidade é ponto de partida necessário da ação, no sentido estrito do termo, não sendo a ação, verdadeiramente, ação e criação senão na medida em que é a realização da verdade racional.” ARON, Raymond. **O marxismo de Marx**. Tradução de Jorge Bastos. 3. ed. São Paulo: Arx, 2005, p. 88.

²³ Na relação dicotômica entre o ideal e o real o que de fato deveria existir é uma tensão capaz de potencializar o ideal como real, tornando tal potencialidade disponível tanto o conceito como o real.

²⁴ O filósofo não-especulativo diz “a pêra é uma fruta”; de outro, o especulativo, “a fruta se põe como pêra”. Aquilo que deveria ser o predicado (ser fruta) aparece como sujeito; o que deveria ser sujeito (a pêra em si) torna-se predicado. Essa exemplificação é apresentada pelo próprio filósofo. Ver: ARON, Raymond, op. cit., 2005, p. 132.

²⁵ O céu e a terra é uma alusão à crítica de Marx ao Estado, engendrada através da crítica à religião. O homem é que faz a religião – aqui logo invertendo a lógica clássica especulativa –, deixando de ser abstrato e passando a ser seu mundo, a sociedade. O homem cria a religião, como o faz também com o Estado. Marx usa o antagonismo por vezes em seu texto, como quando diz que “o Estado político conduz-se em relação à sociedade civil de modo tão espiritualista como o céu em relação à terra.” MARX, Karl. **A questão judaica**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2005, p. 23.

este tem de ser apoderado pelo homem, podendo-se dizer também que não é o Estado que deve usar o homem, e sim o homem é que deve usar o Estado.²⁶

Mas foi o homem – sujeito da criação do sagrado – que engenhou o Estado, e também sua sacralização; o homem apartou de si sua criação.²⁷ Não tendo havido “salto”²⁸ para um Estado superior, cabendo aqui a palavra “estado” com minúscula, a sociedade é o real sujeito do processo histórico. O Estado é o predicado da sociedade – quando esta se faz em sujeito transformador e assim se descobre liberta, fazendo-se do homem a essência do Estado, e tornando profano (humanizado) o que antes era sagrado. O homem, ao fazer uso de sua própria criação, faz uso do poder por ele criado, podendo aproximar-se talvez de um de seus engenhos mais intrincados – a democracia.²⁹ Aqui, tentar-se-á entender democracia como a capacidade do homem de abrir espaços de criticidade no poder que por ele fora criado. A crítica é o instrumento do *uso democrático do poder* e da possibilidade de emancipação democrática do homem, pois exclui o mundo inamovível do sagrado, no qual a única coisa que se mexe é a

²⁶ Marx adverte que não é o Estado que cria o homem, mas o homem é quem cria o Estado. Se a criação do Estado pelo homem se dá pelo uso, tal uso, descuidado da lógica marxista, pode criar um homem usado (ou abusado) pelo Estado, engendrando-se, nessa afirmação, os conceitos de Marx e Agamben.

²⁷ O esclarecimento de que o sagrado é a separação operada pelo próprio homem equivale ao fim da ideação política. Para Marx, como para Maquiavel, o Estado é simples instrumento de poder, como bem esclarece Negri na seguinte passagem: “Nunca foi possível compreender tão bem quanto agora o que outro pensador da modernidade nos diz sobre Maquiavel: ele não é o teórico do Estado absolutista moderno, nem o teórico de um poder constituinte ávido de constituição; ele é o pensador da ausência de todas as condições de um princípio e de uma democracia. É a partir dessa ausência, desse vazio, que Maquiavel literalmente arranca o desejo de um sujeito e o constitui em programa.” NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 148.

²⁸ A filosofia transformadora de Marx implica não existir mais um Estado abstrato, além e acima das partes (sagrado) e, portanto, esse Estado não poderia mais ser visto como a superação da violência primitiva, pois a sociedade pré-estatal não fora como que “tocada” pelo feitiço de um Estado, que a teria transformado em sociedade civil: foi o homem mesmo que concebeu o Estado. Em linhas gerais, antes dessa modificação feita por Marx na lógica entre Estado e Sociedade, o Estado seria a forma racional acima das partes que garante a ordem social, contrapondo-se ao “estado de natureza”. Haveria um *salto* para o Estado. Mas como sabiam os homens, no estado de natureza, desse estado civil, para poderem convencionar? Como se deu esse pulo se eram eles primitivos? Marx esclarece que, simplesmente, não houve o pulo.

²⁹ A flutuação de um conceito ideal de democracia pode ter um paralelo com a idéia de *Genius* de Agamben, para que se compreenda a própria impossibilidade de alcançá-la. Visto isso não como dormência, mas como necessidade de ação-profanação das instituições ditas democráticas, a fim de que, criticando-as, possa-se fazer delas novo uso, não mais idealizado. Uma democracia-*genius* exclui o homem real (homem real como o entende Marx), usando-se da demagogia, dos discursos totalizantes, dos argumentos falaciosos. Mas não há de se esquecer que o ideal pode parecer belo aos olhos dos sonhadores. Agamben coloca voz no homem que, sofrendo, se despede de *Genius*: “Vá embora, Ariel! É a hora em que Próspero renuncia a seus encantos e sabe, com a força que lhe sobra, que é sua hora, a última estação, tardia, em que o artista velho quebra o seu pincel e contempla. O quê? Os gestos: pela primeira vez só nossos, completamente libertos de qualquer encanto. Se a vida, sem Ariel, certamente perdeu seu mistério e, mesmo assim, de algum lugar nos é feito saber que só agora nos cabe, que só agora começamos a viver uma vida puramente humana e terrena, então a vida que não manteve suas promessas pode agora, por isso mesmo, dar-nos infinitamente mais.” AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 21-22.

ideia.³⁰ Para se usar o que antes era sagrado, é necessário um agir, ou melhor, uma crítica para o agir, no sentido de dedução da tomada de consciência do homem no ato de profanar.³¹

Mas para que se faça a crítica ao poder – o uso do Estado pelo homem – é preciso que se saiba de que homem estar-se a falar. Marx, inserindo o sagrado como contraponto ao profano, acusa a existência de um homem real e de um homem ideal, ilusório.³² Diz ele que o Estado sacralizado, abstraindo-se do homem real, contenta-se em satisfazer esse homem de modo simplesmente ilusório. A cidadania resta corrompida se os sujeitos históricos reais são tratados como criações do Estado; os sujeitos perdem sua capacidade de ação, como sociedade civil ideal. Assim é que pode haver um Estado com um formato livre, sem que o povo realmente o seja, porque a desigualdade entre os homens nas esferas reais de vida, principalmente a econômica, produz a desigualdade entre este homem real e o homem-político, cidadão.³³ O pretense cidadão do Estado resta abstraído, generalizado na necessidade impressa por um estado de consumo. O homem real, com suas necessidades reais, é descartado em detrimento da necessidade do consumo, todavia incontentável. O homem real torna-se ausente, abusado pelo Estado do consumo; o homem ideal se cria intocado, sacralizado em “povo”.

A conciliação entre o indivíduo e a sociedade pode não ocorrer pelo retorno ao *humanismo abstrato* iluminista (de uma concepção formal do direito) ou pela dissolução do indivíduo na concreção do Estado. Pode dar-se o encontro entre homem real e homem ideal (entre homem e

³⁰ A crítica tida não como fim, mas como instrumento de denúncia e conseqüente autoconhecimento é concebida por Marx, quando esse diz que “a crítica já não é fim em si, mas apenas um meio; a indignação é o seu modo essencial de sentimento, e a denúncia a sua principal tarefa.” MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 147.

³¹ A crítica aqui poderia ser entendida como pressuposto para um agir cujo conteúdo é fruto de um autoconhecimento. É a partir da apreciação de sua situação no mundo que poderá o homem recriar esse mundo. Se o espelho que lhe mostra reflete sua imagem deformada, ou distinta do que é, o homem poderá refazer o mundo sobre pilares de necessidades alheias, pois estão ocultas para ele suas próprias experiências e hesitações. A profanação é assim o desaprendimento por parte do homem das suas falsas imagens e o reencontro consigo mesmo.

³² O homem teria uma vida material, advinda de suas necessidades reais de existência; e uma outra, ideal, imposta pelo Estado ao tratá-lo como cidadão, sem esse Estado realmente importar-se com sua vida real. Marx esclarece assim que “o homem, em sua realidade imediata, na sociedade civil, é um ser profano. Aqui, onde passa ante si mesmo e frente aos outros por um indivíduo real, é uma manifestação *carente de verdade*. Pelo contrário, no Estado, onde o homem é considerado como um ser genérico, ele é o membro imaginário de uma soberania imaginária, acha-se despojado de sua vida individual real e dotado de uma generalidade irreal.” MARX, Karl. **A questão judaica**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2005, p. 23.

³³ O poder tem duas vertentes antagônicas, porque pode ser visto como potencialmente direcionado à vida, ou seja, direcionado ao homem real; como pode também ser entendido como forma de submeter a vida. Quando aqui se fala da necessidade de crítica ao poder, está-se a entender esse como o poder que intenta sujeitar a vida real em detrimento de uma vida idealizada a encobrir interesses de uma minoria sem qualquer representatividade do homem real. Portanto, a crítica filosófica “devia explorar, e com ânimo redobrado, o campo prático da política.” ENDERLE, Rubens. Apresentação. In: MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 14.

povo) pelo uso do Estado, retornado ao homem. Marx intenta compreender a origem dos antagonismos e fixar a necessidade desses contrastes. Quando se faz a inversão da filosofia de Hegel, não mais se pretende interpretar o mundo, mas transformá-lo, substituindo as ideias pelas condições reais do homem, trocando o sagrado pelo profano. A sociedade civil, sujeito agora, afasta a supervalorização do Estado como criador, afasta a *democracia enfeitizada*, de aparência, sagrada. Autor de uma *crítica para o agir*, entendendo nessa ação o uso consciente de suas criações, imprime ao homem sua autodeterminação, sua *emancipação* frente a um Estado não mais sagrado. Quando se faz da crítica o instrumento do uso democrático do poder, um Estado distanciado do homem passa a desmerecer a alcunha de “democrático”.

Há que se contrapor ao poder apartado e superior ao homem um Estado real, como também, nos Estados Constitucionais, uma Constituição real.³⁴ Porque pode acontecer de o Estado viver sob todas as ilusões de um Estado Constitucional e não viver, no entanto, a principal realidade de tal garantia, a soberania popular, entendendo-se soberania como a vontade real de homens reais na formação do poder.³⁵ O Estado como ilusão é o sagrado, distante dos homens, restando esses, alienados, assim como, para Marx, o são diante da religião.³⁶ O filósofo, partindo da emancipação religiosa para a política, deflagra na religião e no Estado o apartamento do homem consigo mesmo e esclarece que, se é a sociedade que concebe o Estado, estando essa lógica invertida, o Estado pode criar uma consciência invertida do mundo.³⁷

³⁴ Karl Loewenstein, ao se defrontar com a dificuldade de uma classificação das Constituições, passa a entender que premente é a concordância das normas constitucionais com a realidade do processo do poder, mais que o dessecamento do conteúdo de tais normas, alertando “*para que una constitución sea viva, no es suficiente que sea válida en sentido jurídico. Para ser real y efectiva, la constitución tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados y tendrá que estar integrada em la sociedad estatal, y ésta em ella.*” Se tivessem passado por um processo de simbiose, a Constituição e a comunidade, poder-se-ia chamar tal Constituição de “normativa”, o que está aqui a se chamar de “Constituição real”. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Traducción por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 217.

³⁵ Trata-se da possibilidade de as normas constitucionais controlarem o processo político, e não o contrário, como o pretende Karl Loewenstein, quando afirma que só se poderá falar em uma constituição normativa se “suas normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder de adapta a las normas de la constitución e se somete a ellas”. Ibid., 1976, p. 217.

³⁶ A crítica à religião feita por Marx aqui será tomada tão-somente como rápida transição para a crítica ao Estado. Não se está a concordar que toda a religião seja o ópio do povo, como o afirmou o filósofo.

³⁷ Importante salientar que Marx, ao falar de um mundo invertido, não o quis entender como um mundo falseado, porque “não diz exatamente nem ‘errado’ nem ‘falso’, diz *verkehrt*, que quer dizer algo como ‘revirado’ ou ‘invertido’, ‘ao contrário’, ‘de cabeça para baixo’”. ARON, Raymond. **O marxismo de Marx**. Tradução de Jorge Bastos. 3. ed. São Paulo: Arx, 2005, p. 77.

1.2 O consumo e a sacralização do mundo da vida

O homem passa a não mais usar o mundo, no momento em que, ausentando-se de sua subjetividade, objetiva-se como mercadoria. A religião do consumo aqui será tratada como “aquilo que subtrai coisas, lugares, animais ou pessoas ao uso comum e as transfere para uma esfera separada”,³⁸ a religião do consumo pode assim ser entendida como aquilo que aparta o homem moderno de seu mundo da vida. O consumo imprime ao indivíduo sua necessidade, retirando-lhe a possibilidade do “não”.³⁹ Essa impossibilidade é feita através de um ardil, porque na religião do consumo o Estado submete-se a tal culto, saindo do papel principal de dominação para o papel de mero instrumento, diferentemente da apoderação da esfera religiosa que antes se dera.⁴⁰ Nesse sentido, o Estado poderia ser visto também como Estado-instrumento, regulador das necessidades de um mercado, que passa a lhe imprimir suas próprias urgências?⁴¹ O Estado consumista transforma-se em anulação consumista do Estado, deixando de ser o representante da vontade geral dos cidadãos – premissa do ente democrático –, para ser o representante das imposições do mercado, cuja vontade só é compatível com a vontade individualista do homem consumidor.⁴² Faz-se o apartamento do homem com o mundo, ou mais, do homem com o outro homem. Ao se falar de uma época em que vigora a religião do consumo, está-se a dizer que este consumo sai da condição de característica do Estado moderno para se tornar sua condição e fundamento, fazendo do consumo, através de

³⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 65.

³⁹ O sentido de potência inclui, na sua passagem ao ato, a sua singularidade ao “não”, como premissa da liberdade no uso, porque a potência há de necessariamente incluir a possibilidade de não-uso para que se possa entender como tal.

⁴⁰ Há o entendimento de que o Estado absorveu a estrutura eclesiástica como instrumento para exercer sua autoridade. Dessa forma, “se detém uma estrutura fática, possui o Estado, igualmente, uma de justificação que lhe permite ser reconhecido como o formulador legítimo dos padrões normativos.” MOREIRA, Luiz. Dominação das consciências e teologização do Estado. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org.). **Jürgen Habermas, 80 anos: Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 19-42, p.38.

⁴¹ Ao lado da visão de um Estado forte e interventor, pode-se ter também aquela de um Estado liberal e passivo, curvado à lógica do mercado. No segundo, o próprio mercado veste o papel do Estado, como acontece, v.g., na privatização dos serviços públicos e no poder das agências reguladoras. O poder econômico abraça-se ao Estado, tal qual a planta parasita abraça com força a sua planta parasitada, imprimindo, pela via subterrânea, ações que mascaram essa dominação. Essa abordagem não apresenta, de fato, uma novidade, porque já é sabido que o Estado “se apresenta triplamente enfraquecido: antes de tudo, é incapaz de tomar decisões devido à sua dependência frente ao estrangeiro e a seu conluio com os monopólios; da mesma forma, está em desvantagem devido ao aumento de sua dívida e à redução de sua capacidade de investir, o que o obriga a se acantonar em certos setores; enfim, sua terceira fraqueza vem de que os domínios de intervenção do Estado como investidor não são suscetíveis de orientar o país para um caminho de crescimento máximo e de um desenvolvimento autenticamente nacional.” SANTOS, Milton. **O Espaço dividido: Os dois circuitos da economia urbana dos países subdesenvolvidos**. Tradução de Myrna T. Rego Viana. 2. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004, p. 177.

⁴² Guy Debord refere-se a essa inversão operada entre o mundo da economia e o mundo da vida. A economia modifica (ou mesmo parasita) o Estado para transformá-lo em depositário de suas necessidades, justamente porque “a economia transforma o mundo, mas o transforma apenas em mundo da economia.” DEBORD, Guy. **Sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 30.

sua internalização nesse Estado, o improfanável, e do homem – que deveria ser a base desse Estado – o objeto a ser usado.

Acontece que o consumo como religião, para se fazer como tal, necessita do culto a determinados objetos e da permanência desse culto.⁴³ Nessa transição da esfera profana para a sagrada, pode-se dizer que o consumo cuida da separação e desse processo de cultuar determinados objetos, que se tornam, daí, imprescindíveis ao homem moderno. Mas como explicar a imprescindibilidade do consumo se a grande parte dos homens não pode alcançar os objetos consumíveis cultuados? O desejo de propriedade é alimentado de duas formas: a *não usabilidade da coisa* e a *resignação*. A *impossibilidade de uso* dos bens da vida advém de sua condição de abusáveis; o consumo é o próprio abuso.⁴⁴ É dessa forma que o ritmo incessante do consumo queda resguardado: é imperioso ao homem consumir, como forma de tentativa à autoidentificação através da expectativa de se apropriar dos bens cultuados, e como forma de inserção social frente ao isolamento.⁴⁵ Quanto à *resignação*, partir-se-á do prévio entendimento de que a separação inerente ao culto é feita através de práticas e normas que passam a ser obrigatórias e de que “o dispositivo que realiza e regula a separação é o sacrifício”.⁴⁶ A ideologia do consumo atrai o homem moderno justamente como contraponto de sua situação de apartamento; o consumo aparece como acalento à intratável realidade, como que um ressarcimento ilusório que o homem dá a si (ou que lhe é dado).⁴⁷ Se não é dado à grande maioria o real poder do consumo, a garantia a tal culto é dada pela resignação, que é deflagrada numa absorvente tristeza do homem moderno, para quem é vetado o uso ao mundo da vida; para quem é impedida a possibilidade de brincar com o objeto, exatamente porque é ele não-

⁴³ Agamben, ao caracterizar o consumo como religião, encontra-lhe algumas características inerentes: “1. É uma religião cultural, talvez a mais extrema e absoluta que jamais tenha existido. [...] 2. Esse culto é permanente; é a ‘celebração de um culto *sans trêve et sans merci*’. [...] 3. o culto capitalista não está voltado para a redenção ou para a expiação de uma culpa, mas para a própria culpa.” AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 70.

⁴⁴ O consumo aqui é visto como o avesso do uso, justamente porque esse é o avesso do abuso. Assim é que o carro não é mais desejável se não o for novo, ainda que esteja bom para o uso; o computador resta rapidamente obsoleto; as toalhas, os copos, os pratos, os talheres devem ser descartáveis para o prático homem moderno; a moda descarta a cada estação suas invenções e cose símbolos no antigo para sua nova identificação, descartando a moda que “passou” Interessante lembrar que talvez um dos únicos bens que não se tenha convertido em descartável – a casa própria – tenha sido a responsável por talvez a maior crise da era do consumo.

⁴⁵ A necessidade recalcada de inserção social do homem moderno se dá porque o “sistema econômico fundado no isolamento é uma *produção circular do isolamento*. O isolamento fundamenta a técnica; reciprocamente, o processo técnico isola.” DEBORD, Guy, op. cit., 1997, p. 23.

⁴⁶ AGAMBEN, Giorgio, op. cit., 2007, p. 65.

⁴⁷ Os homens que se entregam, que enfraquecem e desistem não se podem dar ao prazer da desconfiança como reconhecimento da imagem do outro, pois que vetada está a sua própria imagem a si, e “enfraquecer e desconfiar parece-lhes pecaminoso; anda-se com cautela. Insensato aquele que ainda tropeça com as pedras e com os homens!”. NIETZSCHE, Friedrich. Assim falava Zarathustra. In: GRANDES Mestres do pensamento, 1977, v. 4, p. 15.

apropriável.⁴⁸ A propriedade torna-se o fim a ser perseguido, ao invés de ser o meio para o uso.⁴⁹ O homem se torna paralisado frente às certezas do mundo do consumo, porque a possibilidade de se apropriar dos objetos é trazida pela mídia numa proximidade jamais vista: o carro na realidade inalcançável adentra inteiro, com suas promessas, na casa do consumidor.⁵⁰ Ora, a revolta não é condizente quando se está tão próximo da salvação. Aquele carro, e somente aquele carro, poderá oferecer a vida desejada, os amigos e o amor esperados. Os objetos cultuados criam a ilusão de carregar consigo o reconhecimento e a dignidade do homem, quase que já esquecidos, mas desejados intimamente, ainda que, na realidade, impossibilitados.

A não usabilidade da coisa e a resignação do homem frente ao consumo resultam em inevitável massificação e alienação da sociedade.⁵¹ O homem desaparece porque seus desejos só têm um vetor de realização: o consumo, que também poderá lhe restituir a identidade perdida. O homem degrada-se, passando a qualificar sua inserção social pela potencialidade de alcançar os objetos de consumo cultuados; aquele que negar esse culto sobrar marginalizado, não fará parte do todo. Baseada na capacidade humana de crer na realidade fantástica, a dinâmica moderna aposta nesse homem alienado, crédulo quanto ao poder de consumo. E quanto mais dolorosa a realidade do indivíduo, mais ele é impelido a adorar os objetos cultuados, já que menos convicção ele tem de que pode se salvar com as próprias mãos; a opressão reiterada relega o indivíduo à desesperança. A adoração alienante, paralisante, é necessária para que se faça da democracia instrumento de dominação econômica. O homem cultua o consumo como religião e, ao fazê-lo, afasta-se de si.

⁴⁸ Diz Agamben que “se hoje os consumidores na sociedade de massas são infelizes, não é só porque consomem objetos que incorporaram em si a própria não-usabilidade, mas também e, sobretudo, porque acreditam que exercem o seu direito de propriedade sobre os mesmos, porque se tornaram incapazes de os profanar.” AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 73.

⁴⁹ A propriedade como fim, através do dinheiro, inverte a posição do homem no mundo, porque “quem pode comprar a valentia é valente, ainda que seja covarde.” MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução, apresentação e notas de Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 160. Quando, se for entendido “o *homem* enquanto *homem* e seu comportamento com o mundo enquanto um [comportamento] humano, tu só podes trocar amor por amor, confiança por confiança etc.” Assim, é que, “se tu amas sem despertar amor recíproco, isto é, se teu amar, enquanto amar, não produz o amor recíproco, se mediante tua *externação de vida* (*Lebensäusserung*) como homem amante não te tornas *homem amado*, então teu amor é impotente, é uma infelicidade.” *Ibid.*, 2004, p. 161.

⁵⁰ Quanto ao poder exercido pela mídia na ilusão do consumo: “quando a posse de um ‘*status* midiático’ assume importância muitíssimo maior que o valor daquilo que se foi capaz de fazer realmente, é normal que esse status seja transferível com facilidade e confira o direito de brilhar, de modo idêntico, em qualquer lugar.” DEBORD, Guy. **Sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 174.

⁵¹ A alienação não é decorrência necessária da massificação, porque “aquilo que os homens depõem em comum na massa são as crenças, as esperanças, as recusas que procedem da sua situação. A identidade de situação aproxima-os, mas, ao mesmo tempo, confunde-os numa categoria global.” BURDEAU, Georges. **A democracia**: ensaio sintético. Tradução de Paulo Antônio dos Anjos. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1975, p. 59.

Assim é que o poder econômico aparta o homem de si mesmo, e, ao mesmo tempo, pela alienação, pela possibilidade irreal e ilusória de participação no “espetáculo”⁵² do consumo, faz do homem um ser sem identidade, e da sociedade, uma massa que deseja o mesmo – o consumo; portanto, o poder econômico massifica justamente quando se vale da real separação. A sociedade do consumo está apartada em suas condições reais, mas a possibilidade de consumo cria a ilusão de que o sagrado pode ser tocado e que, nesse momento, haverá a inserção do excluído. A possibilidade é alienante porque a inclusão desejada de fato não é permitida, e o homem passa a se esquecer de sua condição, para viver a vida numa *possibilidade de viver outra vida*, fazendo parecer igual o que de fato é diferente. A economia, baseada na diferença social, faz surgir a imagem ilusória da homogeneidade, a garantir a ordem totalitária do poderio econômico. A realidade, o vivido, o real, o usado; o espetáculo, o irreal, improfanável. Mas há um espetáculo a criar o mundo aparente, e Guy Debord adverte que ele não é simplesmente “um suplemento do mundo real, uma decoração que lhe é acrescentada. É o âmago do irrealismo da sociedade real.”⁵³

1.3 O espetáculo e a imagem do consumo

A crítica de Debord na “Sociedade do Espetáculo” é radicada num marxismo consistente, justamente porque busca no espírito crítico o seu fundamento. A intuição de seu pensamento não poderia ser negada na sociedade moderna, pois de uma franca lucidez, descortina a ilusão que surge aos olhos como realidade.⁵⁴ O sentido privilegiado nessa sociedade – a visão – permite ao espetáculo a sensação de que o irreal pode ser tocado, quando, de fato, o irreal é o improfanável.⁵⁵ O fetichismo da mercadoria aparece para esvaziar o mundo da vida, operando a inversão entre meio e fim, entre a realidade vivida e a realidade da imagem (ou realidade imaginada). Se a imagem não é o real, mas apenas sua abstração, o homem só tem contato com o irreal, abstraindo-se do mundo da vida. Essa inversão ocorre quando as relações sociais deixam de ser mediadas por coisas para serem mediadas por

⁵² Posteriormente, nesse trabalho, o termo “espetáculo” será alargado para tentar se alcançar a “sociedade do espetáculo” de Guy Debord. Como Agamben é tido como aquele que deu prosseguimento ao pensamento de Guy Debord, esse liame, etiologicamente, pode dá alguma racionalidade para a relação que aqui se intenta entre os pensadores.

⁵³ DEBORD, Guy. **Sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 14.

⁵⁴ No contraponto entre ilusão e realidade, entre o que falso ou verdadeiro, Debord deságua no conceito marxista do mundo invertido-falso: “No mundo realmente invertido, a verdade é um momento do que é falso.” Ibid., 1997, p. 16.

⁵⁵ O sentido da visão é prevalente porque “o espetáculo, como tendência a *fazer ver* (por diferentes mediações especializadas) o mundo que já não se pode tocar diretamente, serve-se da visão como o sentido privilegiado da pessoa humana – o que em outras épocas fora o tato; o sentido mais abstrato, e mais sujeito à mistificação, corresponde à abstração generalizada da sociedade atual.” Ibid., 1997, p. 18.

imagens de tais coisas, e a anterior desnaturação do ser em ter ultrapassa o mundo material para encontrar a abstração do ser em parecer.⁵⁶ O consumo, como meio de vida da economia moderna, passa a ser também seu fim, ao fazer da realidade do homem o espetáculo da aparência.⁵⁷ O consumo é a realidade aparente do homem porque se opera justamente no instante do desaparecimento da coisa, sendo-lhe impedido o uso; o consumo é o intocável, o improfanável. Articulada, até o instante, a relação do “espetáculo” com os conceitos de Agamben, deve-se inquirir o que marca, afinal, aquilo que Debord entendeu como “sociedade do espetáculo”.

O “espetáculo” sobrevive apenas na sociedade onde vigora o poder do dinheiro, garantido pelo consumo. Como decorrência de tal imposição, o valor das coisas passou a ser medido por seu valor monetário e não mais por suas qualidades. Com a objetivação da coisa em quantidade de dinheiro que representa, a coisa perde sua potencialidade para o uso; o dinheiro deixa de ser somente o meio para ser o próprio fim da apropriação. Para que a atração ao dinheiro esteja garantida, o consumo adentra num papel principal, como estrela sempre a luzir aos olhos do homem. A profusão das imagens na sociedade do espetáculo obedece à imposição do consumo, e assim se opera mais uma inversão: o homem não consome guiado pelo seu desejo; ele passa a desejar o que consome (ou o que pode vir a consumir). A mídia, assalariada, representante do dinamismo do dinheiro e do consumo, garante ao objeto do consumo uma aparência de total acessibilidade e uso, e mesmo como vetor de felicidade.⁵⁸ Quando, de fato, o espetáculo trabalha para anular o real vazio existente no homem. E a perfeição do espetáculo se revela justamente nesse ponto: para que o homem não sinta o vazio de sua condição real, a ele é dado, por imagens, o seu sonho, que deixa de ser compreendido como tal, passando a ser visto como realidade, porque o real é fabricado a fim de satisfazer o vazio deixado na sociedade.⁵⁹ O consumo passivo da imagem é o ansiolítico viciante de uma vida real estranhamente abstraída. Onde a vida é fragmentada, a

⁵⁶ Essa transmutação dar-se-ia porque a “primeira fase da dominação da economia sobre a vida social acarretou, no modo de definir toda realização humana, uma evidente degradação do *ser* para o *ter*. A fase atual, em que a vida social está totalmente tomada pelos resultados acumulados da economia, leva a um deslizamento generalizado do *ter* para o *parecer*, do qual todo ‘ter’ efetivo deve extrair seu prestígio imediato e sua função última.” DEBORD, Guy, op. cit., 1997, p. 18.

⁵⁷ Se os meios são também seus fins, o espetáculo “é o sol que nunca se põe no império da passividade moderna.” DEBORD, Guy, op. cit., 1997, p. 17.

⁵⁸ O consumo e a felicidade relacionam-se no momento em que a “vedete do consumo, embora represente exteriormente diferentes tipos de personalidade, mostra cada um desses tipos como se tivesse igual acesso à totalidade do consumo, e também como capaz de encontrar a felicidade nesse consumo.” DEBORD, Guy, op. cit., 1997, p. 41.

⁵⁹ Debord traz dolorosa metáfora a esse pensamento, quando diz que “o espetáculo é o sonho mau da sociedade moderna aprisionada, que só expressa afinal o seu desejo de dormir. O espetáculo é o guarda desse sono.” DEBORD, Guy, op. cit., 1997, p. 19.

imagem a unifica; onde a vida é esvaziada de sentido, a imagem lhe impõe os sentidos. O homem qualifica o mundo da vida pelas imagens, quando deveria compreender as imagens pela sua realidade. Mas aconteceu de sua vida real ter sido levada, sem que ele sequer percebesse; estava o homem adormecido, hipnotizado.

Mas a presença invasiva dos meios de comunicação de massa, ainda assim, é apenas o meio mais visível do espetáculo; é apenas sua forma de mediação do homem com esse espetáculo. A sua eficácia está afiançada pela alienação do homem. Essa alienação, por sua vez, possui suas garantias: a imobilidade do homem-consumidor; sua não-contestação diante do consumo; e a infundável renovação tecnológica. Quando a sociedade moderna passa a ter o espetáculo por real, o reino da aparência relega o indivíduo à imobilidade. Os valores são preestabelecidos. A vida aparente é consumida avidamente, sem possibilidade de reflexão, excluindo-se o diálogo, entorpecido pela visão do sonho. A separação do homem com o outro homem está operada. O consumidor, igualado nessa condição a todos os outros consumidores, está, de fato, isolado, já que a vida visível é justamente o esvaziamento da vida real. A alienação está subsumida no espetáculo, precisamente porque o que não aparece no espetáculo não é real, mas o que aparece é irremediavelmente real.⁶⁰ E o não-reconhecimento do mundo por parte do homem, faz com que este não possa mais verificar o que é verdadeiro e o que é falso; o homem não contesta o espetáculo, que “parece” verdadeiro. A renovação técnica complementa o processo de dormência do homem consumidor: a desinformação da sociedade – necessária à sua manipulação – é operada pela apresentação fragmentada dos fatos, cuja verdade está vetada ao homem, para quem não é dado tempo de qualquer verificação; os meios de informações se multiplicam em estrondosa velocidade. Além do mais, a aparente inovação constante dos bens cria uma avidez insaciável no âmago do consumidor. O mundo do espetáculo entorpece o consumidor com suas necessidades infundáveis, transmitidas pela imagem com uma provocante simplicidade simbólica. E essas possibilidades surgem no espetáculo como prenes de felicidade; sempre aparentemente apropriáveis.

Se o homem está a ser abusado nesse espetáculo, o poder do dinheiro, aí, sobrepõe-se ao poder da política. Isso se dá pelo triunfo da positividade ideológica, o que, ao mesmo tempo, representa o fim da história das ideologias.⁶¹ A concretização do espetáculo quando de sua

⁶⁰ O espetáculo não é palpável, mas “se apresenta como uma enorme positividade, indiscutível e inacessível. Não diz nada além de ‘o que aparece é bom, o que é bom aparece’.” DEBORD, Guy, op. cit., 1997, p. 16-17.

⁶¹ Quanto à ideologia: “A ideologia é a base do pensamento de uma sociedade de classes, no curso conflitante da história. [...] Quando a ideologia, que é a vontade *abstracta* do universal e sua ilusão, se encontra legitimada na sociedade moderna pela abstração universal e pela ditadura efetiva da ilusão, ela já não é a luta voluntarista do

representação no mundo da vida materializa a ideologia antes abstrata, tornando o consumo o único universal reconhecível. O homem fica sujeito ao domínio da crescente invenção de objetos adquiríveis, e o espetáculo é essa própria ideologia, na qual a necessidade de dinheiro (ou de consumo) se sobrepõe à vida.⁶² O homem, imobilizado e não-contestatório, está inerte quanto à atuação política. O esvaziamento da política tem como consequência a fusão entre o Estado e a economia. Daí, a economia passa a alienar o homem como uma religião terrena, e mais, entronizada no próprio entendimento do Estado, passa a impor a este suas finalidades.⁶³ A realidade imaginada é a mediação necessária a fim de retirar dos indivíduos sua subjetividade, no instante em que lhes impõe a objetivação da vida. Isto porque o espetáculo escolheu sua própria técnica: a imagem, que, por isso, não deve ser entendida como arbitrária ou neutra. As relações entre os homens tornam-se desabitadas, ocupadas pelo espetáculo, assim como a relação dos homens com o Estado. A democracia, nesse diapasão, pode também ser vista como uma democracia de aparência. Quando o poder do espetáculo imprime aos homens a verdade que lhe pareça mais conveniente, falsificando-lhes os próprios pensamentos, resta vetado a tais homens o reconhecimento de sua cidadania. A política se limita a um simples meio para que o espetáculo alcance seus fins: a democracia sobra abusada.⁶⁴ O Estado submete-se (ou mesmo garante)⁶⁵ a força do espetáculo, ao relegar ao indivíduo um papel meramente passivo. O isolamento e a fragmentação do homem moderno, a sua impossibilidade de uso da vida, está intrinsecamente ligada a um Estado que está interessado nesse homem alienado e nessa democracia abusada. A potência da sociedade resta assim mediada e direcionada de acordo com os interesses do espetáculo.

parcelar, mas seu triunfo. Assim, a pretensão ideológica adquire uma espécie de chã exatidão positivista: já não é uma escolha histórica, mas uma evidência. [...] A ideologia materializada não tem nome, como também não tem programa histórico enunciável. Isso equivale a dizer que a história das ideologias acabou.” DEBORD, Guy, op. cit., 1997, p. 137-138.

⁶² A relação entre o dinheiro, o homem e o mundo da vida é assim colocada por Marx: “O *dinheiro*, na medida em que possui o *atributo* de tudo comprar, na medida em que possui o atributo de se apropriar de todos os objetos, é, portanto, o *objeto* enquanto possessão eminente. A universalidade de seu *atributo* é a onipotência de seu ser; ele vale, por isso, como ser onipotente... O dinheiro é o *alcoviteiro* entre a necessidade e o objeto, entre a vida e o meio de vida do homem. Mas o que medeia a *minha* vida para mim, *medeia-me* também a existência de outro homem para mim.” MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução, apresentação e notas de Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 157. E, mais adiante, exemplifica o pensamento: “O que eu *sou* e *consigo* não é determinado de modo algum, portanto, pela minha individualidade. Sou *feio*, mas posso comprar para mim a *mais bela* mulher.” Ibid., 2004, p. 159.

⁶³ O paralelo entre o espetáculo e a religião se consubstancia no fato de que “o espetáculo é a reconstrução material da ilusão religiosa. A técnica espetacular não dissipou as nuvens religiosas em que os homens haviam colocado suas potencialidades, desligadas deles: ela apenas os ligou a uma base terrestre.” DEBORD, Guy. **Sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 19.

⁶⁴ O sentido do abuso consubstancia-se no mau uso e não no uso excessivo.

⁶⁵ A aproximação entre o Estado e o poder econômico pode ser interpretada de duas formas: como submissão do primeiro às imposições do mercado, ou como fusão entre ambos. Ainda que se entenda pela última, não há como negar que, apesar de distintas, oferecem o mesmo resultado: a deturpação da soberania, e, como consequência, a impossibilidade democrática.

Assim, a sociedade do espetáculo caracteriza-se também pela não participação do povo no poder. O isolamento do homem é o instrumento para o abuso da democracia, para que se faça uma democracia de aparência; ao homem está impedido o uso do Estado. Quando se veta a possibilidade de uso ao mundo da vida, queda impedido o homem de suas experiências reais, restando a ele somente a sociedade do espetáculo. O Estado moderno, garantidor dessa sociedade do espetáculo, passa a viver também a impossibilidade de seu uso, pois cria no Estado Constitucional a ilusão de uma democracia.⁶⁶ Aqui, entendendo-se democracia como o uso do poder pelo povo, deflagra-se a “democracia aparente” na imagem de um povo ao qual foi vetada qualquer espécie de uso. Evidência disso é que nessa democracia aparente ocorre uma dormência das leis, que é justamente exigida para que seu entendimento (proveniente da vontade popular) não perturbe as técnicas do mercado. Tornando a dizer: a não participação no poder, nesse Estado do espetáculo, é deflagrada como impossibilidade dos cidadãos do uso democrático do poder.⁶⁷ Feito está o apartamento entre o poder e o homem, e, indo além, a potência do poder constituinte – que deveria tencionar a relação entre aquilo que é possível e aquilo que é real – passa a ser apenas a ilusão de uma potência. Ou seja, como premissa do uso do poder, a potencialidade de tal uso é imprescindível, já que é a mola propulsora da criação. Assim é que poder constituinte, nesse momento, está sendo entendido como força da potência do poder do povo, que se fará em poder constituído – pois da possibilidade é que se faz o uso. Democracia poderia assim ser tida como a propulsora dessa tensão entre poder constituinte e poder constituído, como também da conseqüente problematização advinda dessa tensão, ou seja, do preciso retesamento entre a potência e o real.

Daí pode-se entender que o espetáculo, ao sobrepor o poder econômico ao poder democrático, conclui com o esvaziamento do poder constituinte. A democracia, marcada pelo

⁶⁶ Essa ilusão de democracia é precisamente o que deflagra Luiz Moreira, com ameaçadora complexidade, provocando, assim, inúmeras desconfianças, e lembrando que “cabe à Filosofia do Direito alertar os sujeitos de direito de que, a pretexto de preservar o poder decorrente de sua associação e de fundar um Estado laico e plural, o constitucionalismo hodierno eliminou as múltiplas formas de entendimento das categorias do real e reduziu drasticamente a liberdade de livre disposição desses mesmos sujeitos ao constituir uma esfera indisponível à sua faculdade plenipotenciária.” MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 104-105.

⁶⁷ A consequência disso é que a “privação dentro da sobrevivência ampliada [...] não se torna liberada da antiga penúria, pois exige a participação da grande maioria dos homens, como trabalhadores assalariados, na busca infinita de seu esforço; todos sabem que devem submeter-se a ela ou morrer.” DEBORD, Guy. **Sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 33.

“diálogo”,⁶⁸ pelo poder constituinte e pelo uso democrático do poder, queda-se anulada pelo espetáculo.

1.4 A alienação democrática no mito do poder constituinte

O conceito de democracia que se pretende aqui alcançar, como sendo aquele capaz de deflagrar e desmitificar a tensão entre poder constituinte e poder constituído, será uma “investida”⁶⁹ dada a partir do pensamento de Antônio Negri, ainda que tal entendimento pareça opor-se a sua filosofia. O conceito de poder constituinte entendido por Negri, ao causar na dogmática jurídica tradicional um dismantelamento do já parecia sabido, oferece um espírito de crítica e reconstrução. É com esse espírito que se partirá de Negri, sem escamotear as contradições que se apresentam, mas, aproveitando-se delas, para abrir novos espaços de entendimento democrático, ainda – ou por isso mesmo – que tal conceito seja o conceito de uma crise. Porque, para Negri,⁷⁰ como para Marx, a crise do conceito é mesmo a energia de movimento para sua resolução; é no caos que se encontra a possibilidade de diálogo. Desse modo, pode-se dizer que nosso mundo só existe e se constitui na crise; na medida em que as certezas metafísicas cedem lugar a um mundo secular a crise torna-se verdadeiramente a expressão desse mundo. A proposição de Negri, acima de tudo, revela intenso desejo de renovação de um conceito, na tentativa de fazê-lo encontrar-se com o que lhe há de vivo, fazendo do conceito de poder constituinte mais do que fonte irradiadora de constituições e ordenamentos jurídicos, mas força viva da democracia, identificando-se tal sujeito vivo democrático com o próprio conceito de política.⁷¹

A subjetivação do poder constituinte, flagrada no pensamento de Negri, contrapõe-se a sua tradicional posição de fonte de produção das normas fundamentais de um Estado,

⁶⁸ Quanto à importância do diálogo numa sociedade: “No plano dos recursos de pensamento das populações contemporâneas, a primeira causa da decadência decorre claramente do fato de que o discurso apresentado no espetáculo não deixa espaço para resposta; ora, a lógica só se forma socialmente pelo diálogo.” *Ibid.*, 1997, p. 189.

⁶⁹ O sentido de “investida” no texto é aquele pulo no pensamento, dado na maioria das vezes apenas com a coragem de dá-lo, sem absoluta segurança de que irá se saltar o obstáculo. O que fora entendido por um grande pensador passa a ser compreendido, apropriado, e, com respeitosa ousadia, usado de uma maneira a ser o ar necessário para encontrar-se outra via do pensamento.

⁷⁰ Negri, ao se referir à crise do conceito de poder constituinte: “A esta altura, porém, é necessário perguntar: considerada a profunda ambigüidade com que as doutrinas jurídica e constitucionalista envolvem o conceito de poder constituinte, sem conseguir, em ambos os casos, resolvê-la, não seria aquele conceito realmente o conceito de uma crise?” NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 22-23.

⁷¹ Quanto à origem comum entre poder constituinte e política: “O poder constituinte é uma potência criadora de ser, vale dizer, de expressões concretas do real, valores, instituições e lógicas de ordenação da realidade. O poder constituinte constitui a sociedade, identificando o social e o político em um nexu ontológico.” *Ibid.*, 2002, p. 451.

desmascarando o engodo de se ter um “poder que surge do nada e organiza todo o direito... Um paradoxo que, precisamente pelo seu caráter extremo, é insustentável.”⁷² Se o poder constituinte haveria de ser onipotente diante das categorias a serem constituídas, seria ele fechado num diminuto espaço de tempo e entendido como poder extraordinário, resultando no inevitável aprisionamento quando o poder constituinte faz-se em constituído⁷³. Esse é o entendimento de Negri que deverá ser explicitado, e reinterpretado, a fim de que não se faça dele estorvo, ou improdutiva contradição a esse trabalho.

A pergunta que intimamente reclama em Negri é como manter a força viva do poder constituinte; ao encontrar na revolução a resposta, Negri opõe-se às doutrinas da transcendência,⁷⁴ da imanência⁷⁵ e da coexistência,⁷⁶ acusando-as de neutralizarem o poder constituinte, mitificando-o ou retirando-lhe qualquer sentido, esgotando o que lhe há de essencial – a força democrática. Estar-se-ia sempre a domar, pelo ordenamento constituído, o poder constituinte, a fim de que se sufocasse a força da multidão. Devendo ser viva essa força, como depositário democrático, a efetivação desse poder em determinados regulamentos jurídicos encerraria tal força, retirando-lhe o caráter. Assim é que, em Negri, contrapõe-se democracia à soberania, já que esta é criação do constitucionalismo e aquela seria a própria força viva do povo.⁷⁷ Como é nessa potência da multidão que reside a capacidade criativa de uma sociedade e a possibilidade dela se refazer continuamente, essa força não poderia ser aprisionada no procedimento constitucionalizante.

⁷² Ibid., 2002, p. 9.

⁷³ Quanto à subjetivação do poder como impossibilidade da existência de um poder constituinte delimitado no tempo e no espaço: “Todas as linhas da nossa pesquisa nos conduzem a uma conclusão: o poder constituinte é um sujeito. Este sujeito, esta subjetividade coletiva, desprende-se de todas as condições e contradições aos quais a sua força constituinte é submetida nos momentos cruciais da história política e constitucional. Este sujeito não é progressivo; ao contrário, é a antítese contínua de toda progressão constitucional: tanto o seu nascimento como a sua ruptura ocorrem contra o processo constitucional e o sujeito constituinte nunca se submete à permanência estática e cerceadora da vida constitucional.” Ibid., 2002, p. 447.

⁷⁴ Os transcendentais fariam do poder constituinte uma emanção pontual de força que se efetiva no exclusivo momento da feitura do poder constituído, porque se crê que o poder constituído é fundado pelo poder constituinte, mas isso ocorre através de um processo que é imediatamente rompido em seu próprio nascimento, acarretando a inteira autonomia do ordenamento constituído.

⁷⁵ Para aqueles que entendem pela imanência, o poder constituinte seria absorvido pela constituição, a fim de se garantir a contínua legitimação.

⁷⁶ Para aqueles que entendem pela coexistência, haveria uma dualidade entre constituição formal e material, sendo aquela a malha a ser feita com o jogo das forças institucionais contínuas.

⁷⁷ Para que se esclareça com o próprio autor: “Neste quadro, é evidente que o avesso da democracia não é só o totalitarismo, mas o próprio conceito de soberania; é evidente que o conceito de democracia não é uma subespécie do liberalismo ou uma subcategoria do constitucionalismo, mas uma ‘forma de governabilidade’ que tende à extinção do poder constituído, um processo de transição que libera poder constituinte, um processo de racionalização que ‘decifra o enigma de todas as constituições’”. NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 49.

Ainda assim, a descrença de Negri em qualquer tipo de regulação do poder constituinte não aparece como fissura do pensamento a seguir desenvolvido; surge mesmo como fundamento. Isso porque o fio que conduz todas as suas questões é o de que a força democrática não se prolonga no poder constituído, mas, ao contrário, contém-se o poder democrático ao se confinar o poder constituinte. Negri descrê, antes de tudo, na constitucionalização do poder constituinte, na *constitucionalização da democracia*. Desmonta-se, assim, a democracia constitucional como superestrutura, apartada do homem, pois ela é, na verdade, sua criação. Se a democracia foi criada pelo homem, a democracia é a sua própria potência. A liberdade do homem, então, não lhe seria dada “pela” democracia, instituída na constitucionalização do poder, e sim construída “na” democracia. A democracia seria a sua própria vontade de libertação, a força que se faz, que se constrói, que não é pontual e nem simplesmente institucionalizada na constituição. E como manter a força viva, porque democrática, do poder constituinte? Como não fazer dessa força momento isolado? Como apreender a energia do homem e não a das estruturas por ele criadas? Como garantir a contínua abertura democrática?⁷⁸ Tantas perguntas podem requerer um só estímulo: fazer da tensão entre poder constituinte e poder constituído encontro, força una, superando-se a impossibilidade da existência de um poder constituinte delimitado no tempo e no espaço diante da subjetivação do poder trazida por Negri.

A impossibilidade de se entender como força única os poderes constituinte e constituído encontra-se na crença de que não se pode unir o que é distinto, pelo menos desde a lógica de Aristóteles.⁷⁹ Mas qual o fundamento político-jurídico de tal indistinção? A legitimidade das constituições encontra abrigo num ato originário do poder constituinte, entendido este como poder de uma assembleia constituinte, sendo sabido, também, que a criação e o exercício do poder constituinte são emanações do poder dos sujeitos de direito⁸⁰. Pode-se afirmar, então,

⁷⁸ Ver brilhante alerta de Burdeau quanto aos rumos de uma democracia travados por uma dogmática tradicional: “No entanto, a esta primeira impressão, que exprime a louvável prudência do investigador, substitui-se uma outra, mais estimulante, desde que se considere a democracia não apenas objeto de análise científica, mas também, para milhões de indivíduos, uma maneira de viver em comum e, para cada um deles, uma possibilidade de responder à sua vocação de homens. É para eles que a democracia deve ser aquilo que é; eles não são especialistas de ciência política, e é deles, no entanto, que depende o futuro do regime que construiram.” BURDEAU, Georges. **A democracia**: ensaio sintético. Tradução de Paulo Antônio dos Anjos. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1975, p. 1-2.

⁷⁹ A tradição aristotélica, como a tradição lógica em geral, compreende os princípios da identidade, da diferença e do terceiro excluído, da seguinte forma (aqui bem simplificada, diga-se): uma propriedade (qualidade) não pode, sob o mesmo ponto de vista (oriundo da mesma causa), e ao mesmo tempo, pertencer e não pertencer a um determinado sujeito. Portanto, uma coisa é ou não é sob um determinado aspecto, não havendo uma terceira possibilidade lógica (denominada de terceiro excluído). Referencial teórico: terei ainda que colocar.

⁸⁰ Isso ocorre porque “o poder constituinte é a formalização da soberania de sujeitos que, associadamente e por portarem direitos decorrentes do processo cultural e civilizatório, materializam seus anseios por uma nova

que o poder constituinte está somente a exercer o poder que pertence a tais sujeitos de direito, o que justifica a pretensão de Negri de compreender o poder constituinte como democracia. No entanto, como o processo legislativo, tanto quanto o processo constituinte, “decorrem da soberania popular, melhor, ambos decorrem do poder que emana da associação dos sujeitos de direito”,⁸¹ Luiz Moreira deflagra “o embuste” no moderno Estado de Direito, ao se pretender fazer da Constituição fonte originária e diversa de qualquer outra que lhe suceda.⁸² De fato, o que tornaria o poder constituinte extraordinário em relação ao poder constituído? Se, de fato, ambos possuem a mesma fonte viva de produção de normas – a vontade dos sujeitos de direito – o que existe é uma diferença quantitativa, e não qualitativa; uma diferenciação técnica, apenas. Acontece que a sobreposição da técnica sobre a política esvazia a democracia, já que o caráter democrático é que deve oferecer, como necessidade própria à racionalização do poder, o sentido da técnica; já o inverso, pode incorrer na domesticação do caráter democrático.⁸³ Consequência de tal domesticação é a impossibilidade de se profanar o poder constituinte, pois o caráter excessivamente técnico de um instituto jurídico pode fazê-lo incompreensível ao homem comum, não passível de julgamento, tornando-se improfanável. A técnica instrumentaliza a impossibilidade de profanação do poder, distanciando-o do povo ao qual pertence, e, destarte, empobrecendo a democracia de seu fundamento.

A pretensa separação entre poder constituinte e poder constituído sufoca a potência democrática, porque os procedimentos jurídicos passam a entender que o poder constituinte encontra-se apartado num espaço de tempo limitado; mas é, ao mesmo tempo, legitimador de uma ordem que se segue e que, portanto, está subordinada àquela legitimidade primeira, constituindo-se esta em momento excepcional e improfanável. O perigo que aí se encontra é o

ordem jurídica ao dotarem a assembléia de uma faculdade constitutiva em exercício.” BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **A nova separação dos poderes**. Apresentação de Bruce Ackerman. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. ix e x.

⁸¹ Ibid., 2009. Apresentação, p. xi.

⁸² Acusa o autor que “o embuste característico ao projeto do Estado democrático de Direito de tornar a Constituição a sua pedra angular, torna o momento da criação da norma constitucional o ponto zero, originário, genealógico, conferindo um caráter *sui generis* à sua produção e à sua promulgação. Como dito, a peculiaridade do poder constituinte consiste na disposição fundante oriunda da soberania, posta deliberadamente em exercício pelos sujeitos de direito”. Ibid., 2009. Apresentação, p. xi.

⁸³ Interessante notar que o termo “domesticação” da democracia é utilizado em Negri em um sentido bem próximo ao trazido por Marx, ainda que aquele aponte como causa a regulamentação do poder, e este, a técnica: “o elemento democrático deve ser, antes, o elemento real que dá a si mesmo, no organismo estatal inteiro, a sua *forma racional*. Se, ao contrário, ele entra no organismo ou formalismo estatal como um elemento ‘*particular*’, compreende-se por ‘forma racional’ de sua existência a domesticação, a acomodação, uma forma na qual ele não mostra a peculiaridade de sua essência, ou seja, que ele entra apenas como princípio formal.” MARX, Karl. **Introdução à crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 130.

da não atualização de ambos os poderes, constituinte e constituído, impedindo que se possa verificar, continuamente, sua legitimidade democrática. E como poderá o povo – legítimo detentor do poder – exercer e controlar tal poder, quando este se apresenta improfanável? O apartamento entre poder constituinte e poder constituído cria um hiato responsável pela impossibilidade de uso dos poderes: o poder constituinte queda sacralizado, pois que separado temporal e qualitativamente do poder constituído; enquanto este, subordinado, passível de abuso (de mau uso), pois supostamente detentor de menos democraticidade.

A chave para esse embuste encontra-se não no que se explica em Negri, mas no que se inquire: como fazer do poder constituinte uma potência que não se finda?⁸⁴ Primeiramente, ou mesmo intuitivamente, compreendendo-se que o poder constituinte há que se prolongar⁸⁵. Sendo o poder constituinte potência, esse prolongamento dá-se justamente por seu efetivo uso pelos indivíduos, retirando, com tal uso, o caráter profano do poder constituinte. Em segundo, com a profanação do poder constituinte, ao invés de se intentar pela exclusão do poder constituído, eleva-se o retesamento entre a potência e o real, entre o poder constituinte e o poder constituído, até o ponto em que da tensão se faz a composição. A composição entre poder constituinte e poder constituído se dá no justo momento de seu uso, fazendo do constituinte o constituído, através da apoderação de ambos pelos sujeitos de direito, que devem estar sempre a legitimar o poder. A profanação do poder constituinte, no sentido de obrigá-lo a tal legitimação, ou de fazê-lo constituído, garante a continuidade democrática fundadora. De fato, a potência não se finda, pois que não há ruptura alguma entre potência constituinte e potência constituída. Daí, a infinitude da força democrática, tão reclamada por Negri, pode ter vazão quando se faz da Constituição e do poder constituído o mesmo depositário de legitimidade. Se o uso democrático do poder (uso como apoderação) deve ser dado unicamente aos sujeitos de direito, deverão ser eles, igualmente legitimadores da ordem constituinte e da ordem constituída. A potência assim não se esvazia no poder constituído real, porque, de fato, potência e uso de tal potência são atos que se sucedem íntima e ininterruptamente. A potência permanece no poder constituído porque precisamente o poder constituído é também potência. Poder constituinte e poder constituído (ou entendidos ambos, simplesmente, como poder democrático) são, tão-somente, o poder do povo.

⁸⁴ Negri, amante da potência, daquilo que não deve ser amortecido, entra, nesse texto, num acordo com o tempo: “O amor do tempo é a alma do poder constituinte na medida em que este faz do mundo da vida uma essência dinâmica, síntese sempre renovada da natureza e da história.” NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 459.

⁸⁵ A necessidade de prolongamento do poder constituinte advém do fato de ser ele “ato de escolha, a determinação pontual que abre o horizonte, o dispositivo radical de algo que ainda não existe, e cujas condições de existência pressupõem que o ato criador não perca suas características na criação.” *Ibid.*, 2002, p. 36.

Vê-se que a democracia é o objeto do qual se intenta aqui aproximar, não para lhe negar a mística inerente ao conceito, mas para descobrir-lhe a potência do significado.⁸⁶ Nesse momento, em que se afirmou a necessidade de um uso democrático do poder pelos seus destinatários – os sujeitos de direito – é necessário indagar-se sobre a relação entre poder e direito. O poder pode se estabelecer de dois modos: de forma horizontal, como organização gerencial apenas, ou de forma vertical, conforme subordinação aos sujeitos de direito. No primeiro caso, pode-se ter um Estado de Direito que seja, ainda que com tal alcunha, um Estado totalitário.⁸⁷ No segundo, está-se a falar de um Estado de Direito, que, subordinado à vontade dos sujeitos de direito através das eleições, é tido como democraticamente legítimo. Nesse Estado Democrático de Direito, no qual o conceito de política aparece subjetivado ao conceito de democracia, a política estaria a garantir aquela vivacidade da recriação do poder, a fim de atender às forças do mundo da vida. Portanto, o poder traria consigo a obrigatoriedade de se recriar; tal recriação se daria, tão-somente, pela vontade dos sujeitos de direito. O mundo da vida como alma da democracia, continuamente reconhecida, revela o amor pelo tempo que se constrói. A renovação da história e o transformar do homem (e o transformar do poder desde aí) é força de legitimação de um Estado de Direito que se faz em democrático.

Está-se a falar repetidamente em legitimação do poder, e também em legitimação desse poder pelos sujeitos de direito. Ainda que tal concatenação pareça evidente, hoje, num Estado democrático de Direito, seu caráter inovador pode ser demonstrado com um rápido paralelo histórico. O poder, até a eclosão das Revoluções Francesa e Americana, no século XVIII, era legitimado em critérios sacralizados – antes as forças da natureza, depois as forças divinas⁸⁸. O homem encontrava-se distanciado, apartado do poder; e o Estado, sacralizado. Com a redescoberta do homem como centro da vida, o poder passa a ser emanado desse homem. Nasce, precisamente aí, a democracia e, ainda que

⁸⁶ Quanto à mística inerente à democracia: “A democracia é hoje uma filosofia, um modo de viver, uma religião e, quase acessoriamente, uma forma de governo. Um significado tão rico advém-lhe tanto do que ela efetivamente é como da idéia que dela fazem os homens quando nela depositam as suas esperanças de uma vida melhor. Dissociar o que nela é realidade do que é crença conduziria a tornar incompreensíveis não apenas o dinamismo que a anima, mas, até, as suas instituições positivas, pois estas só têm sentido em função da mística que encarnam.” BURDEAU, Georges. **A democracia**: ensaio sintético. Tradução de Paulo Antônio dos Anjos. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1975, p. 1.

⁸⁷ Ao se falar dessa contradição, impõe-se um texto de Marx: “O limite da emancipação política manifesta-se imediatamente no fato de que o Estado pode livrar-se de um limite sem que o homem dele se liberte realmente, no fato de que o Estado pode ser um Estado livre sem que o homem seja um *homem livre*.” MARX, Karl. **A questão judaica**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2005, p. 21.

⁸⁸ Sobre essa transmutação da legitimidade: “Com a perda de eficácia social dos critérios transcendentais de fundamentação da legitimidade, como a natureza, a divindade etc., a sociedade tomou consciência de que era ela mesma que tinha de decidir sobre as normas que deveriam regular a convivência social.” ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

esta não admita moldura fixa de definição, pode-se falar numa “idéia fundamental da democracia”⁸⁹: todos aqueles atingidos pelas normas de um Estado devem ter a possibilidade de participar da formação dessas normas; se nas complexas sociedades atuais não se pode falar em autogoverno de forma direta, resta imprescindível a autocodificação. Entendida a soberania popular como o poder de um povo criar as normas às quais deverá obedecer – poder de, representativamente, se autogovernar –, chega-se à conclusão, como dito por José de Albuquerque Rocha, que “a legitimidade nas modernas sociedades democráticas não pode se fundamentar, senão na soberania popular [...]”⁹⁰ Mas, num Estado de Direito constitucional, especificamente no Estado brasileiro, quem representa essa vontade emanada do povo? Segundo a organização do Estado brasileiro, a função de criação normativa, ou função legislativa, é designada ao Poder Legislativo.⁹¹ É esse poder a representação da vontade popular, pois que eleito pelo povo, a fim de fazer valer seus desejos e necessidades através, da feitura das leis que serão obedecidas pelos mesmos sujeitos que legitimaram sua criação.

Em determinadas condições, no entanto, flagra-se a impossibilidade do uso do poder por parte dos sujeitos de direito. Em um Estado dito democrático pode estar ausente o caráter vivo da potência desses sujeitos, ao se sobrepor a burocracia e a técnica à democracia, distanciando-a dos homens e tornando-a, por isso, facilmente manipulável. Configura-se, na realidade brasileira, um afastamento entre o Poder Legislativo e os detentores legítimos do poder, sob argumentos da prevalente eficácia do Executivo e do papel de garantidor dos direitos fundamentais que cabe ao Judiciário. Diante do contraste entre uma constituição rígida e uma sociedade a proclamar a dinamicidade inerente ao mundo da vida, surge o argumento de que caberia ao Judiciário, unicamente, solucionar tal tensão, o que é, ao mesmo tempo, um argumento que autoriza a interferência desse poder na esfera do Poder Legislativo. Opera-se a judicialização da política, e, no extremo desse processo, encontramos a súmula vinculante – norma geral e abstrata de criação do órgão máximo do Poder Judiciário – podendo-se também falar em “*judicialização da vida*.”⁹²

⁸⁹ A “idéia fundamental” de uma democracia pode ser tida como a “determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo.” MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

⁹⁰ ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

⁹¹ Nelson Saldanha traz uma importante e taxativa afirmação: “Um povo que não possua, em sua organização política, um legislativo que efetivamente o represente, e que encarne valores políticos definidos, não será um povo politicamente desenvolvido.” SALDANHA, Nelson. **O que é o poder legislativo**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 75.

⁹² BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **A nova separação dos poderes**. Apresentação de Bruce Ackerman. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. xii.

O poder, que deve ser emanado do povo, fica represado com a criação da súmula vinculante, pois de proveniência oligárquica e não-detentora de representatividade popular. Substitui-se o papel de um Poder Legislativo político e legítimo por um Poder Judiciário produtor de leis, com evidente esvaziamento da soberania. Há ainda outros argumentos para se afirmar que a criação da súmula vinculante no Brasil aciona um movimento contrário à democracia. A vontade criadora da normatização passa a ser ordenada de cima pra baixo, da cúpula de um dos poderes para os sujeitos de direito, sufocando o poder constituinte – a democracia, quando deveria ser o inverso. A criatividade das massas, que só pode ser verificada no mundo da vida ao qual tem acesso o juiz de primeiro grau, é afastada em detrimento da técnica e de argumentos, quiçá falaciosos, em relação à celeridade e à segurança da prestação jurisdicional. A criação deixa de ser feita de dentro do mundo da vida para o direito (de dentro pra fora, se entendermos o direito como expressão do homem), para ser feita de fora pra dentro. Se o mundo da vida é quem cria o direito, este passando a ser o criador, institucionaliza-se a mistificação e o comando⁹³. Havendo hiato entre o poder, que se fez em comando, e a potência, represada nas massas, a liberdade desaparece.

O Poder Legislativo encontra-se abusado, mal-usado, e a democracia tende a se tornar improfanável pela criação de mecanismos de distanciamento com o povo. A liberdade dos sujeitos de direito, entendida como poder de se autogovernar, resta prejudicada num Estado que poderia (por que não?) ser chamado de estado de exceção.

⁹³ Negri, em sua busca pelo poder constituinte, vivo, oferece fabuloso conceito: “o comando é esta falta de verdade.” NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 456.

2 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O AMBÍGUO MODELO BRASILEIRO

O poder pode ser entendido tanto como força de onde provém a sociedade, como forma de organização dessa sociedade, e, nesse sentido, está relacionado ao direito; o poder, a fim de se realizar, busca uma ordenação.¹ Se a pretensão de domínio faz parte da condição humana, pode-se afirmar que as relações entre os homens geram um conjunto de regras, aptas a regulamentar tal prevalência de vontades. O direito, assim, pode ser instrumento de tal dominação,² ao vincular os submissos àqueles que detêm o poder. No entanto, o direito tem pretendido ser, além de força coativa, realização da justiça. O significado de justiça, hoje, está intimamente ligado à dignidade do homem e, daí, quando cada homem é merecido em suas expectativas, o direito há de se fazer numa dialética entre consenso e dissenso, na tentativa da composição de vontades pluralistas que devem ser respeitadas. Falar de poder e de direito é também dizer sobre o Estado.³ O Estado hodierno tem a legitimidade como base de sua autoridade e se vincula ao direito como instrumento de legitimação. O direito assegura justiça e segurança jurídica ao Estado e encontra neste seu necessário instrumento de coação.⁴ A soberania popular, por sua vez, coloca-se como fundamento da regulamentação do poder de

¹ Georges Burdeau, propondo uma definição de Poder, o trata como “a energia de uma idéia de direito, entendo que ele é uma potência ao mesmo tempo espiritual e material, que suscita, em vista da sua realização, a representação de uma ordem social.” BURDEAU, Georges. **A democracia**: ensaio sintético. Tradução de Paulo Antônio dos Anjos. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1975, p. 76-77.

² Em termos de dominação, é interessante observar o pensamento de Hermann Heller: “Não se aceitando a forma jurídica não é possível que uma situação transitória de dominação se converta em uma situação de dominação relativamente duradoura.” HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 233.

³ Para Cademartori, a zona de penumbra que se forma entre o Direito e o Estado “sugere que o âmbito dos dois conceitos não é plenamente coincidente nem são duas realidades situadas em planos totalmente diversos, mas que ocupam espaços próximos embora diferenciados.” CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade** – Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas, SP: Millennium, 2006, p. 9.

⁴ Está-se a falar aqui do direito positivo. A possibilidade de um direito positivo em contraposição ao direito natural, por ser tema inexaurível, deve ser apenas aqui constatada: “*Otra cosa ocurre con las leyes positivas del derecho. Respaldadas por la fuerza y por sanciones, se imponen, verdaderas o falsas, al objeto; el derecho natural tiene que renunciar a su verdad e inclinarse ante sus prescripciones.*” KIRCHMANN, Julius Hermann Von. **La jurisprudencia no es ciencia**. Traducción de Antonio Truyol Serra. 3. ed. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1983, p. 24 - 25.

um Estado,⁵ que pretende firmar sua racionalidade na vontade dos sujeitos de direito, mediante o uso⁶ da política por tais sujeitos.

Acontece que, como todos são iguais perante a lei, e igualmente voltados aos seus próprios interesses, cabe aqui uma crítica quanto ao caráter individualista que se firma em tal sociedade. De fato, o corpo político apresenta-se desmantelado pela infinita luta de interesses contrapostos, vetando-se a cooperação.⁷ Há, no entanto, um fator que assegura esse esfacelamento social e político: uma igualdade que se afirma ante o mercado, mais do que perante a lei;⁸ é o mercado que sobrevive e se expande com o desmanche sócio-político. A título de visualização, far-se-á uma pequena digressão sobre os repetidos desmanches na história.

O sentido hoje conhecido de legalidade nasce como forma de defesa frente aos privilégios do Estado Absolutista, representado pela nobreza e pelo clero, os quais estavam vetados à burguesia. A força econômica dessa classe incipiente, verificada já no mundo pré-Revolução Francesa, ansiava por uma regulamentação jurídica. Seria a igualdade jurídica que iria lhe permitir a ampliação de domínio. A construção de princípios jurídicos, e da nova concepção de direito, à época, nasce sob determinadas premissas: seu caráter puramente científico; o conseqüente alheamento à política; a ideia de completude do direito e, por isso, de pura subsunção no seu ato de aplicação; e o movimento de codificação do direito.⁹ Mais ainda: para que a vinculação alcançasse também o Estado, impedindo a hipótese

⁵ A soberania é considerada por Loewenstein como a racionalização jurídica do fator de poder: “Quizá se pueda decir que la soberanía no es más, y tampoco menos, que la racionalización jurídica del factor poder, constituyendo este el elemento irracional de la política.” LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 58. (Colección Demos).

⁶ O sentido de “uso”, aqui, é aquele já tratado no capítulo anterior a este, qual seja, o de apropriação e possibilidade de recriação, por parte dos sujeitos de direito; recriação dos homens que pertencem a um Estado, mas que também o fazem, quando fazem uso da política.

⁷ “Na rivalidade as pessoas procuram derrotar umas as outras e ganhar um prêmio. Na competição não é isso o que acontece. A derrota dos outros não é desejada por si só. Eles são indiferentes em relação aos outros competidores a não ser enquanto meios para o objetivo de ganhar.” BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo plenamente a lei: A lei do amor e o amor pela lei**. Coordenação de Ronaldo Porto Macedo Jr. Tradução de Lucas Dutra Bortolozzo, Luiz Reimer Rodrigues Rieffel e Arthur Maria Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus, 2008, p. 100. (Coleção Teoria e Filosofia do Direito).

⁸ A igualdade perante a lei é aqui considerada sob a ótica de Zenon Bankowski: “Esse tipo de Direito é melhor expresso em sociedades individualistas, do tipo *laissez-faire*, sendo cada interesse individual apenas um interesse competindo com (e por vezes prevalecendo sobre) outros interesses. [...] Todos são iguais perante a lei e todos são iguais no mercado. Ibid., 2008, p. 97.

⁹ A codificação do direito resulta do desenvolvimento do comércio marítimo, ou seja, da fase primitiva do capitalismo, o mercantilismo. Confirma-se, a propósito, as considerações de Alexandre Sormani e Nelson Luis Santander: “Com o florescimento da burguesia, deu-se início à forma primitiva do capitalismo – o mercantilismo – que fomentou o desenvolvimento do comércio marítimo, agora voltado para o oceano Atlântico. Esse comércio passou a exigir um direito codificado que desse segurança às relações jurídicas, que não poderia ficar mais à mercê do direito canônico em estado fragmentário, ao arbítrio das decisões judiciais e nem submetido a valores de uma Igreja que não detinha mais os respeito de outrora.” SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.23.

amedrontadora da volta ao Estado Absolutista, seria preciso uma lei capaz de vincular a todos os governantes; uma lei que estabelecesse as competências e atribuições do novo Estado, mas que o fizesse de forma a dificultar sua violação por esse Estado – nasce, assim, como filha da burguesia, a lei constitucional.¹⁰

A constituição liberal é criada a fim de dar limites ao poder estatal através da esfera jurídica; essa seria a ideia de bem comum. A representatividade é o instrumento dessa vinculação do Estado ao direito, posto que, se o poder soberano seria agora representado pelo povo, seria esse povo – burguesia que, por conta do voto censitário, se erguia como classe única – a se autogovernar. O indivíduo, através da teoria do contratualismo, vincula-se ao Estado e passa a ser o centro de sua criação, ao se abandonar a legitimação estatal divina. Dois princípios regem agora o Estado: o da “distribuição” e o da “organização”.¹¹ Da distribuição do poder diz-se que: como o homem passa a ocupar o centro da vida, sua liberdade deve ser protegida frente ao Estado e pode ser restringida apenas legalmente. O princípio da organização é responsável pela divisão de poderes ou funções, limitando ainda mais a atuação do Estado frente ao particular. A dicotomia entre Estado e indivíduo marcava também a separação entre público e privado, representando o interesse do mercado, que se pretendia um espaço apolítico e, portanto, imune às intervenções estatais.¹² O homem burguês encontra, na lei, o instrumento de controle do Estado e uma forma de oferecer ao mercado inteira liberdade de domínio.

Fala-se em limitação do poder estatal através da lei, mas da lei ordinária ou da constituição? A questão que se propõe é: haveria, ou não, distinção entre uma e outra no incipiente Estado burguês? Tanto a lei como a constituição surgem a fim de garantir as mudanças introduzidas pelo novo Estado. O Poder Legislativo, portanto, é a força suprema, pois que emana diretamente da vontade soberana do povo (burguesia). A segurança e a

¹⁰ A lei constitucional avança o conceito tradicional da mera legalidade. Este sentido reforçado de legalidade (é requerido para que a lei constitucional vincule inclusive o Estado: “Neste sentido, o instrumento que melhor pode ordenar os regramentos sobre competências e atribuições, de uma maneira neutra e racional (sob a ótica liberal), é a lei, que, entretanto, para poder vincular inclusive o Estado, precisa adquirir uma conformação que ultrapassa o mero âmbito legal tradicional: a de lei constitucional.” LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 15.

¹¹ Ibid., 2007, p. 8.

¹² O espaço apolítico, na acepção de Mônica Leal, é o espaço privado, que passou a ser irrelevante para o âmbito do público: “Disso resulta uma certa oposição entre a esfera pública e a privada (representada, eminentemente, pelo mercado, um espaço politicamente neutro, tido como verdadeira sociedade natural de indivíduos livres). [...] Ao mesmo tempo, o privado, o particular, se apresenta como apolítico, ou seja, como irrelevante para o âmbito do público.” Ibid., 2007, p. 9.

certeza jurídicas, tão caras ao mercado, estavam garantidas com o império da lei, onde não era dada, absolutamente, a interpretação de seu mandamento. Quanto aos princípios constitucionais, que de certo mereciam uma nova abordagem interpretativa, não representavam o real interesse da burguesia: a igualdade era um direito, mas um direito que pertencia a uma única classe. Por isso, tanto a interpretação da constituição quanto a da lei eram marcadas por métodos clássicos: ao juiz era dado, somente, aplicar uma e outra. Os direitos do homem gravados na constituição escrita não passavam de uma recomendação para um futuro que não tinha pressa de chegar, ideais distantes da grande maioria dos cidadãos. Os interesses da burguesia, assegurados pela pura subsunção de leis feitas por um Parlamento eleito pela classe monolítica.

A igual vinculação à lei e à constituição acabou por marcar o direito europeu-continental. Somente no constitucionalismo, já no século XX, veio a se operar a modificação de tal pensamento. A constituição, nesse novo Estado, pretendendo legitimar o poder pela participação de todo cidadão, coloca fim na separação entre as esferas pública e privada. À constituição é incorporado um aspecto material, principalmente no pós-II Guerra, através dos direitos fundamentais. A igualdade material é chamada a fim de corrigir os abusos da igualdade meramente formal, flagrados na Revolução Industrial e no contraponto ideológico da Revolução Russa. O Estado, diante disso, tem de assumir nova postura e abandona sua pretensa neutralidade política, a fim de realizar a liberdade do indivíduo com base na igualdade material. A constituição passa a ter um caráter programático, relativizando o poder do Legislativo frente ao Executivo, que estaria mais apto a promover os programas constitucionalmente estabelecidos. Por outro lado, ganha importância o Poder Judiciário, pela necessidade de concretização dos princípios constitucionais, de textura eminentemente aberta e valorativa. A interpretação e mesmo a concretização da constituição são uma urgência do Estado Social, que tem, na supremacia da norma constitucional e dos direitos fundamentais, a garantia do não-retorno ao Estado nazi-fascista.¹³ Os poderes do Estado têm seus atos válidos, agora, tão-somente se estiverem conformados à constituição. Esse controle de conformidade necessita de um contencioso constitucional; nasce, para o modelo europeu-continental, a jurisdição constitucional.

¹³ Sérgio Cademartori afirma que os Estados totalitários aferraram-se ao absolutismo legislativo, principalmente no século XX, o que passa a exigir um “redimensionamento do princípio da legalidade. Perante a definição inicial de submissão do poder público à lei, agora tratar-se-á da submissão de todo o poder do Estado ao Direito. [...] Destarte, a passagem do Estado legislativo ao constitucional pressupõe o caráter normativo das Constituições, as quais passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio, para todos os Poderes do Estado.” CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade** – Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas, SP: Millennium, 2006, p. 18.

Quando se aborda o tema da jurisdição constitucional, é mister que se esclareça, ainda que sucintamente, os dois modelos de jurisdição constitucional que influenciaram as democracias constitucionais: o europeu-continental – assim denominado por ter se fixado na Europa continental¹⁴ – marcado pelos tribunais constitucionais; e o americano, chamado também de judicial. Aqui cabe pequena referência ao sistema de controle de constitucionalidade na França que, pelos motivos históricos apontados, acabou por solidificar um esquema mais rígido no que diz respeito à separação das funções estatais.¹⁵

Os ‘parlements’, como eram chamados os tribunais das monarquias absolutistas, foram o principal alvo de desconfiança dos revolucionários franceses no século XVIII. Acusados de impedirem, no plano jurídico, as mudanças econômico-sociais concretizadas pela incipiente classe burguesa, por representarem os interesses monárquicos do clero e da nobreza, acabaram por acarretar a diminuição do Poder Judiciário na nova concepção de Estado trazida pela Revolução de 1789. Nesse novo Estado, o controle do poder se daria efetivamente pelo Legislativo, com a justificativa de que este, eleito pelo povo, seria o único legitimamente responsável pela criação do direito e, portanto, supremo com relação ao Judiciário e ao Executivo. Como visto anteriormente, o Legislativo cuidava de cumprir as exigências da classe vitoriosa e, portanto, a soberania era da lei, e não da constituição; se havia controle de constitucionalidade, esse era feito pelo Legislativo, poder soberano. Exemplo disso era o instituto do *référé législatif*: havendo dúvida na interpretação de uma lei, o juiz deveria consultar a Assembléia, que daria o sentido terminativo da interpretação nesses casos.¹⁶

É a própria supremacia da lei, que serviu de instrumento ao Estado nazista, que faz desmoronar as premissas do Estado legalista burguês, buscando-se, em contrapartida, a igualdade material e a implementação dos direitos fundamentais. O juiz assume papel criativo na tarefa de construir, na realidade, esses direitos fundamentais, evidenciado no controle de

¹⁴ Na Europa houve uma proliferação tão intensa da codificação, “a ponto de o sistema do civil law ser também denominado de sistema continental, por prevalecer no continente europeu, diversamente do que ocorreu na Inglaterra.” SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 34.

¹⁵ É que na França “não há que se falar em controle da constitucionalidade das leis ou mesmo controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Existem órgãos próprios ligados ao Poder Legislativo para o controle da constitucionalidade – o *Conseil Constitutionnel* – que atua apenas em via preventiva, e órgãos ligados ao Poder Executivo que possuem jurisdição exclusiva para o controle de seus atos.” JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. **Revista da PGT** – Revista da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, p.112-151, 2005, p. 146.

¹⁶ O sistema denominado *référé* consiste no “mecanismo segundo o qual o juiz, em caso de dúvida ou dificuldade na aplicação da lei, deveria suspender o processo e solicitar a interpretação do monarca. / Quanto a isso a Revolução nada alterou, tendo apenas substituído a pessoa do monarca pela soberania do poder legislativo.” CUNHA, Sérgio Sérulo da. A arcaica súmula vinculante. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 5, p. 175- 499, p.29-52, jan./jun. 2005, p. 32.

constitucionalidade construído na Alemanha recém saída da II Guerra.¹⁷ Como a constituição não poderia ser definitivamente interpretada por um juiz pertencente ao Poder Judiciário, uma vez que esse poder também está vinculado a ela, faz-se necessária a criação de um juiz constitucional. De um Tribunal Constitucional, mais precisamente na Áustria,¹⁸ fruto de uma concepção racional quanto às necessidades históricas.¹⁹ Esse órgão não pertence ao Poder Judiciário e está colocado fora e acima dos outros poderes, a fim de que se garanta uma última e definitiva instância de interpretação da constituição, assegurando-se o equilíbrio entre as esferas estatais e a defesa dos direitos fundamentais.

Historicamente, a formação do modelo de jurisdição constitucional americano é inteiramente diversa do europeu-continental, pois nasce sob a desconfiança em relação à Assembleia inglesa, considerada a invasora dos direitos naturais – que sempre pertenceram aos americanos e eram anteriores ao próprio Estado²⁰ –, que não poderiam ser infringidos pelas leis ordinárias. O Poder Legislativo nasce na história da independência americana sob esse temor, cabendo ao Judiciário impor-lhe limites, alçando-se ao papel de guardião da constituição, que consagra os direitos humanos em um documento tão imutável quanto os tais direitos, e controla a validade das leis – ordenamento inferior à constituição. O ativismo judicial é, portanto, consequência dos fatos históricos, mas também da doutrina do *judicial review*, herdada do direito inglês, segundo a qual, acima do direito parlamentar, encontra-se o direito judicial, o *common law*. O império da jurisprudência admite o direito como processo, como formação, impondo ao Judiciário um papel criativo nesse processo. Historicamente, a

¹⁷ A valoração do efeito vinculante pela Corte Constitucional alemã foi motivada pela legalidade formal e pela ausência de valoração da lei: “Além da identidade teórica com a lei, motivou a valoração do efeito vinculante para as decisões da Corte Constitucional o repúdio filosófico ao caráter objetivo e abstrato da lei surgido no pós-guerra. Justifica-se esse repúdio no fato de que as atrocidades do Nazismo, que assolaram também a Alemanha – mormente vitimando os contrários às idéias fascistas – tinham respaldo legal, muito embora não o tivessem moralmente. Assim, admissível o uso dos valores morais como delimitadores da atividade legislativa, os quais poderiam ser apreciados pelos julgadores.” SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 29.

¹⁸ Fala-se de uma “jurisdicción constitucional autónoma”, estabelecida por primera vez en Áustria en la llamada Constitución de Kelsen de 1920 (el Tribunal del Estado de Weimer de 1919 se vanagloriaba demasiado de su debilidad).” HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. Tradução de Joaquin Brage Camazano. **Direito Público**, Brasília, v. 5, n. 25, p. 189-205, jan./fev. 2009, p. 195.

¹⁹ A criação do Tribunal Constitucional, ressalta José de Albuquerque Rocha, como algo acima e fora do Judiciário, “é, pois, fruto de uma opção consciente, justificada por sua perfeita coerência com as peculiaridades históricas, políticas, jurídicas, sociais e econômicas que marcam a formação de suas instituições constitucionais da Europa continental, contrariamente ao modelo americano que resultou, como dissemos, de uma evolução natural, espontânea de sua história, em uma palavra, de uma síntese histórica.” ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 99.

²⁰ No sistema da *common law* “a lei aparece mais como um produto de justiça do que como manifestação de uma vontade política soberana, já que o poder está vinculado a direitos preexistentes.” LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 22.

ascendência do Poder Judiciário é marcada com o caso “Marbury x Madison”, a partir do qual o controle de constitucionalidade das leis e de qualquer ato administrativo passa a ser obrigação de todo e qualquer juiz. Duas importantes consequências advêm desse julgamento: exclui-se a necessidade de um tribunal constitucional com poderes exclusivos²¹ e se acentua o controle difuso de constitucionalidade.

Vistos, ainda que de passagem, os modelos de jurisdição constitucional, tradicionalmente abordados, há de se tratar, agora, desse instituto especificamente no direito constitucional brasileiro. Não se pode passar ao largo do fato de que tal estudo comporta uma questão: uma constituição, de um dado Estado, destinada a uma determinada sociedade, deve estar de acordo com suas necessidades históricas e sócio-culturais. Tendo como parâmetros os dois modelos de jurisdição constitucional, o brasileiro pode ser chamado de misto ou, numa visão crítica, de ambíguo.

A Constituição Brasileira de 1988 vela pela importância dos direitos fundamentais e da democracia participativa, fazendo brotar uma nova concepção do papel do Judiciário, já que a supremacia da constituição frente às leis ordinárias deve guiar a interpretação judicial. O juiz, antes submetido à lei, passa a estar submetido tão-somente à constituição, que tem um caráter programático em busca de uma sociedade cada vez mais justa; o juiz passa a ser um agente de mudança social. O papel de interpretação das normas lhe é dado, de forma exclusiva, pela Constituição, somando-se a função de controle de constitucionalidade das leis, o que torna o modelo brasileiro irmão do modelo estadunidense. No entanto, não se pode negar a forte influência do direito de base romana²² sobre a organização jurídica brasileira, podendo-se afirmar que o modelo adotado é o da *civil law*. O direito brasileiro é, de fato, extremamente vinculado à lei escrita, evidenciado na inflação legislativa e na supremacia da lei sobre a jurisprudência, que tem o condão de dar credibilidade à decisão dos juízes de primeira instância, mas que não tem caráter de obrigatoriedade, ou, pelo menos, não tinha antes da criação do instituto da súmula vinculante. Se a súmula vinculante tencionava aproximar a jurisdição constitucional brasileira à norte-americana, a cópia foi adulterada: o juiz americano

²¹ “No caso *Marbury versus Madison*, o Juiz Marshall colocou a verificação da compatibilidade entre qualquer ato e a Constituição como uma das atribuições normais do juiz chamado a dirimir o conflito entre duas normas, a constitucional e outra legal, ou ato do Poder Executivo, fazendo prevalecer, na solução desse conflito, a norma constitucional, que foi criada para servir de base de toda a organização do Estado.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17.

²² O sistema romano-germânico “é genericamente conhecido como aquele baseado em preceitos expressos, v.g., as leis. A fixação de direitos subjetivos e a imposição de deveres são previstas pelas leis, sendo a fonte primária do direito por excelência.” SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 18.

tem discricionariedade para decidir em desacordo com a Corte Constitucional; o juiz brasileiro restou amarrado, com a criação da reclamação, espécie de cadeado que imprime a aplicação obrigatória da súmula vinculante. O que faz crer, como inconclusa caracterização sobre o modelo brasileiro, que existem fatores a influenciar uma formação inteiramente diversa do que é verificado nas democracias constitucionais de outros países.

2.1 Algumas questões a serem discutidas

A concepção de jurisdição constitucional esteve sempre ligada a importantes e difíceis tarefas: a realização da justiça material e da segurança jurídica; a liberdade dos sujeitos frente ao Estado e a formação, com a intervenção deste, de uma sociedade solidária; o equilíbrio entre as esferas de poder do Estado e resultados satisfatórios no que diz respeito aos direitos fundamentais; e a possibilidade de consenso, respeitando-se o dissenso. Essa atribuição de superpoderes à jurisdição constitucional pode ser atribuída a três fatores: a mudança de paradigma do Estado liberal para o Estado social, que deu vazão a uma intensa produção normativa, tanto por parte do Legislativo como do Executivo, ampliando o âmbito do controle de constitucionalidade; à função de declaração de inconstitucionalidade das leis, são acrescidas outras atribuições, que lhe sobrepõe sobre as outras funções estatais, como no controle da omissão dos poderes públicos; e o vácuo na credibilidade do Legislativo, acusado de lentidão em regulamentar as normas programáticas constitucionais e de estar submetido às disputas dos partidos políticos na defesa de interesses próprios. Consequência disso é que o Estado deixa de se legitimar na afirmação da vontade democrática e passa a ter sua legitimação na atividade desenvolvida pela jurisdição constitucional.

Acontece que essa conjuntura não tem o condão de legitimar, por si, a jurisdição constitucional, podendo se vislumbrar, na melhor das hipóteses, uma situação de urgência,²³ o que clama pela efetiva atuação do Legislativo e por visões críticas à jurisdição constitucional vigente.

Estaria ela a instituir uma usurpação de poderes, através de competências de caráter legislativo transferidas ao Judiciário, ferindo-se a democracia, já que a vontade popular legitima a Assembléia Legislativa, e não a jurisdição constitucional. Acusa-se a jurisdição constitucional de ter se transformado em um governo, que, no entanto, não tem responsabilidade, por não ter

²³ Segundo José Adércio Sampaio, “a análise empirista não se revela [como] um critério de justificação seguro para qualquer situação, pois o regime de compensação não cria competência, senão um ‘poder de urgência’”. SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pala jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 66.

limitação em seu poder.²⁴ O Tribunal Constitucional estaria atuando como uma ininterrupta vontade do poder constituinte, fazendo prevalecer a vontade de uma maioria de juízes, não eleitos pelo povo, ainda que se argumente em sentido contrário, ao encontrar a legitimidade do Judiciário de forma reflexa, pois a escolha de seus membros está a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo, cujos membros são eleitos democraticamente.²⁵

Com decisões vinculantes e *erga omnes*, através do controle de constitucionalidade das leis, a jurisdição constitucional engessa o direito, em razão do distanciamento com os cidadãos e dos critérios técnicos em suas decisões. Mais, a ampliação do espaço da jurisdição constitucional, definindo e emoldurando os direitos fundamentais, sob o pretexto de sua concretização, vai de encontro ao sentido de norma de caráter aberto, capaz de garantir vida longa à constituição, em compasso com as mudanças no seio social.²⁶

A jurisdição constitucional é responsável pela aplicação da constituição e, portanto, vinculada aos seus preceitos fundamentais. Mas o contencioso constitucional é chamado justamente quando se há séria dúvida, ou mesmo lacuna, na constituição.²⁷ Daí, ter o poder de construir, pela interpretação, novos entendimentos constitucionais que, quiçá, já não estavam presentes quando de sua criação, modificando-se mesmo a constituição.²⁸ Mas a criação das

²⁴ É o que Eduardo García de Enterría denomina “governo de juízes”: “La tesis de un ‘gobierno de los jueces’, como un gobierno sin legitimación, sin responsabilidad, sin capacidad tampoco de responder a las demandas de las sociedades actuales, se originó en los Estados Unidos desde que Theodore Roosevelt, em 1931, [...] impugno ‘el papel de legislador irresponsable asumido por el juez, papel que los jueces americanos se han atribuido unilateralmente’.” ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Madrid: Thomson, 2006, p. 178.

²⁵ É interessante a observação de Rodrigo Jansen, ao aduzir que, “apesar de os juízes das cortes superiores não serem eleitos, eles são nomeados pelos demais poderes, *i.e.*, não são juízes de carreira, e, sendo nomeados, deverão refletir, mais ou menos, o pensamento político de quem os nomeou. E a nomeação em si, feita por órgãos democraticamente eleitos, garantiria a sua legitimidade. No Brasil, especificamente, os ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são nomeados pelo Presidente da República e submetidos à aprovação do Senado Federal (p. único do art. 101 e p. único do art. 102 da Constituição da República)”. 2005. JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. **Revista da PGT – Revista da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, p. 112-151, p. 147-148, 2005.

²⁶ Uma sociedade pluralista não se coaduna com um sistema fechado de normas. A propósito, confira-se a contribuição do estudo de Fernando Jayme: “O fundamento de existência dessa especial distinção das normas constitucionais reside no fato de que a existência de lacunas, conscientemente existentes na Constituição, representa o espaço para a auto-conformação da sociedade, como meio de garantir a longevidade da norma constitucional. Este sistema da forma, como é concebido, decorre da certeza de que ‘um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta.’” JAYME, Fernando G. **Tribunal constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 101.

²⁷ “¿De donde extrae el Tribunal Constitucional sus criterios de decisión, supuesto que el interviene justamente em el momento em que se comprueba una insuficiencia del texto constitucional?” ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Madrid: Thomson, 2006, p. 168.

²⁸ É o que afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando expõe que “a aplicação da Constituição inexoravelmente a modifica, na medida em que a conforma a pressões e inovações.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 231.

normas é função, eminentemente, de caráter político, numa democracia representativa, onde tal tarefa estaria adstrita àqueles eleitos periodicamente pelo povo. A jurisdição constitucional adentra, assim, na esfera de decisão política – âmbito garantido constitucionalmente ao Legislativo.

Todas essas críticas se agravam ao se considerar que a constituição possui princípios abertos, propícios às mais extremadas interpretações e, potencialmente, submetidas a interesses não relacionados aos interesses de seus destinatários.

No Brasil, além das gerais, há especiais objeções à jurisdição constitucional: atribuída ao Judiciário, garante-se a este uma posição de supremacia diante dos outros poderes, sem haver, em contrapartida, qualquer controle de sua atuação. Aqui se poderia alegar, em defesa da jurisdição constitucional brasileira, que se está justamente diante do modelo judicial. Mas nem mesmo isso é verdadeiro: tal interpretação, no Brasil, é dada, principalmente, ou com mais força, aos órgãos da cúpula do Judiciário, o que esvazia ainda mais a democraticidade da jurisdição constitucional brasileira, pois se retira a força do juiz de primeira instância que é, justamente, aquele que tem mais contato com os anseios e as necessidades dos cidadãos. Essa afirmação tornou-se irrefutável diante do instituto da súmula vinculante, cuja exclusiva criação é atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Cai por terra, portanto, o argumento em questão, pois no sistema estadunidense é dado poder de decisão ao magistrado das primeiras instâncias, ainda que seu entendimento seja oposto ao da Suprema Corte. Por outro lado, poderia se alegar que o modelo brasileiro filia-se ao direito europeu-continental. Acontece que, nos países de tal filiação, se é verdade que é dado a um Tribunal Constitucional o controle terminativo de constitucionalidade, e de forma vinculativa, também o é que a Corte Constitucional se faz como um novo poder, fora e acima, tanto do Legislativo e do Executivo quanto do próprio Judiciário. A consequência de tal concepção de Corte ou Tribunal Constitucional tem por fim evitar que aquele que cria o direito venha também a aplicá-lo; evita-se que o Poder Judiciário, que não tem representatividade popular, atue sem qualquer forma de controle.

A ambiguidade da jurisdição constitucional brasileira representa, de fato, uma séria restrição à democracia; é necessário encontrar meios de legitimá-la, entendendo o ato de legitimar como incessante busca de democraticidade.

2.2 A interpretação aberta: por uma legitimação da jurisdição constitucional

A concepção de legitimidade como democraticidade pode ser tida como vetor de oxigenação da teoria da interpretação constitucional, oxigenação essa trazida por Peter Häberle quando questiona sobre *quem* são os participantes da interpretação. O debate torna-se democratizado na medida em que traz o homem para o centro da teoria constitucional. A potencialidade da constituição, como abertura para diferentes alternativas, se encontraria, justamente, na sua interpretação pelos diferentes e múltiplos sujeitos. O homem que se encontra submetido à constituição atua, agora, na sua construção. A liberdade, pressuposto para a participação do homem no processo político, não seria dada pela constituição; teria que ser construída juntamente com a constituição, num processo de participação de seus destinatários, porque a liberdade é produto cultural.²⁹ A constituição, igualmente um produto cultural, tem que ser influenciada pela realidade, como também influenciar efetivamente o meio no qual está inserida, fazendo da constituição produto inacabado, justamente porque regula relações que se modificam com o tempo. A vivacidade da constituição estaria garantida quando de sua interpretação aberta a todos os órgãos oficiais, e também a toda a sociedade, numa atuação criativa desses intérpretes, a legitimar, democrática e continuamente, a constituição que lhes pertence.

O direito processual constitucional passa a ter assim importante papel na efetivação de uma sociedade pluralista, porque se torna um instrumento de participação democrática. A interpretação da constituição se transforma em um processo aberto e, portanto, público;³⁰ a constituição passa a ser uma *res publica*. As forças pluralistas³¹ da sociedade têm sua participação garantida no processo, porque fazem parte da realidade da constituição, que não regula somente a estrutura do Estado, mas também as esferas pública e privada dos cidadãos.

²⁹ “No hay ninguna ‘libertad natural’, solo hay libertad cultural.” HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. Tradução de Joaquin Brage Camazano. **Direito Público**, Brasília, v. 5, n. 25, p. 189-205, jan./fev. 2009, p.193.

³⁰ O processo livre e aberto da interpretação constitucional é colocada por Schneider nos seguintes termos: “A Constituição se converte, então, em ordem jurídica fundamental de um processo livre e aberto, sendo que, enquanto tal, ela mesma se transmuta em um processo (permanente), o que faz com que o Direito Constitucional passe a se configurar como sendo o direito público, aberto, por excelência.” SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y constitucion**. Tradução de Luis López Guerra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 115.

³¹ O sentido dessas forças sociais pode estar associado ao que Lassale chama de *fatores reais do poder*, entendidas como aquelas que “são essa *força ativa* e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que *não possam ser*, em substância, *a não ser tal como elas são*.” LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução de Aurélio Wander Bastos. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 10 -11.

As forças sociais não podem ser tratadas como objetos; elas têm que ser verdadeiramente os sujeitos do processo.³² Esse processo de democratização constituinte não se limita ao exercício de eleições livres, porque, se assim acontece, a constituição resta sacralizada quando o poder constituinte (democracia) é usado em um tempo estagnado e, depois, afastado dos cidadãos. Aqueles que vivem sob uma constituição têm o direito e o dever de cointerpretá-la,³³ de criá-la continuamente. Se a democracia se desenvolve através de instrumentos formais, é verdade também que ela se dá no cotidiano do homem e da política.

A construção da constituição pelos seus destinatários seria uma decorrência do fato de que os direitos fundamentais são interpretados pelos indivíduos em suas necessidades específicas. Os direitos fundamentais não seriam fórmulas prontas a harmonizar a complexidade social, mas nortes a serem debatidos numa interpretação constitucional aberta, afastando o abuso dos direitos fundamentais quando destinados a configurar uma falsa hegemonia social ou jurídica.³⁴ É nesse sentido que Häberle contrapõe uma sociedade aberta a uma fechada.³⁵ Amplia-se o círculo de intérpretes da constituição para que esta seja, efetivamente, integrada à realidade na qual está inserida. Quando o rol de intérpretes da constituição é restringido, dá-se a ilusão de uma constituição monolítica, sacralizada na ideia de direitos fundamentais distanciados da realidade do homem e, por isso, incapaz de se realizar no mundo desse homem.

A democraticidade da interpretação constitucional ganha importância diante da ausência de um controle técnico nessa função. A legitimidade da atuação dos juízes constitucionais estaria no controle exercido pela sociedade aberta, pelo homem público. A legitimidade se

³²“Nunca discutiremos o fato de que, constantemente, o homem é um objeto para o homem, mas, reciprocamente, é necessário, para apreender o objeto como tal, um sujeito que se atinja como sujeito.” SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Tradução e notas de Vergílio Ferreira. 2. ed. rev. Lisboa: Presença, 1996, p. 325.

³³ “*Cada quien que vive una norma constitucional la co-interpreta en un sentido amplio, profundo.*” HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. Tradução de Joaquin Brage Camazano. **Direito Público**, Brasília, v. 5, n. 25, p. 189-205, jan./fev. 2009, p. 192.

³⁴“Diferentes das regras do direito privado, as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais revelam programas de ação, mas não foram completamente regulamentadas. Concretizar o sistema de direitos fundamentais pressupõe uma atividade interpretativa, que será tão mais democrática quanto maior o número de atores políticos envolvidos no processo de interpretação da Constituição.” CITTADINO, Gisele. O direito e a construção da cidadania. **Revista Ciência Hoje** - Revista de divulgação científica da SBPC, v. 42, n. 253, p. 73-75, out. 2008, p. 74.

³⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuições para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2002.

daria pela perspectiva democrática, através da potencialidade dessa mesma abertura.³⁶ O controle do juiz constitucional seria exercido por todos os intérpretes da constituição: Executivo, Legislativo e Judiciário; as partes do processo; peritos; a opinião pública; e os cidadãos – aqueles que devem viver a sua constituição. Além do caráter público impresso por todos esses atores à interpretação constitucional, sua legitimidade advém também de sua cautela na aferição de constitucionalidade dos atos legislativos, já que o processo legislativo está baseado em uma relativa racionalidade advinda da participação nas eleições. Diz o autor que “um *minus* de efetiva participação deve levar a um *plus* de controle constitucional.”³⁷ Ou seja, se o verdadeiro consenso é formado pela pluralidade, onde esta não existe, haverá, de fato, o dissenso desarmônico e a necessidade da jurisdição constitucional exercer um máximo controle, a fim de alcançar a uniformização, que, no caso, seria forçada, e, portanto, irreal.

A interpretação deixa de ser uma atividade unicamente estatal – como o é na sociedade fechada – e passa a ser de importância para toda a sociedade, significando uma profanação à interpretação constitucional. A constituição, como *res publica*, deve ser usada pelo homem concreto, construindo-se como “constituição real.”³⁸ Essa profanação não implica desarmonia, porque a imparcialidade de uma interpretação estaria garantida com a participação das forças sociais na decisão judicial, evidenciando a pluralidade na formação desse ato criativo. Quanto mais essa criatividade for constituída de forma plural, mais conformadas, efetivamente, estariam as forças sociais. Aqui, pode-se entender a interpretação aberta como uma força construída contra o poder do mercado, no instante em que uma interpretação da constituição distanciada de seus destinatários pode facilmente normatizar os interesses desse mercado em detrimento do interesse do homem. A constituição não possui um dono e a democracia é feita no conflito entre alternativas.³⁹ Possibilita-se a crítica à constituição, já que o processo constitucional teria se tornado público, aberto. A constituição deve ter capacidade de ser

³⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuições para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 36.

³⁷ *Ibid.*, 2002, p. 46.

³⁸ “Onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.” LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução de Aurélio Wander Bastos. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 33.

³⁹ Sobre o consenso, Peter Häberle entende que ele “resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses. Direito Constitucional é, assim, um direito de conflito e compromisso [...]”. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuições para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2002, p. 51.

recriada, usada; aberta para a dialética entre consenso e dissenso, para a profanação e para a crítica, como forma de legitimação de seu poder.

A nova teoria constitucional proposta por Häberle não está a negar a necessidade de uma interpretação constitucional com caráter criativo. O que se inclui é a questão de sua legitimidade, tanto mais forte quanto mais democrática for. Serão apresentadas, logo a seguir, duas possibilidades de democratização e, portanto, de legitimação da interpretação constitucional no Brasil, o que, evidentemente, não exclui outras descobertas que estejam acordadas com a criticidade e a abertura democrática.⁴⁰

2.3 O tribunal constitucional

A criação de um tribunal constitucional, no Brasil, poderia democratizar o controle de constitucionalidade. Hoje, configura a atribuição do Judiciário para verificar a conformação dos atos estatais à constituição, o que lhe imprime uma supremacia sobre os demais poderes. E a quem incumbiria o controle de constitucionalidade do Judiciário? Cabe ao Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Judiciário, em última instância, o controle de constitucionalidade, aferida em qualquer dos poderes. É sabido que o tribunal constitucional, como adotado pela maior parte dos países do modelo europeu-continental, atua fora e acima dos tradicionais poderes, além de ter uma formação minimamente pluralista. Esse formato de Corte Constitucional, por mais de um motivo, se contrapõe a um órgão cujos membros são escolhidos por critérios técnicos, sem representatividade popular, e que representa a cúpula de um dos poderes da república. Pode-se alegar que a questão de se estabelecer uma verdadeira Corte Constitucional no Brasil já foi demasiadamente discutida e que, hoje, é debate vazio, diante da concentração de poderes que se verifica no órgão máximo do Poder Judiciário. Deve-se fazer uma pergunta, ao revés de encontrar uma resposta para o argumento empírico: qual a busca de um Estado democrático? A construção de uma esfera pública de caráter crítico e criativo? O uso do poder por parte de seus destinatários? O encontro do homem real com seus direitos fundamentais? O recalcitrante combate ao abuso do poder? A profanação de instituições que, ainda que consolidadas, voltem-se contra a democraticidade desejada no

⁴⁰ “Como exemplos de proposições, tem-se “o estabelecimento de formas de democracia direta, com redução do percentual de eleitores para a proposição de lei de iniciativa popular e a admissão de Emenda à Constituição por iniciativa popular” BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Tradução de Adauto Villela, Geraldo de Carvalho, Julia Sichieri Moura e Eliana Valadares Santos. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2009, p.8. Introdução dos Organizadores: Legitimidade do Estado e a Revisão Parlamentar do Controle de Constitucionalidade. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).

mundo contemporâneo? Se tais questões ainda fazem sentido, certamente não é inócua e ultrapassada a proposição de um verdadeiro Tribunal Constitucional no Brasil.

Para que se garantisse a legitimidade desse Tribunal proposto, dever-se-ia obedecer alguns critérios quanto à composição de seus membros, de acordo com as regras da democracia, como a representatividade, o pluralismo, a limitação do poder. A representatividade estaria garantida na escolha do juiz constitucional feita pela maioria qualificada do Parlamento, que, por exigir a participação das minorias, iria imprimir maior pluralismo na formação do Tribunal Constitucional, como também asseguraria os direitos dos grupos minoritários. Os membros do tribunal constitucional, diferentemente dos tribunais judiciários, não seriam juízes de carreira,⁴¹ mas representantes das casas legislativas, do Executivo, do Judiciário, do Ministério Público e das organizações civis, imprimindo um caráter de pluralidade ao Tribunal. Para que o uso do poder não se transformasse em abuso, a limitação do mandato dos membros do Tribunal Constitucional seria imprescindível – de curta duração,⁴² renovável e suas eleições não coincidiriam com as eleições do Chefe do Executivo. A aceitação das decisões do Tribunal por parte dos cidadãos seria um critério democrático de aferição da legitimidade de seus atos.⁴³ Poderia ser feita através de pesquisas e debates públicos, ou seja, na tentativa de uma abertura interna do Judiciário, a fim de que a criticidade e a discursividade sejam trazidas para dentro do processo, porque, afinal, a jurisdição é de caráter público, e não privado.

A importância de se ter um Tribunal Constitucional fora e acima dos poderes estatais, o que é inteiramente diferente de se ter um órgão máximo do Poder Judiciário, é que esse Tribunal, ao fazer o controle da constituição, que está acima da lei, está, na verdade, a determinar o sentido da própria constituição, estando, de certo modo, acima dela.⁴⁴ Daí a

⁴¹ “*También la elección de los jueces constitucionales, del espectro de todos los partidos (y es de esperar que en el futuro vaya más allá de éstos), inserta de un modo efectivo al pluralismo em el proceso constitucional (y ejerce una influencia sobre el).*” p.196. HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. Tradução de Joaquin Brage Camazano. **Direito Público**, Brasília, v. 5, n. 25, p. 189-205, jan./fev. 2009, p.198.

⁴² Período de mandato: 4 anos (Honduras, Equador), 5 anos (Peru), 6 (Portugal), 8 (Chile e Colômbia), 9 (Espanha, França e Itália), 12 (Alemanha), 15 (México), vitalício (Brasil, EUA, Argentina). SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 105-106.

⁴³ “*La gran cuestión de confianza*. – En virtud de este fenómeno observable en muchos lugares, consistente en el alejamiento que siente el pueblo hacia su constitución, que tan sólo nominalmente es suya, adquiere una nueva importancia la pregunta: ¿a quién le debe corresponder el *pouvoir constituant* en todas sus manifestaciones, esto es, no sólo en acto mismo de creación constitucional, sino también en el de reforma constitucional en detalle”. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 203. (Colección Demos).

⁴⁴ Mônia Leal chama atenção para a problemática existente na possibilidade de a Corte Constitucional transformar-se no “senhor da Constituição”: “Neste sentido, o problema que se coloca é o de que, ao estar vinculado e limitado unicamente pela Constituição, o intérprete ou Tribunal respectivo fica submetido, na

importância de se ter um máximo de democraticidade em sua formação, como no processo de escolha de seus membros e aferição popular de sua legitimidade. Se a constituição deve ser construída pelos atores sociais, no controle de constitucionalidade poderá surgir uma interpretação aberta à sociedade, a fim de que a crítica, a profanação e o uso da constituição se façam, efetivamente, por seus destinatários, e não por uma sociedade fechada de técnicos que, não podendo usá-la, tendem a abusar da constituição, da coisa pública.

O tribunal é um órgão jurisdicional ou um órgão de decisões políticas? A normatividade da constituição estaria garantida pela jurisdição constitucional, já que os outros poderes estatais sempre correm o risco de interpretar a constituição de acordo com seus interesses, nem sempre legítimos. A posição da Corte, fora dos poderes estatais, garantiria a isenção necessária para cumprir sua função de harmonizar as disputas políticas advindas dos outros poderes, mas esse papel se torna cada vez mais amplo, caracterizando o que se chama de ativismo judicial, falando-se numa corrupção de suas primeiras funções.⁴⁵ Daí a importância que assume tal Corte na ordem democrática, que pode ser facilmente desvirtuada se tal órgão não possui legitimidade na sua origem e na sua atuação.⁴⁶

2.4 O controle legislativo de constitucionalidade e o uso da política numa sociedade aberta

A argumentação feita em prol da criação de um Tribunal Constitucional parte da ideia de uma primazia da constituição frente à lei, entendendo-se daí uma prevalência da interpretação constitucional em relação à interpretação da lei. No entanto, tal entendimento tende a esvaziar a democracia, posto que a lei é feita por um representante eleito diretamente pelo povo, tanto

verdade, à sua própria compreensão da Constituição, eis que, em última instância, cabe a ele dizer o que é e qual o seu real e efetivo conteúdo. Assim, o órgão encarregado de sua guarda e proteção pode se converter, facilmente, de guardião, em ‘senhor da Constituição’, resultado, daí, um sistema auto-referencial em que o Tribunal busca, em sua própria leitura e compreensão acerca do texto constitucional, a base para suas interpretações e aplicações com relação ao mesmo.” LEAL, Mônica Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 101.

⁴⁵ Mais uma vez, Mônica Leal acena para o risco de desvirtuação da função original do Tribunal Constitucional, caso se tome “em conta o forte ativismo de que se reveste a jurisdição a partir de então, notadamente criativa, desenvolvida a partir do segundo pós-guerra, assentada, sobretudo, na necessidade de concretização dos direitos fundamentais.” Ibid., 2007, p. 49.

⁴⁶ Sobre o tribunal constitucional, são pertinentes as observações de Eduardo de Enterría: “*La responsabilidad de éstos en el sistema jurídico y político es tan excepcional que cualquier deficiencia en su funcionamiento viene a poner virtualmente en crisis el sistema entero.*” ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Madrid: Thomson, 2006, p. 167-168.

quanto a constituição.⁴⁷ Admitindo-se que a lei e a constituição são ontologicamente iguais,⁴⁸ não seria o parlamento o mais indicado para fazer uma interpretação vinculante da constituição? Ou seja, a legitimação da interpretação constitucional pelo Parlamento não seria uma saída mais democrática que a criação de um Tribunal Constitucional? A fim de se aproximar de uma conclusão, alguns argumentos serão desenvolvidos.

Há que se lembrar que o constitucionalismo, como fruto do pensamento racionalista da classe burguesa que se contrapôs ao poder divino do poder Absoluto, tentou neutralizar a esfera política, com a pura subsunção da lei e com um Parlamento eleito unicamente pela burguesia. Na modernidade, está-se a vivenciar nova crise no mesmo sentido. Surgem pensamentos e institutos jurídicos tendentes a neutralizar o poder, afastando-o da política e, por conseguinte, afastando esta da atuação estatal, que seria eminentemente técnica.⁴⁹ A excessiva valorização da técnica em detrimento da política encobre a ausência de controle do poder, a ausência de limites aos detentores do poder.⁵⁰ É que o distanciamento intencional da política se dá justamente para que seja afastado o controle do poder, que tem caráter eminentemente político, porque se dá pela interação entre os detentores do poder e pela intervenção de seus destinatários. Assim é que, juntamente com a autoridade dos detentores do poder, está garantida a liberdade dos seus destinatários, num Estado democrático.

Nesse sentido, acusa-se a teoria da interpretação constitucional de criar mecanismos de prevalência da técnica em detrimento da política, quando se confina o Poder Legislativo em um único momento – nas eleições – atribuindo ao Judiciário um raio de legitimidade que não lhe pode pertencer, numa usurpação de poder e num esvaziamento democrático. A ilegitimidade estaria configurada diante da importância assumida pela jurisdição constitucional, desempenhada exclusivamente pelo Judiciário, e mais especificamente, pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de não representatividade popular e cúpula de um dos poderes do Estado. De outro lado, o Legislativo, acusado de ser representante de um povo que

⁴⁷ Ao dizer que a Constituição é uma lei, mas uma lei *fundamental*, Lassale aponta para “uma força ativa que faz, por uma *exigência da necessidade*, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são. Promulgada, a partir desse momento, não se pode decretar, naquele país, embora possam querer, *outras leis contrárias à fundamental*.” LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução de Aurélio Wander Bastos. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 10.

⁴⁸ Ver, sobre o assunto, última parte do primeiro capítulo.

⁴⁹ “En contraste con esto, vive nuestra época un resurgimiento de los impulsos irracionales y emocionales en el proceso del poder, que levanta una serie de dudas justificadas sobre si cabe excluir el poder, por medio de medios funcionales que pueden ser lo más perfecto posible, del ámbito de la política.” LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre La obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 25. (Colección Demos).

⁵⁰ “Limitar el poder político quiere decir limitar a los detentadores del poder; esto es el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna de la política aparece como el constitucionalismo.” *Ibid.*, 1976, p. 29.

não sabe votar e palco de intrigas partidárias espúrias, cria, supostamente, um vácuo no poder político que, abrindo espaço para a técnica, passa a ocupar o lugar do político, e se apresenta sob a máscara de imparcialidade e da produtividade. A criticidade, a invenção democrática, o uso do poder, perdem o sentido diante de resultados acelerados e pretensamente neutros, assim como se apresentam os interesses do mercado. O ordenamento jurídico deve obedecer à técnica, à segurança jurídica, em detrimento da democraticidade e, conseqüentemente, da legitimidade do poder. A liberdade negativa burguesa é reavivada no constitucionalismo atual.

Diante dessa realidade, surge uma proposta que visa à democratização da interpretação constitucional, sem que se vá pelo caminho da criação de uma Corte Constitucional, além de restabelecer a participação do Poder Legislativo no processo de interpretação, significando, também, o fortalecimento da participação dos cidadãos nesse processo. O Senado Federal, se transformado em Câmara Revisora, seria o responsável pelo controle da Jurisdição Constitucional, funcionando, há um tempo só, como controle dos atos do Judiciário, o que é corroborado pela adoção em outros países.⁵¹ Propõe-se um controle de constitucionalidade dos atos do Judiciário, retirando-lhe, evidentemente, tal função. Coloca-se, então, a questão de que o poder apto à interpretação constitucional terminativa seria o Legislativo, já que se estaria a adentrar na esfera de escolhas políticas. Enquanto os membros do Tribunal Constitucional tendem a ser mais tecnicistas, distanciados do fato social, enclausurados numa dogmática jurídica tradicional que está interessada na manutenção do *status quo*, o Senado Federal, por ser eleito pelos cidadãos, estaria mais próximo da realidade do homem.

O fundamento para a multiplicidade de sujeitos na interpretação constitucional é que, se a constituição reflete a realidade, ela também a constitui, e, para tanto, precisará trazer tal realidade para dentro de si. A constituição vive mesmo dessa realidade, tanto no ato de sua formação, como no seu desenvolvimento, através da interpretação constitucional. O encontro entre a constituição e a realidade pode ser entendido como a profanação do sagrado, exatamente quando o homem passa a fazer uso do organismo por ele criado, participando

⁵¹ “Transformado o Senado Federal em Câmara Revisora, a ele caberia estabelecer o controle sobre a Jurisdição Constitucional, pois do mesmo modo que o Parlamento tem a prerrogativa de derrubar veto do Presidente da República, o Senado realizaria a revisão parlamentar sobre o controle de constitucionalidade. Essa revisão parlamentar sobre o controle de constitucionalidade devolveria ao ordenamento jurídico legitimidade, tornando possível a relação entre Direito e Política. Essa revisão parlamentar sobre o controle de constitucionalidade surge com a *onda* de constitucionalização ocorrida pós 1989 e ganha assento nos países de constitucionalização tardia como o Brasil e é hoje adotada, por exemplo, no Canadá, na Polônia e na Romênia.” BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Tradução de Adauto Villela, Geraldo de Carvalho, Julia Sichieri Moura e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p.8. Introdução dos Organizadores: Legitimidade do Estado e a Revisão Parlamentar do Controle de Constitucionalidade, p.7 - 8. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).

ativamente de sua criação. A liberdade do homem não lhe seria dada “pela” constitucionalização do poder, mas seria construída “na” democracia, que é a força de libertação que se constrói e que não é pontuada pelas eleições.

Se ambos, poder constituinte e poder constituído, possuem a mesma fonte viva de produção de normas – a vontade dos sujeitos de direito –, o que existe é uma diferenciação técnica. Acontece que a sobreposição da técnica sobre a política esvazia a democracia, já que deve ser o caráter democrático a oferecer, como necessidade própria à racionalização do poder, o sentido da técnica. A técnica instrumentaliza a impossibilidade de profanação do poder, distanciando-o do povo ao qual pertence, e, destarte, empobrecendo a democracia de seu fundamento. E como poderá o homem exercer e controlar tal poder, quando este se apresenta improfanável? Com o uso do poder, fazendo do constituinte o constituído, através da apoderação de ambos pelos sujeitos de direito, que devem estar sempre a legitimar o poder e construir seu espaço político. Para que a constituição seja apoderada por todos os homens, eles todos devem conformar a constituição à sua realidade, através de uma jurisdição constitucional “pela e para uma sociedade aberta”.⁵² A interpretação constitucional passa a ser vista como instrumento da sociedade aberta para efetivação de seus anseios. A abertura democrática da constituição estaria marcada pela atuação do poder democrático do Parlamento na interpretação constitucional, tanto na pré-formulação política da formação do direito, quanto na participação do processo constitucional. Estar-se-ia, assim, a “desenvolver uma compreensão positiva para o legislador.”⁵³

De fato, o direito que se pretende afastado da política é exatamente aquele que se quer fixar como cristalização de um *status quo*.⁵⁴ A questão da alienação se dá justamente pelo afastamento entre a constituição e o povo,⁵⁵ pela sua sacralização e pelo seu abuso. A

⁵² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuições para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 2002, p. 13.

⁵³ Ibid., 2002, p. 54 - 55.

⁵⁴ A respeito da utilização do direito como medida de manutenção do *status quo*, confira-se a seguinte passagem do estudo de Luís Roberto Barroso: “As doutrinas jurídicas dominantes normalmente deixam de lado o papel desempenhado pela ideologia, tanto a do legislador quanto a do intérprete da lei. Esse silêncio nada mais é do que um compromisso com o *status quo*. Pois a teoria crítica do direito, ao revés, denuncia a função ideológica do direito e o fato de que, em nome de uma pretensa razão científica, encobrem-se relações de poder. O direito é ideológico na medida em que oculta o sentido das relações estruturais estabelecidas entre os sujeitos, com a finalidade de reproduzir os mecanismos de hegemonia social.” BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 283.

⁵⁵ “[...] *en nuestro tiempo el pueblo – y esto rige tanto para la amplia masa como para la mayoría de los intelectuales – ha dejado de tener un contacto personal con su constitución. La constitución no dice nada sobre lo que más le interesa al hombre de la calle, el pan diario, el trabajo, la familia, el descanso, la situación y la afirmación de la existencia del individuo en una sociedad cada vez más complicada. Para la*

interpretação da constituição, que é, ao mesmo tempo, a sua criação, deve ser elaborada por aqueles que estão mais próximos do povo, para que a constituição, tão enaltecida no mundo moderno, não passe a ser acusada de todos os males da democracia.

masa de los ciudadanos, la constitución no es más que un aparato con el cual se efectúa la lucha por el poder entre partidos y fuerzas pluralistas, siendo ellos tan sólo los espectadores pasivos.” LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución.** Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 202-203. (Colección Demos).

3 A SÚMULA VINCULANTE

A primeira iniciativa que se pode relacionar à Reforma do Judiciário, instituída pela Emenda Constitucional nº 45/2004, foi a Proposta de Emenda Constitucional nº 96/1992, apresentada pelo então deputado Hélio Bicudo. Ainda que não caibam nesse estudo, apesar de sua importância, as discussões precedentes à EC nº 45, registrar-se-á que na PEC nº 96 não havia referência quanto à criação de súmula vinculante e que a enorme ampliação da proposta original foi considerada inconstitucional por alguns, tendo o deputado proponente desautorizado a constar seu nome como autor da Proposta.¹ É sabido que a referida Reforma teve por objetivos principais a celeridade e eficiência da prestação jurisdicional; a organização da Magistratura, do Ministério Público e da Defensoria Pública; o incremento do acesso à justiça; e algumas inovações no que dizem respeito à defesa dos direitos fundamentais; acreditando, muitos, que se tratou de um grande passo rumo à democracia brasileira, através do avigoramento do Judiciário.² Admitindo-se a impossibilidade, nesse trabalho, de analisar a Reforma de um modo geral, tentar-se-á, através da análise de um dos institutos criados – a súmula vinculante –, demonstrar que, se necessárias são as reformas, algumas vezes as

¹ O ex-Ministro da Justiça, Márcio Thomas Bastos, ainda durante a tramitação da PEC n. 96/92, já realçava a indignação do proponente da Reforma do Judiciário, o Deputado Federal Hélio Bicudo: “Compreende ela (a reforma do judiciário) o conjunto de propostas, de várias e autônomas extrações, de diversas origens e patrocínios, que durante os últimos onze anos, através de muitas, controvertidas e contraditórias fases, tomaram carona numa proposta de emenda constitucional que não tinha essa ambição: a PEC nº 96 de 1992, de autoria do valoroso Deputado Hélio Bicudo. [...] postulava a extinção da Justiça Federal de primeiro grau, da Justiça Militar da União e dos Estados, assim como da representação classista na primeira instância da Justiça do Trabalho; pleiteava a participação do Ministério Público nos concursos da Magistratura, algumas alterações na Justiça dos Estados, a extinção da vitaliciedade no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. [...] tendo o Deputado Hélio Bicudo, por sua vez, desautorizado a menção de seu nome como autor da PEC. Ao fazê-lo, alinhou-se ao protesto do Deputado Jarbas Lima, que denunciara tal ampliação como anti-regimental e inconstitucional.” BASTOS, Márcio Thomaz. A reforma do judiciário. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, ano VII, n. 148, p. 26, 15 mar. 2003.

² A Reforma do Judiciário, como construção da democracia, encontra-se assim definida pelos juristas Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini, quando aduzem que a “amplitude das inovações, o salto de qualidade que elas conferem à funcionalidade do sistema judicial e a abrangência de suas conseqüências constituem um marco na história da construção de um Judiciário mais forte e um passo importante para a consolidação da nossa democracia.” RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.1-12, p. 1. (Primeiro passo).

mudanças podem, ao invés de fortalecer, enfraquecer as liberdades.³ E que isso ocorre, amiúde, quando as mudanças tendem a se adequar às exigências do mercado financeiro, para o qual são indispensáveis a certeza e a segurança jurídicas.

Parece não haver controvérsia, ao menos, sobre as raízes da súmula vinculante: os assentos portugueses.⁴ Em 1769, por édito do Marquês de Pombal e ordem do Rei D. José I, surge a “lei da boa razão”: ficam proibidos os raciocínios e argumentos dos advogados e a doutrina passa a ser absolutamente desconsiderada.⁵ Essas determinações eram feitas através da edição de assentos da Casa de Suplicação ou Mesa Grande, de acordo com as Ordenações Manuelinas e, posteriormente, Filipinas, com o fim de fazer valer, exclusivamente, a interpretação do Rei, que tinha, para tanto, tais assentos, com força de lei. Em caso de descumprimento do enunciado de um assento, era imposta a suspensão do cargo do juiz recalcitrante, a título de sanção, o que evidencia o caráter autoritário da vinculação aos assentos.⁶ Também, em caso de dúvida na aplicação da lei, deveria ser ela submetida ao entendimento da Mesa Grande, assemelhando-se essa atribuição, portanto, ao instituto do *référé*, presente no direito Absolutista francês.⁷ A independência do Brasil, marcada com a Constituição de 1824, trouxe, senão diretamente, mas por reflexo, a vinculação das decisões judiciais à vontade do Imperador, que, de fato, coincidia com a vontade do Poder Moderador; esse se apresentando pretensamente neutro e, portanto, acima tanto do Legislativo quanto do Judiciário.⁸ Além do mais, os assentos portugueses continuaram válidos no Brasil até a Constituição da República, de 1891.

³ “Ni niego la necesidad de importantes reformas del procedimiento judicial: es demasiado lento y rígido. Pero la pasada historia de estas instituciones parece mostrar que, ya por ignorancia o intencionadamente, algunas de las recientes propuestas y medidas, tendentes presuntamente a remediar estas enfermedades, parecen dirigirse más a debilitar las garantías de libertad que a fortalecerlas.” McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antiguo y moderno**. Traducción: Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 174.

⁴ MENDES, Gilmar. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. **Direito Público**, Brasília, ano V, n. 27, p.7- 45, maio-jun. 2009, p. 38.

⁵ A lei da boa razão “mandava que para a solução das dúvidas se elaborassem *assentos*; e determinava ainda que, havendo disposição legal a respeito, não se levassem em conta quaisquer considerações da doutrina, seja nas alegações das partes, seja nas decisões.” CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A arcaica súmula vinculante. In: RENAULT, Sérgio RabelloTamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29-52, p. 31.

⁶ “[...] havia previsão de sanção (pena de suspensão) em face do próprio Juiz para o caso em que se aplicasse interpretação diversa daquela constante no Livro da Relação. Sob tal sistemática, a vinculação dos órgãos jurisdicionais era inegável.” FERREIRA NETO, Osly da Silva; FREITAS, Petruska Canal. Súmula vinculante: Limitações e possibilidades. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, n. 70, p.86-101, jan. 2009, p. 95.

⁷ Ver, sobre o assunto, o capítulo 2 desse estudo.

⁸ A tentativa de implementar o parlamentarismo inglês no Brasil independente soçobrou diante do Poder Moderador. Se havia a sujeição do Legislativo a este, podendo ser por ele dissolvido, o Judiciário estava preso

O primeiro texto escrito no ordenamento jurídico brasileiro a determinar, expressamente, força de lei geral a uma interpretação foi a Consolidação das Leis Trabalhistas, com relação aos julgados do Tribunal Superior Trabalhista, que, talvez por coincidência, fora editado durante o Estado Novo. Na década de 60, o Supremo Tribunal Federal passa a editar súmulas de sua jurisprudência, sob o argumento de acúmulo da demanda repetitiva,⁹ observando-se que, no entanto, a diminuição de processos não se verificou como o esperado.¹⁰ Os enunciados de tais súmulas passam a representar um guia no julgamento das decisões dos magistrados e, ainda que não estejam obrigados a tais entendimentos sumulados, estes instrumentalizam uma maior segurança nas decisões dos juízes com relação às possíveis reformas de seus julgados provenientes dos recursos interpostos. Se essas súmulas não obrigam o magistrado, acabam por fazer prevalecer seu entendimento, pela importância que assume a jurisprudência pacífica e uniforme diante da torrente de multiplicação de processos e da crescente complexidade social. Aqui não há que se falar em precedentes, como verificados no sistema americano do norte, o que se verá adiante, de forma um pouco mais detalhada.

A súmula vinculante, trazida pela Reforma do Judiciário em 2004, já tinha sido objeto de anteprojeto de lei, em 1961, de autoria de Haroldo Valladão, e depois em 1964, proposta por Alfredo Buzaid. O ‘pacote de abril’ – nome pelo qual a oposição batizou a EC nº 7/1977 – pretendia que se concedesse eficácia normativa às decisões do Supremo Tribunal Federal, transformando-o mesmo em um tribunal de exceção,¹¹ o que foi recusado pelo Congresso.

à interpretação pura das leis e à possibilidade de responsabilização por seus atos discrepantes, e “a ninguém pode com mais propriedade competir essa atribuição do que ao poder moderador.” BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. São Paulo: Lael, 1958, p. 209. Ver, sobre a impossibilidade, histórica e jurídica, de implementação do parlamentarismo inglês no período do Império do Brasil: BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 375- 424.

⁹ Glauco Salomão Leite explica que os processos repetitivos no âmbito do STF exigiram “um mecanismo ou, em sua dicção, por um *método de trabalho* que possibilitasse ao Supremo Tribunal Federal abreviar o julgamento de processos rotineiros, conferindo certos efeitos jurídico-processuais à jurisprudência dominante do Tribunal, a fim de evitar expedientes e recurso protelatórios. Foram esses os principais motivos que impulsionaram a elaboração da súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.” LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 50.

¹⁰ Referindo-se à súmula não-vinculante: “A bem da verdade, entretanto, são pouco expressivos – poder-se-ia dizer, quase imperceptíveis – os sinais de que este mecanismo haja concorrido significativamente para aliviar e desafogar a pressão que, a cada dia, mais se faz crescente junto a juízes e tribunais.” AKASHI, Diogo Telles. **Comentários à reforma do poder judiciário**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2006, p. 215.

¹¹ “Em artigo publicado nos Arquivos do Ministério Público (nº 159, p. 7), o ministro José Néri da Silveira diz que o relatório do Supremo Tribunal Federal (elaborado por uma comissão composta pelos Ministros Thompson Flores, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmin), enviado ao ditador no dia 17 de junho de 1975, refere as razões doutrinárias da resistência que lhe foi oposta pelo Congresso e pela Ordem dos Advogados do Brasil, e reproduz os itens 39 e 40 daquele relatório, que recomendavam a outorga de eficácia normativa (efeito vinculante) a decisões da Corte Suprema.” CUNHA, Sérgio Sérulo da. A arcaica súmula

Diz-se, ainda, que o efeito vinculante, no ordenamento jurídico brasileiro, esteve sempre associado ao controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos. A EC nº 3/93 reconheceu efeito vinculante às decisões definitivas proferidas em ação declaratória de constitucionalidade, perante o Poder Judiciário e o Poder Executivo, de acordo com o art. 102, § 2º, da Constituição Federal; a lei nº 9.868/99 estendeu tal efeito à ação direta de inconstitucionalidade; o que foi repetido pela lei nº 9.882/99 em relação à arguição de descumprimento de preceito fundamental. A vinculação às decisões dos tribunais evidenciava-se, antes da EC nº 45/04, nas seguintes normas: permissão para o Ministro Relator arquivar ou negar seguimento de recurso que contrariasse uma súmula do Supremo Tribunal Federal¹² e dever que tem o juiz-relator de negar seguimento a recurso que esteja contrário à jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo ou do Superior Tribunal de Justiça.¹³

Atravessando acirrados debates, a súmula vinculante (re) nasce, com inédita roupagem, no ordenamento jurídico brasileiro, na Reforma do Judiciário, com a EC nº 45/2004. A partir de então, passam a vigorar duas espécies de súmula: as vinculantes e as não vinculantes. Tratar-se-á, de modo breve, dos procedimentos de criação e cancelamento da súmula vinculante, de seu objeto e requisitos (cumulativos), dos seus efeitos e consequências em caso de descumprimento, de acordo com a lei infraconstitucional nº 11.417/06, que regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal.

Para aprovação da súmula vinculante, é necessário um quórum de dois terços dos juízes do Supremo Tribunal Federal, o que equivale a oito ministros, excluindo-se a competência de qualquer outro tribunal, o que a difere de outro instrumento, a súmula impeditiva de recurso.¹⁴ A súmula vinculante passa a vigor imediatamente após a sua publicação na imprensa oficial. A revisão ou cancelamento é de iniciativa do próprio Supremo Tribunal Federal, ou mediante provocação pelos legitimados, de acordo com a mencionada lei, exigindo-se o mesmo para sua criação.

vinculante. In: RENAULT, Sérgio RabelloTamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29-52, p. 43- 44.

¹² Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, arts. 22, § 1º, e art. 56, parágrafo único.

¹³ Art. 557, do Código de Processo Civil, incorporado pela Lei nº 9.756/98 e art. 90, § 2.º, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

¹⁴ A súmula impeditiva de recurso pode ser editada tanto pelo Supremo Tribunal Federal como pelo Superior Tribunal de Justiça, e foi regulamentada na lei 11.276/06, determinando-se a impossibilidade de apelação em caso do juiz seguir seu entendimento.

O objeto da súmula vinculante é a validade, a eficácia e a interpretação de normas determinadas, quer sejam constitucionais ou infraconstitucionais. Uma norma é considerada válida quando é produzida de acordo com os requisitos trazidos na norma superior e seu conteúdo é compatível com a constituição. A eficácia tem dois sentidos: um sociológico, que diz respeito ao alcance dos objetivos intentados pela norma; outro jurídico, na medida em que a norma tenha aptidão para produzir bens jurídicos. A interpretação – analisada no decorrer desse capítulo – tem amplo campo de atuação.

O primeiro requisito é que, sobre o seu objeto (validade, interpretação e eficácia de normas) exista entre órgãos judiciários, ou entre estes e a Administração Pública, uma controvérsia atual, ou seja, que tenha relevância naquele momento. Acontece que a atualidade da controvérsia é uma contradição, pois não há que se falar em conflito ultrapassado; divergência pressupõe atualidade.¹⁵ A outra condição é que essa controvérsia atual esteja a gerar grave insegurança jurídica e prejuízos diversos, como a multiplicação de processos sobre idêntica questão. Essas exigências dizem respeito à finalidade da criação da súmula vinculante, qual seja a uniformização da jurisprudência, a fim de se garantir certeza e segurança jurídicas. O terceiro requisito diz respeito à necessidade de reiteradas decisões no mesmo sentido, caracterizando o relevante interesse social para a edição de uma súmula vinculante. O critério para definir quando decisões serão consideradas reiteradas é de fato discricionário. O atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, asseverou que, podendo a reiteração ocorrer em “curto espaço de tempo”, logo após a criação do instituto, em “um par de dias”, já iria se verificar uma “massa de casos” considerados de decisões reiteradas.¹⁶ No entanto, uma pressa irrefletida na emissão de súmula vinculante pode trazer dúvida na aplicação do direito, ao invés da desejada segurança.¹⁷ As matérias que

¹⁵ “Afirma-se, por outro lado, que a divergência ou a controvérsia há de ser atual, contudo, se há divergência jurisprudencial ou controvérsia entre Judiciário e Administração Pública é porque a matéria ainda não foi pacificada e permanece atual, isto é, não há divergência ou controvérsia ultrapassada, pois, se ultrapassadas, não mais existirão.” JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. **Revista da PGT** – Revista da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, p. 112-151, 2005, p. 138.

¹⁶ Questionado em entrevista sobre quando uma decisão é considerada suficientemente reiterada, para se tornar uma súmula, afirma o Ministro Gilmar Mendes: “Certamente não poderá ser a primeira decisão, mas a reiteração poderá ocorrer em curto espaço de tempo, visto que, em razão da cisão funcional da Corte, já julgamentos da competência do Plenário, das Turmas ou dos próprios relatores, os quais estão autorizados regimentalmente a julgar por decisões monocráticas, desde que em consonância com o que foi decidido no julgamento do Plenário. Então, é possível que, em um par de dias, em poucos meses talvez, já tenhamos uma massa de casos que possa ser qualificada como um quadro de decisões reiteradas.” MENDES, Gilmar. Súmula vinculante: uma realidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, ano 19, n. 7, p.21-23, jul. 2007, p. 22.

¹⁷ “O STF, contudo, demonstrou precipitação ao aprovar a Súmula nº 4, pois no mesmo enunciado tratou de relações jurídicas dos trabalhadores regidos pela CLT e dos servidores públicos. Ao decidir que ‘o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de

costumam acarretar pleitos repetitivos são aquelas relacionadas aos sistemas tributário, previdenciário e administrativo; mas não serão considerados objetos de súmula vinculante as questões de natureza processual,¹⁸ que, de certo, ensejam inúmeras causas homogêneas. Por fim, que tais decisões tenham, por objeto, matéria constitucional. Sobre esse ponto, é importante salientar que dificilmente uma questão jurídica não terá caráter constitucional no ordenamento brasileiro, diante dos fundamentos constitucionais de validade das normas. Há quem entenda que, diante da discricionariedade dos requisitos exigidos para a criação da súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, estar-se-ia a incorrer no perigo de emissão desmedida do instrumento, fazendo-se um paralelo com a edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo.¹⁹

Vê-se, portanto, que o limite para a edição de súmula vinculante é simplesmente formal: a divergência jurisprudencial entre órgãos do Judiciário e da administração, ou mesmo dos órgãos do Judiciário entre si, e que tal divergência esteja a causar um prejuízo social, como a multiplicação de demandas. Inexiste limite material: se o conteúdo da súmula vinculante é de matéria constitucional – e se pode dizer que quase todo ordenamento jurídico é, de uma forma ou de outra, de conteúdo constitucional –, não há um conteúdo predeterminado do que pode vir a ser objeto de súmula. O único limite para a edição de súmula vinculante seria, então, ter ela como pressuposto a jurisprudência dominante sobre determinada matéria. Assim, tratando-se de entendimento dominante sobre determinada matéria, não haveria razão para prolongar o feito até o terceiro grau, fazendo tardar a justiça ao jurisdicionado, se este poderia ter seu direito garantido imediatamente.²⁰ Há duas objeções a este argumento: primeiro, o limite de que a

empregado’, a Suprema Corte deu adequada interpretação ao disposto no art. 7º, inc. VI, da Constituição Federal. Por outro lado, a impossibilidade de substituir o salário mínimo por outro critério somente se aplica aos servidores públicos, em virtude de reserva de lei em matéria remuneratória. Essa vedação não se aplica aos trabalhadores regidos pela CLT, pois nessa esfera jurídica cabe ao Poder Judiciário integrar as lacunas.” Súmula Vinculante: um poder vinculado. SILVA Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O caso da Súmula nº 4 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, São Paulo: Anamatra, ano 7, n. 26, p. 141-155, p. 141.

¹⁸ Perguntado a Gilmar Mendes quais seriam os critérios para a escolha de decisões que se tornarão súmulas vinculantes: “De modo geral, identificam-se tais temas no sistema tributário, no sistema previdenciário, no sistema administrativo, entre outros. São temas que tendem à repetição, são causas homogêneas. Entretanto, questões de caráter processual, que não são da competência somente do Supremo, mas também de outros Tribunais, não serão objeto de sumulação.” MENDES, Gilmar. Súmula vinculante: uma realidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, n. 7, ano 19, p.21- 23, jul. 2007, p. 21.

¹⁹ Este é o entendimento de Diogo Telles Akashi, segundo o qual os “pressupostos que limitam a edição de súmulas vinculantes, em razão de sua extrema discricionariedade, poderão ser invocadas da mesma forma leviana com que são os pressupostos de urgência e relevância para a edição de Medidas Provisórias pelo Chefe do Poder Executivo.” AKASHI, Diogo Telles. **Comentários à reforma do poder judiciário**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2006, p. 212.

²⁰ “As matérias que serão objeto de súmula somente serão aquelas que já configuram jurisprudência dominante no seio dos tribunais. O que devemos nos perguntar é por que prolongar um pleito até o ‘terceiro’ ou o ‘quarto’

súmula vinculante deva se basear em jurisprudência dominante pode ser ignorado justamente quando o Supremo Tribunal Federal, no afã de normatizar determinadas matérias, age com irrefletida pressa, fato verificado na edição do enunciado da súmula vinculante de nº 4.²¹ Segundo, se a súmula vinculante deve ater-se aos fundamentos das causas sobre as quais se criou a jurisprudência dominante, não podendo consagrar questões paralelas, é praticamente impossível verificar tais fundamentos na súmula, distinguindo-a, neste ponto, do precedente. Assim, se alguns defensores da súmula²² entendem que na sua conexão com a jurisprudência dominante estaria o seu limite de legitimidade e que, caso contrário, estaria ela a usurpar poderes delegados ao Legislativo, torna-se, na prática, extremamente difícil verificar o liame entre a súmula vinculante e os casos concretos que, teoricamente, lhe deram origem.

Os efeitos da súmula vinculante abrangem o sentido da súmula e os fundamentos trazidos para sua aprovação. Quanto a sua extensão, pode-se entendê-la em duas expressões: efeito vinculante direto e efeito vinculante indireto. A lei determina a vinculação direta a todos os órgãos do Poder Judiciário, da administração pública direta e indireta, em todas as esferas, sob pena de incidência da reclamação. Há, no entanto, uma vinculação indireta, ou melhor, reflexa, quanto ao Poder Legislativo e aos particulares.²³ Isto ocorre porque não é concebível a existência de uma lei que não possa ser obedecida, nem pela administração pública nem pelo Judiciário; evidencia-se a obrigatoriedade da súmula vinculante perante todos, inclusive para o Poder Legislativo e para particulares, que estão vinculados à súmula da mesma forma que à lei, porque os conflitos levados ao Supremo Tribunal Federal serão decididos de acordo com o entendimento da súmula vinculante.

Em caso de descumprimento, a decisão judicial impugnada pode ser cassada, mediante reclamação, podendo o Supremo Tribunal Federal determinar que outra seja proferida, com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso. A reclamação pode ser entendida como recurso

graus de jurisdição para um desfecho previsível desde o ajuizamento da ação? Não há qualquer motivo plausível.” JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. **Revista da PGT – Revista da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, p. 112-151, 2005, p. 144.

²¹ Referindo-se à súmula vinculante de nº 4: “A súmula contém ainda defeito referente à inexistência de reiteradas decisões sobre a matéria, visto que as decisões anteriores do STF eram no sentido de que a base de cálculo do adicional de insalubridade é a remuneração do empregado, ou de que cabe à Justiça do Trabalho apontar tal base de cálculo.” Súmula vinculante: um poder vinculado. SILVA, Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O caso da Súmula nº 4 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Trabalhista. Direito e Processo**, São Paulo: Anamatra, ano 7, n. 26, p. 141-155, p. 141.

²² “Dessarte, a súmula vinculante que consagre questões paralelas (obter dicta), ou, o que é pior, questões inteiramente novas, será inconstitucional, por usurpação de funções, violação ao princípio da separação dos poderes e da própria cláusula constitucional da súmula vinculante, já que, repita-se, estariam sendo igualadas às atividades legislativa e jurisdicional.” JANSEN, Rodrigo, op. cit., 2005, p. 140.

²³ JANSEN, Rodrigo, op. cit., 2005, p. 118.

ou como ação judicial,²⁴ parecendo não haver mais dúvida quanto à sua natureza jurisdicional, e não administrativa, em decorrência da capacidade da medida de alterar decisão tomada em processo jurisdicional, e por tal alteração ter força de coisa julgada.²⁵

3.1 Súmula vinculante e precedente vinculante

Para que se compreenda a dimensão do poder da súmula vinculante, é necessário analisar minuciosamente o objeto em estudo, e uma pergunta deve ser feita: o que é uma súmula vinculante? Respondendo de modo direto – que a súmula é um enunciado –, passa-se a outra questão: o que é um enunciado? É um conjunto de palavras dotado de sentido. E a lei, também um ato lingüístico, instrumentalizado por um enunciado, faz do fenômeno lingüístico uma característica do sistema da *civil law*.²⁶ Sobre um mesmo enunciado de lei pode haver diversas interpretações, gerando controvérsia jurisprudencial. A fim de uniformizar a jurisprudência, afasta-se a regra de que os efeitos da decisão de uma lide se limitam ao caso concreto: se o entendimento jurisprudencial, repetindo-se, atingir o consenso quase absoluto ou majoritário – tornando-se uma jurisprudência –, o tribunal pode vir a sintetizar tal entendimento por meio de uma súmula. Ainda que o significado literal das palavras seja estranhamente esclarecedor, na linguagem jurídica, súmula é um claro resumo das decisões em torno de casos semelhantes, que foram tomadas no mesmo sentido. A jurisprudência não é vinculante, não é obrigatória, ainda que se caracterize por oferecer mais autoridade aos julgados dos juízes e tribunais, relacionando-se, portanto, à interpretação em seu sentido estático. Enunciado é o texto que explica o sentido da súmula da jurisprudência pacífica de um tribunal. Assim, o que é objeto de interpretação é o enunciado – de uma lei ou de uma súmula –, justamente por ser ato lingüístico e portador de um sentido a ser interpretado.

Pode-se dizer que, em regra, a autoridade do julgado restringe-se à parte dispositiva, fazendo-se impositiva a chamada coisa julgada, e se limitando a decisão apenas às partes envolvidas no caso *sub judice*. Com o modelo europeu de controle de constitucionalidade,

²⁴ “Tal entendimento justifica-se pelo fato de, por meio da reclamação, ser possível a provocação da jurisdição e a formulação de pedido de tutela jurisdicional, além de conter em seu bojo uma lide a ser solvida [...]” MENDES, Gilmar. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal. Fórum administrativo. **Direito Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 95-111, jun. 2009, p. 96.

²⁵ “Pacificado está somente o entendimento de se tratar a reclamação de medida jurisdicional, pondo fim à antiga discussão de que a reclamação constituiria mera medida administrativa. [...] seu poder de produzir alterações em decisões tomadas em processo jurisdicional e da decisão em reclamação produzir coisa julgada confirmam seu caráter jurisdicional.” Ibid., 2009, p. 95.

²⁶ “No sistema do *civil law*, o direito é fenômeno lingüístico de forma predominante. A lei é um ato lingüístico, realizado por enunciado.” ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 9.

viu-se a necessidade de dar eficácia às decisões proclamadas em sede de jurisdição constitucional. Surge o efeito vinculante como mecanismo de impor as decisões às demais instâncias de poder, tornando impositivos também os fundamentos determinantes que integram os julgados da jurisdição constitucional, não mais apenas a coisa julgada. Portanto, coisa julgada oponível *erga omnes* é eficácia que transcende à parte dispositiva da decisão, de modo a alcançar sua *ratio decidendi*, exigindo a eliminação dos diplomas em vigor que contemplem semelhante ilicitude. Passa-se a proibir a adoção de comportamentos idênticos, em substância, a outro, cuja inconstitucionalidade fora reconhecida. O limite do instituto é tão somente sua não vinculação à própria jurisdição constitucional, que pode, em certo momento, mudar a posição anterior do entendimento vinculante. Mas eficácia *erga omnes* diz respeito ao alcance do controle de constitucionalidade em relação àqueles que ficarão sujeitos à decisão e efeito vinculante relaciona-se a qual parte da decisão se tornará obrigatória para a administração e para o Judiciário.

No entanto, o grau de vinculação já conhecido no ordenamento jurídico brasileiro é inteiramente diverso do grau concedido à nova espécie de súmula trazida pela EC nº 45, chamada de súmula vinculante.²⁷ É que nasce, com ela, para o Supremo Tribunal Federal, o poder de criar normas gerais e abstratas, sem a exigência do devido processo legislativo; sem a sujeição, diferentemente das leis editadas pelo Poder Legislativo, ao controle de constitucionalidade;²⁸ e tendo o instrumento da reclamação a lhe garantir feroz obrigatoriedade. Feitos esses esclarecimentos em relação à súmula, enunciado, jurisprudência, eficácia *erga omnes*, efeito vinculante e súmula vinculante, passa-se ao entendimento do que vem a ser precedente.

Uma das defesas para a introdução da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro é que ela corresponderia ao instituto do precedente do direito anglo-saxão. Esse argumento é, de antemão, contraditório: o direito jurisprudencial pode dar-se pela jurisprudência, no sistema da *civil law*; e pelo precedente, do da *common law*. Vê-se, desde já, que é a jurisprudência que tem direta relação com o precedente, e não a súmula vinculante; súmula vinculante e jurisprudência são coisas distintas. Se existem semelhanças entre súmula vinculante e precedente, as diferenças são intransponíveis. Não há nem que se dizer que, no

²⁷ Por exemplo, em matéria recursal, a súmula da jurisprudência pode impedir o recebimento de recurso, caso da chamada súmula impeditiva de recurso, o que, de certo, tem alguma vinculatividade. Já a súmula vinculante é extensível a todos os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública em geral, o que abrange, inclusive, órgãos que desempenhem função não precípua do Legislativo.

²⁸ Pode-se dizer que isso ocorre, na prática, porque aqueles que editam a súmula vinculante serão os mesmos responsáveis pelo controle de constitucionalidade.

caso, houve transposição de um instituto alienígena sem se observar as diferenças sócio-culturais brasileiras, como cópia de papel-carbono, porque a súmula vinculante nasce num formato absolutamente peculiar em relação ao conhecido precedente vinculante.

O precedente é instituto jurídico do direito anglo-saxão, como na Inglaterra e nos Estados Unidos – por isso o sistema é chamado de judicial –, ressaltando-se uma atenuação do seu rigor nos Estados Unidos,²⁹ em movimento inverso ao verificado no Brasil,³⁰ com o poder simbólico da jurisprudência e com a súmula vinculante.³¹ Acontece que, no sistema judicial, o direito se fundamenta no *case law*; a vinculatividade dos precedentes explica-se porque, como a regra é a lei não escrita, a divergência jurisprudencial em torno de um mesmo caso tornaria a pacificação dos conflitos inviável. Portanto, os precedentes valem por já estarem arraigados na consciência dos cidadãos, familiarizados com uma criação livre do direito, e com um Judiciário que nasce historicamente avigorado. O direito brasileiro tem a lei como sua fonte primordial e, portanto, base para as decisões judiciais. Segurança e certeza do direito são garantidas pela lei, devendo ao juiz ser dada a liberdade no julgamento; na contramão, é criada a súmula vinculante no Brasil, não por razões históricas, mas por questões de celeridade e eficácia processuais, rompendo com a independência dos juízes.

O precedente é geralmente feito com base em uma única decisão – o que explica não existir a figura da súmula no direito judicial –, permitindo-se servir de parâmetro para a analogia com o caso *sub judice*. Como a jurisprudência é formada sobre diversas decisões que dizem respeito a casos distintos, torna-se difícil justificar sua aplicação no caso concreto, o que é uma justificativa para que a jurisprudência, ainda que seja dominante, não seja

²⁹ “Contudo, a regra de adesão ao precedente é aplicada com menos rigidez nos Estados Unidos do que na Inglaterra, e acredito que mesmo lá esse rigor esteja diminuindo. A Câmara dos Lordes diz estar absolutamente atrelada a suas próprias decisões anteriores. A Suprema Corte dos Estados Unidos e os tribunais superiores de vários Estados anulam suas próprias decisões quando manifestamente errôneas.” CARDOZO, Benjamin. A natureza do processo judicial. **Palestras proferidas na Universidade de Yale**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 117.

³⁰ “Pode-se afirmar que, enquanto a nossa tendência é o enrijecimento dos precedentes por meio da súmula vinculante e impeditiva de recurso, os norte-americanos e ingleses caminham no sentido de mitigar a eficácia vinculante dos precedentes, em busca de equilíbrio.” DANTAS, Bruno. Súmula vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 179, p.179-189, jul./set. 2008, p. 185.

³¹ “[...] atualmente, não há grande distância entre essas tradições jurídicas, ressaltando que: (i) no sistema do *civil law*, tanto o poder de violência simbólica do precedente, como a possibilidade de os Tribunais Superiores reformarem as decisões dos juízes são características que dão forte caráter vinculador à jurisprudência; (ii) no sistema do *common law*, a importância que tem sido atribuída ao *statute law* (direito dos estatutos) recentemente, somada ao fato de inexistir sanção em face do órgão jurisprudencial que deixa de aplicar o precedente relativiza o caráter vinculador da jurisprudência.” FERREIRA NETO, Osly da Silva; FREITAS, Petruska Canal. Súmula vinculante: Limitações e possibilidades. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, n. 70, p.86-101, jan. 2009, p. 99.

obrigatória. A súmula vinculante, seguindo o mesmo raciocínio, é baseada em diversas decisões, impossibilitando uma analogia entre elas e o caso concreto. Daí porque a súmula vale pelo seu enunciado geral e abstrato e não pelos seus fundamentos, porque não é uma decisão judicial, editada no curso de um processo.³² Enquanto o precedente é vinculado ao caso concreto que lhe deu origem, a súmula vinculante distancia-se dos casos que a formularam, implicando em consequências quanto aos direitos dos jurisdicionados.

Como o precedente é identificado pelo caso que lhe deu origem, leva-se em consideração a fundamentação utilizada; prova disso é que não teve êxito a tentativa de se atribuir linguagem legislativa aos precedentes, já que não é considerado apenas o dispositivo da decisão.³³ O caso concreto que fora elevado à categoria de precedente é analisado em todas as particularidades, gerando intensos debates em torno de sua aplicação, o que garante o contraditório ao caso *sub judice*. O que não for objeto desses debates não será considerado *ratio decidendi* – aquela questão sem o a qual o caso não teria sido decidido de uma determinada forma –, e sim *obiter dictum* – aquilo que não é essencial na fundamentação. Somente as questões consideradas *ratio decidendi* tornam-se vinculantes porque, por serem diretamente relacionadas com o caso, foram debatidas e sobre elas é que o juiz exerceu sua jurisdição. Fundamenta-se, assim, amplamente a decisão, para justamente identificar a ligação entre o caso pretérito – o precedente – e o caso sob julgamento. Portanto, o alcance dos institutos é completamente diferente: o precedente forma-se como norma geral e abstrata apenas na identificação, pelo juiz, da *ratio decidendi* no caso feito em precedente; a súmula vinculante é um enunciado da *ratio decidendi* de uma jurisprudência homogênea, eleita como tal pelo Supremo Tribunal Federal, e não pelo juiz. Vê-se que na aplicação do precedente podem-se verificar as garantias da inércia da jurisdição, do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais. É fato que, no Estado Democrático de Direito, o juiz é obrigado a dar uma decisão ao caso concreto, que é construída não de forma isolada por ele, mas com a participação das partes em contraditório, o que não é verificado na aplicação da súmula vinculante.

³² “Não será ela editada no curso de uma ação, mas por meio de um procedimento específico no Supremo Tribunal Federal, no qual serão discutidos e postos em votação a necessidade de edição da súmula, a presença se seus pressupostos e o seu texto, i. e., o enunciado sintético em si mesmo.” JANSSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. **Revista da PGT** – Revista da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, p.112-151, 2005, p. 115.

³³ “Tentou-se atribuir redação legislativa aos precedentes – algo que não foi possível pela própria finalidade do instituto, uma vez que nesse sistema não se leva em conta apenas os dispositivos da decisão, mas também toda a global fundamentação que a acompanha.” ABOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**, ano 33, n. 165, p. 218-230, nov. 2008, p. 221.

O enunciado da súmula vinculante é literal como o é a lei, e obriga ao juiz a aplicá-la pelo método lógico de subsunção, sem qualquer ponderação sobre sua aplicabilidade. O juiz, na aplicação do precedente, dispõe do instituto do *distinguishing*, pelo qual pode considerar que o precedente não é aplicável ao caso *sub judice*, porque a *ratio decidendi* do precedente é diversa. Além do mais, no *stare decisis*, a decisão daquilo que se tornará *binding* – que terá força vinculante – é tomada tanto pelos órgãos superiores da jurisdição federal ou estadual como pela Suprema Corte; enquanto a decisão quanto ao que se tornará súmula vinculante cabe exclusivamente à cúpula do Poder Judiciário, no caso, ao Supremo Tribunal Federal. Os institutos diferem-se ainda quanto à matéria que lhes serve de objeto. Enquanto a interpretação constitucional é objeto das súmulas vinculantes, o sistema do *stare decisis* tende a ter menos força justamente nas questões constitucionais, argumentando-se que possíveis erros em matéria constitucional não podem ser facilmente corrigidos quando a última palavra é dada pela Suprema Corte.³⁴ De fato, se a constituição possui um texto aberto, indeterminado, principiológico, ao juiz competente para interpretá-la não é dado limitar demasiadamente o sentido de suas normas, sob o pretexto de concretizá-las; a interpretação constitucional exige um comedimento, para que suas intenções não se cristalizem em interpretações definitivas que podem, amanhã, não ser mais compatíveis com determinada realidade, o que anularia a vontade de realização de futuro da constituição e sua própria normatividade. A jurisdição constitucional terá, portanto, tanto mais autoridade, quanto mais restrito for seu campo de atuação.³⁵ A atenuação dos precedentes vinculativos nos Estados Unidos, quanto à matéria constitucional, é mesmo questão de lógica, considerando-se que a superação de um precedente pela Suprema Corte – chamado de *overruled* – demanda uma mudança de entendimento de uma corte vitalícia. O Supremo Tribunal Federal é também uma corte vitalícia. Ao focar o objeto das súmulas vinculantes nas questões constitucionais, segue caminho diametralmente oposto àquele do sistema judicial norte-americano.

Por fim, quanto ao âmbito de vinculação, a aplicação do precedente leva em consideração toda a fundamentação que lhe deu origem e, sob debates quanto a sua aplicação ou não, o direito é avivado porque o alcance do precedente pode ser revisitado toda vez que

³⁴ “[...] a partir da dissidência no caso *Burnet v. Coronado Oil & Cás Co.*, ressaltou-se que o sistema do *stare decisis* deveria ser aplicado com menos força nas causas de direito constitucional que as de direito comum. Isto porque não existiria instituição capaz de corrigir os possíveis erros da Corte Suprema.” JANSEN, Rodrigo. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**, ano 33, n. 165, p.218-230, nov. 2008, p. 223-224.

³⁵ “[...] *su poder político es reducido y, paradójicamente, tanto mayor cuanto menos lo hace valer.*” Falando do Trib. Alemão. SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y constitución**. Tradução de Luis López Guerra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 59.

ele servir de base para um julgamento. Com a possibilidade de cassação de toda decisão que contrarie uma súmula vinculante, veta-se qualquer ponderação quanto à sua possibilidade de aplicação, resultando no engessamento do direito brasileiro.

3.2 Possíveis críticas às justificativas oferecidas para a súmula vinculante

A instituição da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro justificou-se, de forma geral, na celeridade e eficiência da prestação jurisdicional e, de modo particular, na necessidade de unificação da jurisprudência, com base na igualdade de decisões e na segurança jurídica. Diante dessa necessidade, as decisões do Supremo Tribunal Federal seriam legitimadas como provenientes de um segundo poder constituinte originário.³⁶ Argumenta-se ainda que o poder concedido pela súmula vinculante ao Supremo fora obra do Legislativo, quando da edição da EC nº 45, não se podendo falar então de usurpação de suas próprias funções.³⁷ No entanto, vale lembrar que o Legislativo é representante de um poder que não lhe pertence.

O Poder Judiciário, diante da sobrecarga de processos, estaria impossibilitado de oferecer a devida prestação jurisdicional; a súmula vinculante veio nesse contexto a fim de operacionalizar a celeridade processual. O instituto da reclamação teria por fundamento impedir que a administração – acusada de ser a maior promotora de recursos que assoberbam o Judiciário – venha a desobedecer à súmula vinculante. Em primeiro lugar, essa acusação é baseada em dados numéricos que nem sempre evidenciam a recalcitrância da administração.³⁸ Em segundo, é exatamente na reclamação que reside a possibilidade de uma nova onda de multiplicação de processos, fato aventado inclusive pelos defensores da súmula vinculante, que deixam as soluções, no entanto, relegadas à responsabilidade de normatização futura por

³⁶ “As decisões da Corte Suprema, como segundo poder constituinte originário, atualizam e rejuvenescem a Constituição, observando as modificações da realidade social. Sem este segundo poder constituinte originário, a Constituição estagnaria no tempo, pois a forma silenciosa como atua só é possível perceber quando se constata as transformações já operadas na Constituição sem a interferência do poder constituinte derivado.” PELICLIOL, Ângela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**, v. 15, p. 329-348, 2009, p. 179.

³⁷ “Destarte, se o próprio Legislativo – detentor das atribuições que os opositores da súmula dizem estar sendo vergastadas – concluiu que a criação da súmula vinculante não invadiria a esfera de competência das atividades que lhe são inerentes e aprovou a Emenda Constitucional 45/04, criando, com isso, a súmula com efeito vinculante, não há que se falar em superposição ou conflito de atribuições entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.” SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 99 -100.

³⁸ “No entanto, o mero dado numérico não é o bastante, nesse caso, para identificar os problemas, cabendo verificar se a matéria ventilada nesses processos tem resolução contra ou a favor do Estado. Há que se considerar os casos em que o Estado é litigante em face da insubordinação da parte contrária ou mesmo do órgão julgador.” LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 179-180.

parte da administração pública.³⁹ Institucionaliza-se um instrumento que pode dar novo nome à crise do Judiciário: a crise da reclamação.⁴⁰ Vale lembrar ainda que, quando interposto esse instrumento, poderá ocorrer a suspensão do curso do processo onde se deu o ato reclamado, cabendo agravo regimental da decisão do relator, o que desacelera o provimento judicial. Ademais, a súmula vinculante, como norma geral e abstrata, poderá ser interpretada – ainda que tenha sido criada para que assim não se suceda –, de forma a ensejar novas divergências jurisprudenciais. É de se perguntar, nesse ponto, se não existem outros instrumentos⁴¹ aptos ao descongestionando da justiça, como a concessão de efeito vinculante às decisões de outros tribunais, o aumento do número de ministros do Supremo Tribunal Federal e a redução de suas competências. A celeridade processual é um meio e não um fim da jurisdição em um Estado Democrático de Direito;⁴² mas é fim em períodos de violência⁴³, quando é esquecida a vontade democrática da lei. Decisões rápidas e eficazes representam, em geral, interesses de determinado grupo, que, sob o argumento retórico de uma situação de urgência, criam a solução tida como inevitável, opondo-se a quantidade sobre a qualidade.⁴⁴ Mesmo antes da reforma do Judiciário, alertava-se para o perigo de se estar incrementando a eficiência de apenas um de seus órgãos, sacrificando a independência dos demais.

³⁹ “A adoção da súmula vinculante para a Administração Pública vai exigir a promulgação de normas de organização e procedimento que permitam assegurar a observância por parte desta dos ditames contidos na Súmula sem que se verifique uma nova e adicional sobrecarga de processos – agora de reclamações – para o Supremo Tribunal Federal.” MENDES, Gilmar; PFLUG, Samantha Meyer. Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional nº 45/2004. In: RENAULT Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.327-375, p. 372.

⁴⁰ Quanto à reclamação por parte da administração: “Logo, teremos trocado o nome da crise. A crise que se chama ‘Recurso Extraordinário’ passará a se chamar ‘Reclamação’”. MENDES, Gilmar. Súmula vinculante: uma realidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, n, 7, ano 19, p.21- 23, jul. 2007, p. 23.

⁴¹ “Quanto à ação direta de inconstitucionalidade, trata-se de meio de controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, capaz de evitar a interposição de milhares de recursos extraordinários, aliviando assim a pauta do STF e dos tribunais por onde esses tramitam antes de serem remetidos para julgamento” CUNHA, Sérgio Sérulo da. A arcaica súmula vinculante. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.29-52, p. 47.

⁴² CARDOZO, José Eduardo Martins. Pela Reforma sem súmulas vinculantes. **Folha de São Paulo**. Opinião. Terça-feira, 23 mar. 2004. A3. “Mas perguntemos: para que se quer um Judiciário mais ágil? A rapidez decisória de um litígio, naturalmente, não é um fim, mas um meio. Um meio para que a ofensa ao direito não se perpetue e para que a vontade da maioria, expressa pela lei, seja assegurada. Um meio, enfim, para a manutenção da democracia. [...]”

⁴³ “Recorde-se que Justiça célere e eficaz é a marca de períodos revolucionários, em que inimigos do regime são processados, julgados, condenados e executados em menos de 48 horas.” TESHEINER, José Maria Rosa. Reforma do Judiciário. **Revista Jurídica**, ano 49, n 286, p. 45-48, ago. 2001, p. 47.

⁴⁴ “Compreendendo que o efeito vinculante dos precedentes judiciais propicia mecanização jurisdicional, sem que seja apreciada adequadamente a diferença ontológica do caso concreto, infere-se uma nítida influência matemática, própria das ciências naturais (dentro de um prisma quantitativo, no qual a ‘boa’ estatística é mais relevante que a qualidade), indicando um contramovimento ao paradigma emergente.” ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Efeito vinculante e concretização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 87.

É argumentado que a súmula vinculante seria um instrumento hábil a garantir a igualdade perante a lei; a isonomia processual implementada com a súmula vinculante estaria a evitar decisões diferentes sobre uma mesma questão. Acontece que o princípio da igualdade vincula o juiz de duas formas: ele não deverá fazer distinção entre situações iguais, quando deverá aplicar a jurisprudência dominante ou a súmula vinculante; e deve discriminar as situações diferentes, deixando de aplicá-las.⁴⁵ Como visto, a aplicação da súmula vinculante não ventila a possibilidade de sua não aplicação, no que a difere do antecedente vinculante do *stare decisis*.⁴⁶ A análise das questões de fato é vetada diante da concisão do verbete sumular e da sua não referência aos casos concretos que lhe deram origem. O mais grave, no entanto, é a falácia tida como verdade de que a divergência jurisprudencial é um dos grandes males do país, quando na realidade se trata de um instrumento criador do direito – que pode impedir, inclusive, a anulação de uma lei baseada em uma visão parcial –,⁴⁷ e de possibilidade de alcance da justiça aos cidadãos, de uma forma individualizada. Dizer que a súmula vinculante traria segurança jurídica, porque seria dado a todos o conhecimento do direito antecipadamente, não pode ser um argumento válido na medida em que essa segurança já é dada pela lei. Afastar do juiz a possibilidade de interpretar lei ou ato normativo a fim de conformar o direito às necessidades sociais – o que pode estar de encontro à jurisprudência dominante – é retirar o sentido e, ao mesmo tempo, a legitimidade das decisões judiciais no Brasil.

A garantia do livre convencimento do juiz é um dos maiores postulados democráticos, pois que a independência, tanto externa quanto interna,⁴⁸ é premissa ao princípio da legalidade e da legitimidade das decisões judiciais.⁴⁹ Para se ter um julgamento justo, é imprescindível

⁴⁵ “*direito a um tratamento igual*, em que não devem ser consideradas as diferenças entre os sujeitos; a falha em cumprir com a segunda viola o *direito a um tratamento desigual*, em que devem ser levadas em consideração determinadas diferenças.” MAUÉS, Antonio Moreira; FONSECA, Mônica Maciel Soares; RÊGO, Lorena de Paula da Silva. Súmula vinculante e direito à igualdade. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI** - Argumenta, Jacarezinho – Paraná, n. 6, p.220-232, 2006, p. 224.

⁴⁶ “Não basta, portanto, conhecer o resultado da interpretação que foi dada a determinado conjunto normativo, mas também os casos que presidiram o desenvolvimento dessa interpretação, buscando as razões que fundamentaram a construção da norma.” *Ibid.*, 2006, p. 225.

⁴⁷ “A par disso tudo, qualquer pessoa com alguma experiência em questões judiciais sabe que não é rara a existência de ações questionando a legalidade de um mesmo ato, mas utilizando fundamentação e argumentos completamente diferentes. Essa prática é também enriquecedora e permite que o mesmo fenômeno jurídico seja apreciado sob diferentes ângulos, o que é útil, além do mais, para evitar o risco de anulação de uma lei ou de ato normativo, às vezes com grave dano para o interesse público, a partir de uma visão apenas parcial ou mesmo equivocada.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 72.

⁴⁸ “A independência interna protegeria o julgador contra os constrangimentos oriundos do interior do próprio Judiciário. [...] O juiz é independente interna e externamente para ser dependente só da lei, ou seja, que possa julgar com base somente na lei. A independência é, pois, um instrumento de realização do princípio da legalidade.” ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 28.

⁴⁹ “Do ponto de vista político-sociológico, a independência tem por finalidade legitimar o Judiciário, dando-lhe, assim, autoridade para impor suas decisões.” *Ibid.*, 1995, p. 29.

um juiz imparcial e o espaço para que as partes manifestem seus argumentos, de fato e de direito. A sociedade brasileira, complexa e desigual, tem no juiz um papel de transformação social no sentido de enfrentar as injustiças sócio-econômicas,⁵⁰ que só poderá cumprir sua função se puder enfrentar o entendimento dominante que esteja porventura a represar a democracia; se puder “olhar para o futuro e trilhar caminhos ainda não demarcados”,⁵¹ se puder recriar o direito. Para tanto é preciso que o entendimento, na jurisprudência, não esteja sacralizado. Acontece que a aplicação automatizada do enunciado do verbete sumular, sem a análise das questões de fato do caso *sub judice*, complementada pelo instrumento da reclamação, obriga os juízes e tribunais a acatarem as decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que tenham absoluta convicção de que se tratam de decisões injustas ou equivocadas.⁵² A reclamação, como mordaza de uma recalitrância jurisprudencial que, legitimamente, não se deve calar, concede força à jurisprudência do Supremo Tribunal, justamente quando a ela faltou autoridade.⁵³ Se a liberdade do intérprete da lei é limitada pela justiça da decisão, não pode ele legitimar sua decisão em critérios preconcebidos; caso contrário, estar-se-ia diante de órgãos de coação, de um lado, e de imitação, do outro.⁵⁴ A súmula vinculante, diante da

⁵⁰ “A magistratura independente é necessária para garantir a possibilidade de novas conquistas sociais, para a eliminação das injustiças existentes e para que os avanços no sentido da justiça sejam consolidados.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

⁵¹ “Por tudo isso, torna-se evidente que incumbe essencialmente ao aplicador do direito – e não ao legislador – encontrar as primeiras respostas para os novos problemas sociais, uma tarefa da qual só poderá desincumbir-se a tempo e modo se for capaz de olhar para o futuro e trilhar caminhos ainda não demarcados; se tiver a coragem de enfrentar a opinião dominante, ao invés de se resignar a seguir a jurisprudência estabelecida; se, finalmente, se dispuser a assumir o ônus redobrado de combater as idéias cristalizadas, até porque, via de regra, longe de traduzirem verdadeiros consensos, essas falsas unanimidades não passam de preconceitos coletivos, fruto dos argumentos de autoridade, que sabidamente esterilizam o pensamento e impedem os vãos mais arrojados.” COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.26.

⁵² “Quando decidiu absolver o ex-presidente Fernando Collor, por falta de provas, da prática do crime de corrupção passiva, o Supremo Tribunal Federal cometeu erro evidente, fundamentando sua decisão no fato de que o acusado não tinha praticado ato de ofício, que seria indispensável para caracterização do crime, segundo o Supremo Tribunal. Em primeiro lugar, a definição daquele crime, constante do Código Penal, não inclui a exigência de ato de ofício. Além disso, é fato sabido de todos que os fiscais corruptos geralmente recebem propina para “não ver” uma irregularidade, justamente para ficarem omissos, para não praticarem ato de ofício. Ora, se aquela decisão do Supremo Tribunal fosse vinculante, hoje os fiscais corruptos estariam no paraíso, pois nenhum juiz ou tribunal poderia condená-los, bastando que não praticassem ato de ofício.” DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., 2002, p. 73-74.

⁵³ Contrapondo-se ao argumento de que as decisões do STF estavam sendo desobedecidas pelas instâncias inferiores: “Esse argumento contém uma distorção grave, pois demonstra que se pretende suprir com a força a falta de autoridade.” DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., 2002, p. 66.

⁵⁴ “O Supremo Tribunal será órgão de coação e os juízes e tribunais serão órgãos de imitação. E assim todo o sistema judiciário sairá enfraquecido.” DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., 2002, p. 66.

possibilidade de reclamação quando de seu descumprimento, faz-se em “oráculo”,⁵⁵ e o direito, distanciado de suas possibilidades de mudança, separa-se da democracia.

Se a interpretação não é a vontade da lei, nem do legislador, mas uma vontade construída pelas partes, encontrada no caso concreto, como estipular essa vontade determinada pelo enunciado da súmula vinculante, se não se está, objetivamente, diante de um caso concreto? Caminha-se em sentido oposto ao do contraditório e da ampla defesa; uma vez que o entendimento do juiz singular esteja obrigatoriamente vinculado ao do Supremo Tribunal, resta vetado ao cidadão inquirir os fatos que originaram sua pretensão, bem como argumentar com provas necessárias ao seu direito, já que as súmulas vinculantes são elaboradas antes mesmo da instauração do processo. Mas é sabido que uma decisão judicial é legítima e eficaz quando produzida de acordo com o devido processo legal,⁵⁶ que, além do contraditório e da ampla defesa, inclui a motivação judicial. Essa é entendida não como a indicação do direito no caso – a fundamentação⁵⁷ –, mas como análise das provas e dos argumentos trazidos no curso do processo, ou seja, como evidência de que os enunciados legais não prescindem do caso concreto, assim como a justiça da decisão não prescinde do labor do juiz.⁵⁸ O enunciado da súmula vinculante, entendimento predeterminado e tornado obrigatório pela reclamação, impossibilita a desobediência da parte insatisfeita com o suposto provimento judicial, ainda que o caso concreto não tenha sido discutido,⁵⁹ ferindo frontalmente o direito de acesso à justiça, porque a inafastabilidade da jurisdição diz respeito, mais do que a ter um processo, a uma decisão justa. E o acesso à jurisdição se dá pelo direito-de-ação, que obriga a instauração de um

⁵⁵ “[...] nada se coaduna menos com idéia de Estado de Direito do que a figura de um oráculo despótico ou iluminado pairando acima da lei e dos critérios usuais de interpretação.” COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33.

⁵⁶ “Porque foi produzida segundo o ‘devido processo legal’ em sentido amplo, a decisão judicial, que assim se obteve, estará revestida de legitimidade e eficácia, tornando-se insuscetível de desfazimento.” *Ibid.*, 2007, p. 37.

⁵⁷ Fundamentação “implica a obrigação do julgador de *ancorar* a decisão na lei, quer dizer, tomar a lei como *medida, critério* ou *paradigma* de suas decisões. [...]. A motivação consiste no dever de expor os argumentos justificadores da decisão, ou seja, expor os raciocínios desenvolvidos para justificar a decisão, tornando, assim, conhecidas as razões que o magistrado estima idôneas para apoiar seu convencimento.” ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 68.

⁵⁸ “É possível, sem dúvida, interpretar um enunciado legal em tese. Mas se os enunciados legais fossem auto-explicativos independentemente dos fatos que os aventam, não haveria necessidade de tribunais, e Robespierre teria razão.” CUNHA, Sérgio Sérulo da. A arcaica súmula vinculante. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29-52, p. 51.

⁵⁹ “Aplicada a súmula vinculante, pessoas que não defenderam seu direito em juízo serão atingidas pelas respectivas decisões, e, não as tendo discutido antes, ficarão impedidas de, em seguida, submeter suas razões ao judiciário. Se insistirem, essas razões não serão conhecidas, como se depreende do referido art. 103-A.” *Ibid.*, 2005, p.29-52, p. 51.

procedimento participativo com o fim de construção da norma.⁶⁰ Por último, como a decisão proferida em primeiro grau está obrigatoriamente conformada com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, veta-se, pela supressão de instâncias, o reexame da sentença, outro direito do jurisdicionado. Pode-se dizer que a súmula vinculante é instrumento não de ampliação do acesso à justiça, mas de separação entre o homem e a justiça.

A atividade do juiz é dinâmica no que diz respeito à criação do direito, mas deve ser passiva em relação às partes, garantindo-lhes a isonomia processual e o contraditório. A atividade do legislador, por outro lado, é mais agressiva⁶¹ e discricionária, construindo-se pelo livre debate e pela independência na criação do direito, logo, as atividades legislativas e jurisdicionais estão numa dinâmica de tensão, e não de equiparação. No entanto, o Poder Legislativo, mesmo não estando submetido à reclamação, encontra-se vinculado ao enunciado da súmula vinculante. Isso fica claro ao se fazer uma comparação entre um enunciado de súmula vinculante e uma emenda constitucional:⁶² depois de fixado um entendimento sobre matéria constitucional pela súmula vinculante, só poderá haver sua modificação se o próprio Supremo Tribunal modificar seu entendimento, ou se o Legislativo editar uma emenda constitucional; porque, se for aplicado um ato legislativo em contrariedade com a súmula vinculante, pela administração, por um juiz ou tribunal, caberá reclamação. Questão que também diz respeito à tensão (ou à usurpação de funções) entre Legislativo e Judiciário é a da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal. Consolida-se entendimento de que o instituto perde seus efeitos práticos diante do papel atribuído à jurisdição constitucional, operando-se uma mutação constitucional no art. 52, X da Constituição, tornando a atribuição do Senado Federal apenas um dever de publicação, porque a eficácia geral do julgamento do

⁶⁰ “Ressalte-se, ainda, que o acesso à jurisdição ocorre mediante o direito-de-ação, criado pela norma constitucional, podendo ser entendido como direito fundamental incondicionado de movimentar a jurisdição, através da instauração do procedimento, e de participar na construção do provimento, através da discursividade, no âmbito da processualidade.” LEAL, Rosemiro Pereira. Súmulas vinculantes: sua ilegitimidade no Estado Democrático de Direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, ano XXXV, n. 80, p.41-65, jan./jun. 2005, p. 43.

⁶¹ “Por seu turno, o modo de agir do legislador é naturalmente mais ativo e agressivo. No processo legislativo, deputados e senadores debatem, discutem, fazem concessões e exigências, tentando fazer valer os interesses de seus eleitores, do segmento da sociedade que se faz por cada um deles representar. Desse embate, disputas de influência e poder, surge a norma, a lei, a emenda constitucional, enfim, realiza-se o processo legislativo e cria-se o Direito.” JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. **Revista da PGT – Revista da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, p. 112-151, 2005, p. 132-133.

⁶² “Na verdade, entretanto, o mais exato é comparar as súmulas vinculantes não às leis em geral, mas às emendas constitucionais e, em alguns casos, à própria norma constitucional originária. Uma vez que as súmulas vinculantes são editadas única e exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal e têm por base decisões reiteradas por ele proferidas em matéria constitucional, elas dirão sempre respeito a assunto de cunho constitucional, veiculando interpretações fundadas na Constituição Federal.” *Ibid.*, 2005, p. 134.

Supremo Tribunal Federal seria dada por sua própria força normativa.⁶³ Esse entendimento vai de encontro ao fato de que a decisão do Supremo não tem o condão de revogar a lei declarada inconstitucional, por ser ela simplesmente jurisdicional quando ainda não complementada pelo ato legislativo.⁶⁴

Opera-se o avigoramento do poder na cúpula do Judiciário, evidenciado pelo esvaziamento do controle difuso de constitucionalidade, no qual justamente os juízes e tribunais têm competência para dizer da inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos nos casos concretos, fazendo com que todo juiz seja também um juiz constitucional a participar do desenvolvimento da constituição. Além disso, no sistema do *stare decisis*, todos os juízes e tribunais podem se manifestar sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, fazendo do controle difuso de constitucionalidade uma característica desse sistema, demonstrando, uma vez mais, a faceta falaciosa do argumento de que a súmula vinculante é instrumento já historicamente conhecido no direito comparado. Entendem alguns, no entanto, que a súmula vinculante favoreceria a fusão entre os sistemas concentrado e difuso de controle de constitucionalidade, aproximando o efeito da súmula vinculante daquele já conhecido nas ações de controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos.⁶⁵ Acontece que a vinculação dos juízes e tribunais ao Supremo Tribunal Constitucional resolve o problema da simultaneidade dos critérios difuso e concentrado na anulação do modelo concreto, no momento em que impede ou dificulta a controvérsia judicial em relação à questão decidida. Mas é o controle difuso de constitucionalidade que minimiza a contradição entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária, entre lei e constituição, possibilitando seu uso e profanação, ao invés de sua sacralização. Uma constituição há de ser usada, interpretada,

⁶³ “É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988.” MENDES, Gilmar. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal. Fórum Administrativo. **Direito Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 95-111, jun. 2009, p. 109. “A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*.” p. 111.

⁶⁴ “É a resolução quem tem o poder, ainda que entendida como ato jurídico vinculado, de transmutar o ato jurisdicional em legislação, possibilitando a retirada da lei ou ato normativo inconstitucional do mundo jurídico.” GOUVEIA, Alessandro Samartin de. Súmula vinculante e resolução do Senado. Crise na separação dos poderes. **Informativo Jurídico Consulex**, Brasília, ano XXI, n. 27, p.4-7, 9 jul. 2007, p. 6. Edição semanal.

⁶⁵ “No caso das súmulas vinculantes, demanda-se o efetivo exercício da jurisdição difuso-concreta pelos juízes e tribunais, não sendo procedente a crítica de que através delas se estaria criando um entendimento jurisprudencial ‘de cima para baixo’. LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18 isso se daria, porque “ela estabelece uma estreita conexão entre esses modelos, pois parte do efetivo exercício da jurisdição difusa – pelos diversos juízes e tribunais para, em razão de divergência surgida no bojo de tal exercício, aproximar-se do modelo concentrado-abstracto, na medida que a jurisprudência constitucional firmada pelo Supremo Tribunal Federal, e nela sintetizada, torna-se obrigatória para todos, eliminando a controvérsia e assegurando aos jurisdicionados a igual aplicação do direito.” Ibid., 2007, p. 91.

criticada⁶⁶ e recriada por todos os juízes, pelas partes, pela sociedade aberta, aproximando-a dos controles concretos de constitucionalidade e afastando-a dos abstratos – que “não se estabelecem para a guarda da Constituição, mas para a preservação do poder.”⁶⁷

Discute-se, nos últimos anos, a crise de legitimidade da coisa julgada, em decorrência do engessamento do direito que lhe acompanha.⁶⁸ Na contramão desse debate, institucionaliza-se no Brasil o enunciado de súmula vinculante, onde não há referência aos casos concretos que lhe deram origem, dificultando a revitalização da jurisprudência, e engessando o direito no entendimento proveniente da vontade de onze ministros que, não eleitos pelos cidadãos, possuem mandato vitalício. O número reduzido de julgadores e a ausência de um mandato curto e determinado faz com que um entendimento sumulado seja quase petrificado, porque é sabido que matérias pacificadas de um Tribunal, mais ainda quando se trata do mais alto Tribunal, mudam de sentido somente quando há alteração em seus membros. Se dificilmente um ministro reverá uma decisão sua, admitindo o equívoco; se esse Ministro tem mandato vitalício; se a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à súmula vinculante segue o mesmo raciocínio; se, em caso de desobediência à súmula, a reclamação é encaminhada ao próprio Supremo Tribunal Federal e se uma eventual ação de inconstitucionalidade de lei contra uma súmula vinculante será também decidida pelo Supremo, torna-se evidente o engessamento do direito, uma vez que a súmula vinculante obriga todos através de uma rígida verticalidade.⁶⁹ Ou seja, a súmula vinculante força a unidade, onde, de fato, ela não existe, porque o que existe é o espaço da interpretação que é, por natureza, aberto; a aplicação automática do enunciado de uma súmula vinculante, fazendo-se em entendimento estatal unívoco, retira a racionalidade das decisões judiciais.⁷⁰ É de se atentar que o pensamento unilateral é uma necessidade do neoliberalismo, que tende a eliminar a racionalidade no processo de criação da norma; a liberdade ao juiz só existe se este

⁶⁶ Atente-se para o fato de que, mais que debates doutrinários amplos sobre o tema da súmula vinculante, há constatações de sua existência antes da EC nº 45, como se isso, por si, pudesse justificar-lhe a existência.

⁶⁷ CUNHA, Sérgio Sérulo da. A arcaica súmula vinculante. RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.29-52, p. 51.

⁶⁸ Há um debate sobre a revitalização da coisa julgada que, no fundo, retrata o conflito entre certeza da vida social e a justiça.

⁶⁹ “A instituição da súmula vinculante tenta amenizar os problemas interpretativos de ordem constitucional por meio de um rígido esquema vertical, que compele órgãos jurisdicionais e Administração Pública à estrita observância da interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal.” DANTAS, Bruno. Súmula vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 179, p.179-189, jul./set. 2008, p. 180.

⁷⁰ “No entanto, a legislação brasileira deixou totalmente omissa a possibilidade de afastamento legítimo da aplicação do enunciado, notadamente pela hipótese de reclamação por ‘indevida aplicação’ MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. O precedente como restrição à argumentação racional na doutrina de Robert Alexy e a súmula vinculante no direito brasileiro. **Revista repertório de jurisprudência IOB**, São Paulo, v. 1, n. 19, p. 645, 1ª quinzena de out. 2009.

estiver de acordo com o sistema jurídico monolítico. O debate é afastado quando se opera a dessecação do fato: a realidade é reduzida para caber no mundo jurídico, estrangulando-a, para atender ao sistema, quando o que deveria haver era uma dialética.⁷¹ Mas é a sociedade que deve controlar o poder do Estado – a conjuntura social é que cria novos comportamentos para o homem⁷² –, e não o contrário, porque justamente o Estado pode estar a servir os interesses alheios aos da comunidade política, como os interesses econômicos e financeiros.

A linguagem do enunciado de súmula vinculante obedece a uma função simbólica e de manipulação, no sentido de encobrir um determinado poder sob o nome de direito.⁷³ Essa simbologia representa a ideologia de uma sociedade do espetáculo, onde a explicação para seu surgimento é acompanhada da sua impossibilidade para resolver os conflitos sociais.⁷⁴ A súmula vinculante tem seu nome – seu significado – escondido, que é invocado por aqueles que detêm o poder, porque são os magos e os oráculos a conhecer e a dizer o significado da coisa.⁷⁵ Se os nomes dizem das coisas, cabe aqui trazer a comparação da súmula vinculante com o “Ato Institucional nº 5”;⁷⁶ com o “art. 124 da constituição de Cuba”;⁷⁷ com os assentos portugueses

⁷¹ Questão que não é secundária é a dimensão continental do Brasil, com realidades sociais discrepantes, fazendo que haja subespaços dentro de um mesmo país, ligados a questões estruturais e conjunturais. A súmula vinculante, a imprimir uma interpretação unívoca do sentido do direito, faz com que o Brasil tenha que se adaptar ao Judiciário, e não o Judiciário que se adapta ao Brasil. Milton Santos diz que “as desigualdades regionais podem ser definidas como diferenças duráveis, localmente interdependentes e cumulativas entre subespaços de um mesmo país. Condições não somente conjunturais mas também estruturais são responsáveis por numerosas diferenças duráveis, ligadas umas às outras, na escala do espaço considerado.” SANTOS, Milton. **O espaço dividido**: Os dois circuitos da economia urbana dos países subdesenvolvidos. Tradução de Myrna T. Rego Viana. 2. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004, p. 293.

⁷² “A conjuntura social é, em certa medida, determinante de comportamentos humanos.” ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Efeito vinculante e concretização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 91.

⁷³ “Essa forma de perceber a questão remete à função simbólica da linguagem e ao problema da manipulação discursiva, isto é, à utilização dos recursos lingüísticos para encobrir o poder que está sendo exercido sob a aparência de direito.” *Ibid.*, 2009, p. 37.

⁷⁴ “[...] a própria troca de termos exigiria ser explicada, e combatida, pois nunca pudera ser observada, nem imaginada, fosse onde fosse, antes dos recentes progressos do pensamento avariado; quando a decadência da explicação acompanha no mesmo passo a decadência da prática.” DEBORD, Guy. **Sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 200.

⁷⁵ “Cada coisa, cada ser, tem, além de seu nome manifesto, um nome escondido, ao qual não pode deixar de responder. Ser mago significa conhecer e evocar esse arquinome.” AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução e apresentação de Selvino José Assmann São Paulo: Boitempo, 2007, p. 25.

⁷⁶ O Ministro José Celso de Mello Filho, então presidente do Supremo Tribunal Federal, em 1997, em entrevista: “A súmula vinculante representa para a independência dos juízes o que representou o AI-5 para a liberdade dos cidadãos.” GALLUCCI, Mariângela. Legislação de Brasília. **Gazeta mercantil**, terça-feira, 27 maio 1997, Fl. A 12.

⁷⁷ Assim se manifestou o Ministro José Celso de Mello Filho, dias antes de assumir a presidência do STF: “Da minha parte, penso que a súmula vinculante que está sendo proposta é apenas uma repetição do artigo 124 da constituição de Cuba. Nada contra os regimes socialistas, mas não sei se esse modelo é o melhor exemplo a ser seguido pelo Brasil. Ele tem um alto custo político. [...] Vejo nisso uma recorrente disposição de impedir a independência jurisdicional, quase que obrigando o juiz a interpretar a lei apenas no seu sentido gramatical.” MELLO FILHO, José Celso de. **O Estado de São Paulo**, domingo, 18 maio 1997, p. A4. Política.

(ou ainda mais autoritária que esses⁷⁸); com as “instruções dos Tribunais Socialistas da ex-União Soviética”;⁷⁹ ou com os “juízos da Idade Média”.⁸⁰ Na verdade, o mercado e o consumismo é que pretendem extirpar a crítica,⁸¹ complementando-se a apatia pela judicialização da política, onde em um só Tribunal se faz do jurídico um poder que se opõe ao político, porque o domínio do direito se dá no domínio da interpretação jurídica.⁸² O mercado não pode prescindir do Estado, de sua força física, porque os conflitos sociais tornam-se incontidos num sistema econômico que sobrevive e imprime a desigualdade social e econômica. É o próprio sistema econômico que pretende o apartamento entre o direito e o homem comum; esvaziando-se as instâncias de primeiro grau, o direito fica à mercê dos interesses econômicos. O poder assim sufoca o direito, fazendo-o coincidir com a força daqueles que o detêm, numa aplicação do direito estandardizada, segura no enunciado de uma súmula vinculante.

3.3 A normatividade da Súmula Vinculante

Há três aspectos que, correlacionados, podem ser apontados como um paralelo entre norma e súmula vinculante. O primeiro é premissa para os demais: a natureza da súmula vinculante é de norma. O segundo é que essa norma, por possuir uma única possibilidade de interpretação, é um retorno à interpretação clássica do Estado Legalista. E a terceira é que, por não poder ser interpretada, ela é uma metanorma.

⁷⁸ A superioridade hierárquica da súmula vinculante em relação à lei faria dela um instrumento mais perverso que os assentos portugueses: “A súmula vinculante criada pela EC nº 45/2004 vai além dos assentos, e coloca-se acima da lei. Primeiro, porque é próprio da lei ser interpretada, mas é da natureza pervertida da súmula proibir a própria interpretação; segundo, porque a lei pode ser mudada ou revogada por outra lei, mas a súmula não.” CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. A arcaica súmula vinculante. In: RENAULT, Rabello Tamm Sérgio; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.29-52, p. 51.

⁷⁹ “De maneira contrária, os assentos portugueses e as instruções normativas dos Tribunais Socialistas da extinta União Soviética são os instrumentos mais próximos (mormente os assentos) às atuais súmulas vinculantes brasileiras, contudo, esses institutos ao contrário dos precedentes não surgiram primeiramente para diminuir o poder do rei e posteriormente, proporcional segurança jurídica, pelo contrário, suas formulações são características de Estados autoritários [...]” ABOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**, ano 33, n. 165, p.218-230, nov. 2008, p. 224.

⁸⁰ “As acusações sem prova, sem a garantia do contraditório e da ampla defesa, sem dúvida nos remetem, no início do século 21, a um retrocesso de pelo menos mil anos, mais precisamente aos tormentosos juízos populares da Idade Média.” SIFUENTES, Mônica. A justiça e a “voz das ruas”. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XIII, n. 300, 15 jul. 2009, p. 23.

⁸¹ “Ligado a esse paradoxo está o capitalismo global e o consumismo (a grande ameaça atual): a elevação do consumo ‘destrutivo das condições ambientais corresponde a uma exasperação da miséria na maior parte dos países periféricos’. A ideologia capitalista recebeu novos instrumentos de sobrevivência e se beneficia da formação dogmática que, por sua vez, suprime ‘qualquer vestígio de pensamento crítico’ e desliga o jurista – que há muito caiu na cotidianidade, sem capacidade sequer de enxergar situações absurdas – ‘da realidade social’ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Efeito vinculante e concretização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 91.

⁸² “Toda tentativa de domínio do Direito (e, com ele, da sociedade) passa pela tentativa de domínio da interpretação jurídica” CUNHA, Sérgio Sêrvulo da, op. cit., 2005, p.29-52, p. 29.

A natureza da súmula vinculante é de norma, pois como fonte formal do direito, deriva de uma atividade jurisdicional, que é atividade estatal. Como ela obriga de maneira geral e vale como premissa normativa para todos os juízes, possui natureza geral e abstrata, como se lei fosse. A vinculação, reforço da eficácia da lei, diz respeito à obrigatoriedade de seus efeitos frente a todos os órgãos do Judiciário, da administração pública e, como visto, frente também ao Legislativo e aos particulares, verificando-se que, tanto quanto a lei, a súmula vinculante tem aptidão para ordenar condutas.⁸³ A súmula vinculante não se aplica a um fato histórico – não é concreta –; ela se aplica para o futuro, justamente porque a lei, a partir da criação de uma súmula vinculante, terá que obedecer a um determinado sentido, impresso pela súmula vinculante. Outra evidência no mesmo sentido é que, diferentemente das decisões originadas do controle concentrado de constitucionalidade, que não podem ser alteradas nem revogadas, a súmula vinculante pode ser modificada ou cancelada pelo mesmo órgão que lhe criou; àquelas é dada a eficácia de coisa julgada por se tratar de ato jurisdicional e a esta não é dado tal efeito, justamente por se tratar de ato legislativo.

A teoria formalista de interpretação pressupunha do juiz uma posição distanciada da política, seria a sua função estritamente técnica, tornando esdrúxula a acusação daqueles que defendem a súmula vinculante de que seus opositores estariam se apegando ao Estado Legalista.⁸⁴ De fato, a súmula vinculante aproxima-se das correntes formalistas de interpretação, onde se sobleva a segurança e a certeza jurídicas, preocupados na manutenção de um *status quo*. Diz-se que os juízes não seriam legitimados para operar a mudança social, que caberia aos legitimados – os cidadãos. O entendimento clássico parte do princípio de que ao intérprete caberia somente a aplicação direta do direito positivo, por um método lógico de subsunção entre fato e norma. A vontade do preceito não teria absolutamente a participação subjetiva do juiz; estaria ela ou na vontade do legislador, ou na vontade da lei, e tal vontade

⁸³ “Todavia, mesmo assim, pensamos que é apenas na *fonte de onde promanam* e no seu *âmbito de abrangência* que súmula e norma se podem distinguir, porque, em substância, ambas têm aptidão para balizar condutas: a norma, emanada do labor legislativo, direcionada aos cidadãos em geral; a súmula, proveniente da atividade judiciária, dirigida aos destinatários, atuais *ou virtuais*, da prestação jurisdicional.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 291.

⁸⁴ “Apenas em uma visão mecanicista, típica do modelo de Estado Legalitário, não se reconheceria aos juízes poder de criação normativa, concepção que, conforme visto, restou superada, especialmente com o advento do Estado Constitucional e a ulterior proliferação de órgãos judiciais incumbidos de salvaguardar suas respectivas constituições. Desse modo, a circunstância de as súmulas vinculantes moldarem a interpretação futura dos casos análogos não pode levar à identificação entre a produção normativa, própria da interpretação jurídica desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, com a produção legislativa do direito realizada pelo próprio Poder Legislativo.” LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 94.

não teria lacunas, em diametral oposição à escola do direito livre judiciário.⁸⁵ Acontece que o direito não está pronto na lei, esperando ser apenas descoberto pelo intérprete, ainda que se parta da segurança que aquela lhe oferece. O processo hermenêutico é criativo, pois que discursivo e dialético, mais ainda diante de conflitos advindos de uma sociedade eminentemente pluralista; e a aplicação da lei se dá no mesmo instante de sua aplicação, através da fusão dos horizontes do texto e do intérprete.⁸⁶ O processo interpretativo, nessa dialética é, portanto, inacabado, pois constantemente influenciável pelo entendimento (quicá novo) do intérprete. Se a palavra hermenêutica deriva em última instância do deus Hermes,⁸⁷ e sua função era de tornar compreensível aos homens o que lhe fosse inacessível, a hermenêutica contém relação com o ato de profanar, no sentido de tornar real o mandamento, adequado aos anseios e necessidades dos homens.

O método lógico-dedutivo de aplicação do direito instaurado com a súmula vinculante segue o entendimento técnico-científico, no sentido de que a EC nº 45 seria válida porque inserida no texto constitucional. Em sentido contrário, alerta-se para a entrada do princípio democrático na Constituição Federal de 1988⁸⁸, que deixa de ser unicamente político, passando a ser também jurídico. É o direito que passa a regular tal princípio: o poder emana do povo. Mas como é que se exprime o poder, embora seja um poder do povo? O art. 5º, II, da Constituição Federal, determina que o povo só deve obediência ao poder a título de lei, o que é decorrência do princípio da dignidade, porque o homem só pode ser objeto de mando de si mesmo. O modo de produção do direito há de ser democrático; o procedimento legitima a democracia, e não a democracia legitima o procedimento.⁸⁹ O direito vincula-se à democracia

⁸⁵ “*Los jueces no se limitan a dar predicados de ‘derecho’, sino dicen lo que el derecho dice y, por tanto, determinan lo que el derecho dice. Y lo que el derecho dice es lo que el derecho es.*” SALMORÁN, Rolando Tamayo y. *Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica.* In: MALEM, Jorge; OROZCO, Jesús; VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.). **La función judicial: ética y democracia.** Barcelona: Gedisa, 2003, p. 57- 83, p. 58.

⁸⁶ “Sendo assim, o círculo hermenêutico ocorre no instante em que o sujeito, através de sua pré-compreensão, participa na construção do sentido do objeto (moldado por tais preconceitos), ao passo que o próprio objeto, no desenrolar do processo hermenêutico, modifica a compreensão do intérprete.” PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional.** Del Rey: Belo Horizonte, 2001, p.35.

⁸⁷ “A palavra grega *hermeios* referia-se ao sacerdote do oráculo de Delfos. Esta palavra, o verbo *hermeneuein* e o substantivo *hermeneia*, mais comuns, remetem para o deus-mensageiro-alado Hermes, de cujo nome as palavras aparentemente derivaram (ou vice-versa?). e é significativo que Hermes se associe a uma função de transmutação – transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender.” PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 24.

⁸⁸ Art. 1.º, *caput*, e § 1.º, do mesmo artigo, da Constituição Federal de 1988.

⁸⁹ “A práxis atua aqui na legitimação da teoria e não a teoria na legitimação da práxis.” HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional.** A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuições para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 33-34.

como a legalidade à legitimidade.⁹⁰ Democracia e Estado de Direito se interdependem e um Estado sem democracia não seria um Estado de Direito, mas um Estado de exceção. Ao conferir competência para o Supremo Tribunal Federal produzir normas gerais e abstratas, o art. 103-A da Constituição Federal estaria ferindo seu art. 5º, II, maculando a súmula vinculante de inconstitucionalidade por incompetência material e fulminando de nulidade os enunciados de súmulas vinculantes. A internalização do princípio democrático, portanto, não possibilita apenas o expurgo de uma súmula vinculante que viesse a contrariar um direito fundamental,⁹¹ mas determina a inconstitucionalidade de todos os enunciados de súmula vinculante; cai por terra o argumento de que aquilo que está na constituição é válido,⁹² porque premissa da legalidade – agora validade – é a discursividade no processo de formação e interpretação da norma: numa democracia não existe conclusão como fim do debate, porque “o seu rosto é aquele que deve ao sonho dos homens.”⁹³

“A legalização na conquista da legitimação”⁹⁴ opera uma inversão no método especulativo: quando a legalidade provém da legitimidade, pressupõe-se a legitimidade como algo abstrato, quando, na verdade, o real é o processo de feitura da lei. A inversão do pensamento especulativo faz do real o fundamento do ideal, e não o contrário; a legitimidade, quando, não está baseada na legalidade, torna-se abstraída e apartada do uso do homem. A legalidade possibilita a invasão do mundo da vida no ordenamento jurídico. A legitimidade abstraída implica a impossibilidade de integração social – a finalidade do jurídico; e o ideal separa o homem de sua criação. A sociedade fragmentada, e assim mantida pelo Estado, é

⁹⁰ “Neste horizonte de compreensão, constituído pela razão comunicativa ou intersubjetiva, sustenta Habermas a tese de que o princípio da democracia e o código do Direito se constituem de modo co-originário isto é: o princípio da democracia aparece como núcleo do sistema de direitos e a gênese lógica desses direitos forma um processo circular no qual o código de direito e o mecanismo para a produção do Direito legítimo, portanto, o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário.” COSTA, Reginaldo da. Discurso, direito e democracia em Habermas, In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA Luiz (Org.). **Direito e legitimidade: Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado**, por ocasião de seu Decanato como Professor Titular de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003, p. 37-52, p. 49.

⁹¹ “No caso de súmula vinculante que viole direito fundamental, por exemplo, não se poderia admitir que ela pudesse prevalecer. Deve-se proclamar a inconstitucionalidade material da tal súmula vinculante e, quando assim reconhecida pelo Supremo, promover a sua extinção de ofício.” AKASHI, Diogo Telles. **Comentários à reforma do poder judiciário**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2006, p. 217.

⁹² Luiz Moreira, ao tratar de tal resposta à legitimidade, diz que “fica estabelecida uma resposta padrão e circular: se algo se encontra na Constituição é porque é legítimo e se se quer buscar a legitimidade basta procurar na Constituição.” BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **A nova separação dos poderes**. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. Apresentação de Bruce Ackerman, p. viii e ix.

⁹³ “Se se admitir que a intenção de concluir comporta a idéia de pôr um ponto final no debate, uma análise da democracia não comporta conclusão. Efetivamente, a democracia não é uma noção cujo conteúdo seja imutável. O seu rosto é aquele que deve ao sonho dos homens.” p.124. BURDEAU, Georges. **A democracia, ensaio sintético**. Tradução de Paulo Antônio dos anjos. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-américa, 1975. (Coleção Saber).

⁹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.49.

consequência da impossibilidade de participação dos cidadãos no consenso. Daí pode acontecer de se fazer, na sociedade apartada e fragmentada, novo espaço de legalidade.⁹⁵

3.4 A sacralização da súmula vinculante

Uma norma que tem o condão de interpretar ou revogar outra norma é tida como superior a que é interpretada ou revogada, porque esta seria objeto da linguagem daquela. A filosofia da linguagem lhe dá o nome de metanorma.⁹⁶ A súmula vinculante tem por objeto a interpretação, validade e eficácia de outras normas, ocupando uma posição de superioridade linguística; ela define o sentido interpretativo de uma norma editada pelo Poder Legislativo. Acontece que a interpretação não é ato neutro, mas de natureza política, pois há que se escolher entre os vários sentidos do enunciado, definindo, portanto, aquilo que deve ser obedecido, proibido ou permitido. O Supremo Tribunal Federal alça-se a uma posição de superioridade em relação ao Legislativo, porque é bastante provável que um projeto de lei tenha dificuldades em sua aprovação quando contrariar súmula vinculante,⁹⁷ além de, na prática, estar excluída a possibilidade de arguição de inconstitucionalidade.⁹⁸ Dá-se mais um viés na juridiciarização da política: a ambiguidade inerente à lei, ao invés de ser resolvida num ambiente de discursividade, passa a ser resolvida pelo poder, e à criação democrática do direito impõe-se sua criação autocrática.

A meta-normatividade da súmula vinculante implica sua sacralização, que se dá pela ausência de controle sobre o órgão de onde provém, pelo retesamento do poder constituinte e pelo esvaziamento da política.

O controle do poder numa democracia é dado pela participação dos cidadãos na formação e interpretação da norma, garantindo a criticidade do direito e a fiscalização de sua aplicação.⁹⁹ A súmula vinculante concede poderes ilimitados ao órgão de onde provém, porque se restringe,

⁹⁵ A favela, vista como o limite de um mundo dominado pela crença da possibilidade próxima (nem sempre real) de consumo, pode ser também vista como esse salto do insuportável para um novo homem, a possibilidade do homem de refazer-se, partindo de sua miséria agora flagrante. Acontece aí a profanação ao consumo, pelo próprio horror flagrado da realidade.

⁹⁶ “A filosofia da linguagem usa a expressão metanorma para definir a norma que tem por objeto outra norma.” LEAL, Rosemiro Pereira et al. *Súmulas vinculantes: sua ilegitimidade no Estado Democrático de Direito. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, ano XXXV, n. 80, jan./jun. 2005, p.41-65, p. 27.

⁹⁷ “Isso, sem falar em dois importantes *efeitos reflexos*, sendo um projetado em face do Legislativo, onde bem pode ocorrer que um projeto de lei experimente dificuldades em sua tramitação, quando seu desiderato se contraponha ao enunciado de súmula do Tribunal Superior [...]” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 297.

⁹⁸ Como também estaria excluída a possibilidade de arguição de ilegalidade no caso da súmula impeditiva de recurso.

⁹⁹ “[...] as súmulas vinculantes não se submetem a uma fiscalização participativa, uma vez que decorrem de imposição dos Tribunais Superiores.” LEAL, Rosemiro Pereira et al., op. cit., 2005, p. 61.

ao mesmo tempo, à participação do juiz e das partes. O espaço aberto de criação do juiz de primeiro grau, com a súmula vinculante, torna-se apertado, tendente a imortalizar a interpretação da lei. Eternizar a interpretação de uma lei é matá-la; só é vivo aquilo que pode morrer. O afastamento do contraditório, da ampla defesa e do próprio juiz em relação ao caso concreto aparta o homem do direito, que, na ausência de uma motivação por parte do juiz, está impedido também de fiscalizar a prestação jurisdicional. O propósito salta aos olhos: a figura do *amicus curiae* foi afastada no procedimento de criação *ex officio* da súmula vinculante.¹⁰⁰ Se a participação do cidadão – juiz, partes e sociedade – no processo de construção da decisão jurisdicional, ou a participação do cidadão na interpretação aberta, faz desta um processo aberto e, portanto, público, a ausência de participação da sociedade aberta no processo de criação da súmula vinculante, de criação do direito, faz deste um instrumento de sacralização do poder.

O retesamento do poder constituinte, entendido este como democracia, ocorre quando se determina igualdade onde, de fato, há diferença; com a súmula, são impostas decisões iguais, aplicadas por um órgão que desconhece as reais diferenças. A súmula vinculante, afastando o povo das decisões – o povo com suas mesquinhas, com seus pequenos-grandes desejos, conhecidos pelo juiz de primeiro grau –, para encontrar a decisão pura, emanada de cima pra baixo, está na mesma mão do pensamento burguês, que fundamentou a restrição ao voto. A decisão que valerá para supostos casos assemelhados, na verdade, desconhece o verdadeiro indivíduo, entendendo que todos aqueles submetidos à decisão são iguais; mas o são apenas abstratamente, e não em suas condições sociais, culturais e econômicas. A ideia pretende ignorar as diferenças que se vivencia justamente por saber de sua força, da potencialidade do homem concreto, do povo real, capaz de tornar viva a força democrática constituinte. Abstrair o povo é uma tentativa de controlá-lo em tal abstração, de fazê-lo distanciado de suas potencialidades. Tornar igual o que é diferente é desmantelar aquilo que poderia ser, em suas diferenças, uma potência.

O esvaziamento da política é implementado pela linguagem do predador, que tem de afastar o terceiro para fazer valer sua vontade.¹⁰¹ O afastamento do Legislativo – esfera política do poder

¹⁰⁰ Assim foi determinado na edição da súmula de nº 2 do STF. Mas não seria aí justamente que se daria a maior necessidade de intervenção da sociedade? “A Corte, durante a sessão administrativa que deliberou sobre a edição do Enunciado nº 2 da Súmula Vinculante, seguiu a manifestação da então Presidente, Ministra Ellen Gracie, acerca da inviabilidade de intervenção do *amicus curiae* quando o procedimento fosse instaurado *ex officio* pelo próprio STF.” DANTAS, Bruno. Súmula vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 179, p.179-189, jul./set. 2008, p. 188.

¹⁰¹ “A lógica do sedutor visa diminuir a distância e procede como se esta tivesse sido abolida ou já não tivesse importância. [...] Paralelamente, observa-se também uma lógica do predador: convencer é vencer. A diferença existe e as alternativas encerram o outro num colete de forças. Passamos assim da diferença denegada à

– evidencia-se no procedimento de criação da súmula vinculante: elaborada por um órgão cujos membros não são provenientes de um processo eleitoral mas têm mandatos vitalícios e no qual não são ouvidos os congressistas,¹⁰² veta-se a discrepância do juiz em relação ao entendimento do Supremo Tribunal com a reclamação¹⁰³ e se vincula seu enunciado ao Legislativo. Acontece que a política se faz no dissenso, na movimentação a que se obrigam aqueles que detêm o poder diante das questões trazidas por aqueles que não o possuem diretamente.¹⁰⁴ O ponto e o contraponto, a proposta e a sua resposta¹⁰⁵ possibilitam a recriação do poder, seu uso; na ausência dessa dança dialética, o consenso se faz pela força, pela ideologia dominante – a ideologia do mercado, que, autônomo, se utiliza da força do Estado para imprimir um permanente estado de exceção, porque o mercado sobrevive na ausência democrática, na precariedade, na insegurança de um cidadão que só se reconhece como consumidor. O Estado, mero gestor,¹⁰⁶ abusado pelo mercado que se faz sacralizado, aparta o homem da política e de si mesmo.

diferença afirmada, a uma lógica do poder, do estatuto, do papel social em suma. Se procuramos convencer alguém, o juiz não é tanto o oponente mas um terceiro, que se impõe como juiz do bom direito, da legitimidade, da diferença. A lógica do predador é excluir o terceiro [...]” MEYER, Michel. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Tradução de Antonio Hall. Lisboa: Edições 70, 1993, p. 136.

¹⁰² “Daí a necessidade da oitiva dos congressistas, o que atenuaria a ilegitimidade da decisão do Supremo Tribunal Federal. [...] É necessário que sejam escolhidos com a participação do Congresso Nacional, e devem permanecer nos cargos por tempo determinado, o que lhes daria mais legitimidade democrática.” ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 129.

¹⁰³ “[...] é imprescindível flexibilizar o procedimento de aplicação da súmula vinculante, abrindo espaço para que o juiz possa manifestar sua discrepância em face do entendimento do Supremo Tribunal Federal, seja antes da aplicação da sumula vinculante, por meio de uma espécie de incidente de prejudicialidade, a ser suscitado pelo juiz junto ao Supremo Tribunal Federal, seja depois no procedimento de reclamação.” Ibid., 2009, p. 130.

¹⁰⁴ Sobre o conceito de política: “é a reclamação da parte dos que não têm parte, e pó isso se constitui em dissenso. Nessa acepção, os que fazem política distinguem-se por pautar os movimentos do outro, do adversário, por impor-lhe minimamente uma agenda de questões sobre as quais e em trono das quais se desenrola o conflito.” OLIVEIRA, Francisco de. Política numa era de indeterminação: opacidade e reencantamento. In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba (Org.). **A era da indeterminação**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 15. (Coleção Estado de Sítio).

¹⁰⁵ Nesse sentido: “toda proposta, e sua resposta, que consiga sair do campo anteriormente demarcado cria um novo campo” Ibid., 2007, p. 15.

¹⁰⁶ Paulo Arantes diz que gestão é o “complexo gestor que se instalou no vazio político deixado pelo Estado engolido pelo reino pré-histórico da mais rasa necessidade econômica.” Ibid., 2007. (Orelha do livro).

4 ESTADO DE EXCEÇÃO

A democracia radica-se na ideia de representação, de modo que não coincidam os sujeitos ativo e passivo das decisões estatais, pois é na irredutibilidade da vontade do povo ao Estado, na dicotomia entre sujeito ativo e sujeito passivo, que se assegura a não convergência da democracia em estatismo. Assim, há um aspecto da norma – lei ou constituição – que não deve ser olvidado: sua racionalidade. A lei é fruto de um processo público de composição de vontades, gerado através da representação, e não somente das eleições;¹ e representação pode ser entendida como negação do arbítrio, já que aos representantes é dado, pelos representados, poder de decisão. Se o Estado não é uma criação pré-jurídica do homem, mas produto da organização social que o institui juridicamente, a norma tem como função mediar entre o indivíduo e os poderes do Estado, e proporcionar a realização das liberdades deste indivíduo. A liberdade é a norma transcendental da legalidade, posto que se torna real tão-somente na legalidade de um Estado que, mais do que legal, seja democrático; o homem é livre porque se submete somente a sua própria vontade, ou seja, a autoridade da lei provém da justificação racional – da autodeterminação. Liberdade, no Estado Democrático de Direito, está além da simples autonomia: significa participação no poder.² É justamente essa participação que deve fazer com que o direito seja, na maioria das vezes, espontaneamente obedecido.³ Trata-se da aquiescência às normas postas por uma escolha racionalizada. O direito vincula a todos igualmente e coordena também a liberdade de todos.⁴ A lei é, então, abstrata e geral: é criação

¹ *Pero en absoluto se puede equiparar elección y representación, aunque la elección es una técnica indispensable en un auténtico, es decir, no sólo simbólico, proceso de representación* LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre La obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 58. (Colección Demos).

² A liberdade como limitação do Estado frente aos indivíduos consubstancia a liberdade do liberalismo, diferente da liberdade da democracia, porque “uma primeira concepção de liberdade é aquela que a toma por equivalente da autonomia. [...]. Assim nasceu uma outra concepção da liberdade, a que poderemos chamar a liberdade-participação, e que consiste em associar os governados ao exercício do poder para deste modo o impedir de lhes impor medidas arbitrárias.” BURDEAU, Georges. **A democracia, ensaio sintético**. Tradução de Paulo Antônio dos Anjos. 3. ed. Lisboa: publicações Europa-américa, 1975, p. 10. (Coleção Saber).

³ “A duração e a ação do poder podem incrementar-se consideravelmente por meio da organização, isto é, pelo fato de se haver instaurado conscientemente uma ordenação normativa, de acordo com a qual levam a termo as suas contribuições para com o poder tanto os súditos como os órgãos, harmonizando-se uns e outros entre si mediante a observação e o mandato.” HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 233.

⁴ “Da conjugação entre segurança e evolução, emana um dos elementos mais específicos da Ciência do Direito. Trata-se da configuração do Direito como sistema. Tal configuração exprime-se mediante a exigência de ser o Direito a ordenação recíproca da liberdade. Como tal, o Direito surge como medida simétrica, equânime,

convencional, e o que é permitido ou proibido o é para todos; é anterior aos fatos, como fruto de um consenso racionalizado. E mais: as limitações à liberdade têm de ser maximamente justificadas, para que os cidadãos identifiquem-se com as normas restritivas numa relação de autoridade, e não de força. Autodeterminação, liberdade, legalidade e autoridade relacionam-se de modo inextricável em um Estado Democrático de Direito.

A vontade política é o instrumento de realização da democracia, onde as forças sociais hão de participar de forma igualitária e ativa. Quando se diz que a democracia é uma impossibilidade,⁵ está-se a justificar o estado de exceção, que se compraz na alienação dos homens em relação à política, fazendo da liberdade uma abstração, porque é apenas na política que “à noção de liberdade substitui-se a expectativa de uma libertação.”⁶ A liberdade é produto da luta do homem⁷ e tão mais real quanto mais disputa política houver entre os atores sociais, quanto mais o consenso se faça do dissenso. A pergunta que se impõe, então, é como controlar a vontade política pelo movimento social? Buscando-se um espaço de controle democrático, pode-se ter uma “forma formante”⁸ do político no avigoramento do Poder Legislativo, que, no Estado Democrático de Direito brasileiro, representa a vontade dos sujeitos de direito. O Legislativo deveria ser, portanto, o órgão máximo de controle político. Dessa forma, a política, que deve pautar o poder, não se sujeitaria a este, mas tão-somente a si própria.

Diz-se, no entanto, que a política não se pode fazer na representação porque o povo não sabe votar e, portanto, não estaria pronto a tomar decisões e decidir sobre os rumos políticos,

vinculando a todos do mesmo modo às suas prescrições.” MOREIRA, Luiz. Dominação das consciências e teologização do Estado. *In*: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org.). **Jürgen Habermas, 80 anos: Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 19-42, p.19.

⁵ “Na verdade, só o excesso de pessimismo ou o oportunismo político é que se satisfazem com a conclusão de que o Estado Democrático é uma impossibilidade.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 306.

⁶ Tomando-se aqui liberdade como fundamento de uma democracia, esclarece-se que “a liberdade não é um dom preexistente que é preciso proteger; é uma faculdade que deve ser conquistada.” BURDEAU, Georges. **A democracia: ensaio sintético**. Tradução de Paulo Antônio dos Anjos. 3. ed. Lisboa: Europa-américa, 1975, p. 14.

⁷ “A idéia dos direitos humanos só foi descoberta no século passado. Não é uma idéia inata ao homem, mas este a conquistou na luta contra as tradições históricas em que o homem antes se educara. Os direitos humanos não são, por conseguinte, uma dádiva da natureza, um presente da história, mas fruto da luta contra o acaso do nascimento, contra os privilégios que a história, até então, vinha transmitindo hereditariamente de geração em geração. São o resultado da cultura; só pode possuí-los aquele que os soube adquirir e merecê-los”. MARX, Karl. **A questão judaica**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2005, p. 32.

⁸ “O poder constituinte é a capacidade de retornar ao real, de organizar uma estrutura dinâmica, de construir uma *forma formante* que, através de compromissos, ordenações e equilíbrios de força diversos, recupera sempre a racionalidade dos princípios, ou seja, a adequação material do político em relação ao social e ao seu movimento indefinido.” NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 423.

o que, obviamente, é uma retórica que ignora a realidade⁹ e que pretende negar a “degenerescência”¹⁰ da vontade dos cidadãos como sendo fator inerente à democracia. O fato que se pretende camuflar é que estará o povo, de qualquer maneira, sujeito a um poder que emana da vontade de outras pessoas, feitas em tutoras de sua vontade. Assim é que as eleições tornam-se processo mecânico à mercê da matemática do poder, que, feitas as eleições, alijam o homem da democracia através do esvaziamento do Poder Legislativo. A democracia torna-se pontual, e ao povo impede-se a participação no processo político, aprisionando-o numa massa numérica. A realidade do homem, assim, resta apartada da esfera pública, concentrando-se o poder nas esferas executiva e judiciária.

Mas o processo democrático é ininterrupto e permeado pela realidade social, através da participação efetiva de todos no processo político. Nesse sentido, é a liberdade do homem, de seus pensamentos e ideias, que trazem ao processo constitucional a realidade que jamais será compacta, porque formada por homens. A sociedade fechada, esta sim, teria uma única voz, porque silenciada as demais. À pretensão de onipotência de uma sociedade fechada opõe-se a potência viva, real, de uma sociedade aberta, que reside exatamente na força criativa plural, multicolorida, incontida. É nessa força viva que se pode falar em legitimidade pela democraticidade. O povo transformado tantas vezes na história em vetor e, imediatamente, em vítima dos acontecimentos históricos, não pode ser considerado como organismo apartado do próprio homem, porque esse pensamento tende a unir a vontade estatal e a vontade do povo, escamoteando as diferenças reais entre uma e outra, na tentativa de afastar o “homem da rua”¹¹ da política. A sociedade do consumo pressupõe justamente essa aparente hegemonia.

⁹ “Basta atentar-se para o fato de que, qualquer que seja a decisão popular, sempre haverá grupos altamente intelectualizados e politizados que irão considerá-la acertada, como haverá grupos opostos, também altamente qualificados, que a julgarão errada.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 107.

¹⁰ “Espíritos inquietos poderiam denunciar como uma degenerescência esta deformação do ideal democrático. Na realidade, essa deformação estava inscrita na própria idéia da democracia, porque se não pode ao mesmo tempo dar o poder ao povo e proibi-lo de o usar de um certo modo. BURDEAU, Georges. **A democracia**: ensaio sintético. Tradução de Paulo Antônio dos Anjos. 3. ed. Lisboa: Europa-américa, 1975, p. 40.

¹¹ “O fantasma que sempre reaparece no *Federalist* é ‘the man in the street’, o homem da rua, quer dizer, a influência das pessoas normais cujos interesses cotidianos estão afetados. São *eles* que devem ser restritos no seu peso político no sistema dos EUA; não podem tornar-se a instância mais poderosa. A consequência é que eles efetivamente não o são: os presidentes (Reagen na sua primeira eleição, Clinton, Bush Jr.) assumem seu cargo com o apoio de um quarto dos participantes das eleições; e a *abstenção* nas eleições para o congresso supera a marca dos 60% (62% no outono de 1994, 64% no outono de 1998). Essa apatia calha bem com a lógica do sistema político formalmente democrático, dirigido oligarquicamente por uma casta de pessoas honoráveis e lobistas do setor privado e do universo político.” Dentro de uma introdução de Ralph Chritensen. Livro: MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 99.

O distanciamento entre o homem e o Legislativo, entre o homem e a política, implica apatia social, “sonambulismo”¹² e alienação do próprio homem, resultando em uma “política da antipolítica”.¹³ A alienação do homem consigo mesmo e com a possibilidade democrática – a política – se opera na religião do consumo, onde o homem idealizado se contrapõe ao homem real. De fato, as “leis dormem”¹⁴ no espetáculo, assim como os homens ficam mediados com o mundo da vida pela imagem, transformados em *homo videns*.¹⁵

4.1 Do “estado de exceção”

Aqui, retoma-se Agamben, no seu entendimento do estado de exceção – teoria recalitrante no descortinamento de um biopoder que invade a vida dos homens nas chamadas democracias modernas. O sentido de estado de exceção intrinca-se aos conceitos de biopolítica, vida nua e *homo sacer*. E mais, é o consumo e o espetáculo que instrumentalizam esses novos mecanismos da modernidade, a transformar os homens em “corpos dóceis”¹⁶, dobráveis e quebradiços; vida nua à mercê de um poder soberano que se insere na vida justamente quando dela se aparta.

O estado de exceção, ao invés de ser mera exclusão, deflagra-se com sua inclusão na norma; a exceção se faz com a suspensão da norma e, portanto, relacionando-se com ela. A exceção não foge à regra, ao contrário, a norma se afasta para que aquela tome seu lugar, fazendo-se, assim, regra. Mas como a exceção nasce como fato que foge à norma e se transmuda, afastando-se desta, na própria regra, a situação de fato se torna situação de direito, e a norma se faz em fato. A exceção suspende a norma, mas ativa o dispositivo de sua vigência, ao se transformar em regra. Daí a temível zona de indiferenciação entre direito e

¹² Uma terceira atitude é possível: o refúgio num torpor apático ou no sonambulismo. Esse comportamento, comprovado pela inexistência inegável das ‘maiorias silenciosas’, é evidentemente uma renúncia política.” GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 349, p. 283.

¹³ “E em muitos países a desilusão e a desconfiança chegaram hoje a um crescimento de frustração, raiva e, por fim, à completa rejeição da política. Finalmente, estamos confrontados com um surto de antipolítica, o que poderíamos chamar de política da antipolítica.” SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional**: como mudam as constituições. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1996, p. 159.

¹⁴ “No espetacular integrado, *as leis dormem*; não foram feitas para as novas técnicas de produção, e sua aplicação é driblada por entendimento de outro tipo.” DEBORD, Guy. **Sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 222.

¹⁵ “Mas o *homo sapiens* está sendo deslocado e substituído pelo *homo videns*, um animal fabricado pela televisão, cuja mente não é mais modelada por construções mentais abstratas, porém por imagens.” SARTORI, Giovanni, op. cit., 1996, p. 162. é o que o autor chama de “videopolítica” e “videodemocracia” SARTORI, Giovanni, op. cit., 1996, p. 162.

¹⁶ “Em particular, o desenvolvimento e o triunfo do capitalismo não teria sido possível, nesta perspectiva, sem o controle disciplinar efetuado pelo novo biopoder, que criou para si, por assim dizer, através de uma série de tecnologias apropriadas, os ‘corpos dóceis’ de que necessitava.” AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 11.

violência que marca o soberano – aquele que institui o estado de exceção excluindo-se dele e, ao mesmo tempo, relacionando-se diretamente com ele. O direito, confundido com o fato e com a violência que marca a exceção, está, na verdade, ausente, porque se faz um limbo onde a lei é vigente como símbolo de sua inexistência, abrindo-se espaço para que se determine tudo aquilo que o soberano entender necessário. O estado de exceção feito em ordenamento normal torna tudo possível,¹⁷ na medida exata da necessidade do soberano. Dois conceitos dessa teoria ganham, nesse momento, relevância: a necessidade e a soberania.

A necessidade, trazida já nesse estudo como avesso da possibilidade de uso e, portanto, como veio que se abre para o abuso, é entendida como justificativa ao estado de exceção, porque é através dela que a lei é apartada, forjando-se uma nova lei, que operando novo reconhecimento pelo direito, faz parecer lícito o que é verdadeiramente ilícito.¹⁸ É a necessidade que inclui a exceção do caso particular na forma da lei, implicando um espaço em branco onde antes habitava o jurídico. A exceção é imposta, assim, quando uma decisão entende da necessidade de uma dada situação, eleita como necessária por uma pessoa ou por um grupo que representa (e concentra) a soberania.

A soberania avizinha-se do estado de exceção, pois é naquela que a vida sacra (ou a liberdade sacra) é insacrificável, mas matável. Isto se dá porque a soberania dos estados constitucionais modernos nasce juntamente com as declarações de direitos dos homens, que, transformando os súditos em cidadãos, faz com que o nascimento do homem torne-se soberbo, necessário, apenas na medida de sua disponibilidade ao poder; se o homem não está disponível ao poder, torna-se descartável, abusável. Soberano é o espaço onde a liberdade foi suprimida sem que se cometa um ato ilegal ou ilegítimo;¹⁹ a sacralidade do homem não é imputável ao bando soberano como um direito fundamental, porque significa, ao mesmo tempo, seu abandono frente ao bando, sua disponibilidade – a liberdade só é válida se presa à vontade soberana, que se faz em direito no momento da decisão do que seja necessário. Dessa forma, o homem relaciona-se com a política apenas na medida de seu abandono, de sua vida

¹⁷ O estado de exceção “irrompeu de seus confins espaço-temporais e, esparramando-se para fora deles, tende agora por toda parte a coincidir com o ordenamento normal, no qual tudo se torna assim novamente possível.” Ibid., 2004, p. 44.

¹⁸ A teoria do estado de exceção, justificando-se na necessidade, “parece atribuir à necessidade o poder de tornar lícito o ilícito” AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 41. (Coleção Estado de Sítio).

¹⁹ Agamben trata da vida do homo sacer. Pretende-se fazer aqui um paralelo, a fim de alcançar o estado de exceção trazido com a súmula vinculante, entre outro direito, que não a vida, mas a liberdade. Portanto, cabem as palavras do autor: “Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera.” (itálico do autor). AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 91.

nua, disponível. Importante salientar que, com a ideia de bando soberano, rechaça-se a passagem do estado de natureza para o Estado como uma passagem não conflitante e contratual, deflagrando-se tal entendimento como o responsável pela paralisia democrática,²⁰ que reconhece a política apenas na estatalidade. Desativa-se a política ao tornar o poder soberano sacralizado, que captura a vida natural nos cálculos do poder – é a biopolítica que possibilita o estado de exceção – organismo onde a lei, ainda que vigorando, nada significa, pois se deixa abandonar e, confundindo-se com a vida, faz o vazio jurídico.²¹

A violência do estado de exceção se imiscui no direito e no Estado quando, suspendendo-se o primeiro e abusando-se do segundo, confunde-se com eles. O estado de exceção é o espaço indiscernível onde se opera “uma combinação de gestão cotidiana com coerção renovada.”²² O Estado assume a guarda da vida natural do indivíduo e este torna-se sujeito de um controle da gestão estatal. A vida nua à mercê da biopolítica, exatamente porque dela excluída, é a herança do biopoder. Se a biopolítica se faz pela exclusão-inclusiva da vida na política, a vida torna-se assim, na política ocidental, nua, com o “singular privilégio de ser aquilo sobre cuja exclusão se funda a cidade dos homens.”²³ E quando a exceção se faz em regra, o político se apodera da vida nua, o fato se apodera do direito e a indistinção confunde o pensamento. A liberdade do homem é, ao mesmo tempo, formal e, portanto, insacrificável, mas como não real, é matável; o *homo sacer*, sagrado, posto em apartamento com sua vida, pode ser, a qualquer momento, corrompido. Agamben referia-se à insacrificabilidade e matabilidade da própria vida no estado de exceção,²⁴ mas, de fato, o conceito é válido também em outro contexto: a exclusão social e a pretensa inclusão contrapõem o *homo sacer* da favela, onde o corpo está à mercê do policiamento agressivo de uma gestão técnica de governo, ao *homo sacer* da classe média, onde sua vida parece protegida somente quando é rendida sua liberdade. A vida nua, excluída da política, é incluída nela como objeto, afastando-se da possibilidade de se recriar. Os direitos fundamentais, tendentes a sacralizar o

²⁰ “Este mal-entendido do mitologema hobbesiano em termos de contrato em vez de *bando* condenou a democracia à impotência toda vez que se tratava de enfrentar o problema do poder soberano e, ao mesmo tempo, tornou-a constitutivamente incapaz de pensar verdadeiramente, na modernidade, uma política não-estatal.” AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p.115-116.

²¹ “Uma pura forma de lei é apenas a forma vazia da relação; mas a forma vazia da relação não é mais uma lei, e sim uma zona de indiscernibilidade entre lei e vida, ou seja, um estado de exceção.” Ibid., 2004, p. 66.

²² OLIVEIRA, Francisco de. Política numa era de indeterminação: opacidade e reencantamento. In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba (Org.). **A era da indeterminação**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 312. (Coleção Estado de Sítio).

²³ AGAMBEN, Giorgio, op. cit., 2004, p. 15.

²⁴ “A estrutura da *sacratio* resulta, tanto nas fontes como segundo o parecer unânime dos estudiosos, da conjunção de dois aspectos: a impunidade da matança e a exclusão do sacrifício.” AGAMBEN, Giorgio, op. cit., 2004, p. 89.

homem, são como porta aberta na qual não se pode adentrar, justamente porque só se pode abrir o que antes estava fechado.

No “estado de emergência permanente”,²⁵ impresso pela necessidade, há uma premissa que se faz característica: a indistinção entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que não se pretende fazer na precariedade, mas na própria norma.²⁶ A indiferenciação entre as funções é vetor para o estado de exceção, justamente porque a limitação recíproca dentre os detentores do poder é premissa para a democracia. No estado de exceção, retorna-se a um ponto onde não se deu ainda a distinção entre os diversos poderes, havendo a plenitude de um dos poderes sobre os demais, numa ideia de plenitude originária de poder, recobrando-se a ideia do “mais forte”. Um estado excepcional ocorre quando o poder político, que é uma vontade determinante, deixa de ser dirigido pela razão que tem por fim o bem da comunidade, caracterizando não mais um Estado de Direito, porque passa a ter por fim o próprio poder.

E o que dizer da chamada democracia constitucional brasileira hoje? Pode-se referir a um estado de exceção? A questão implica um esclarecimento anterior. É que a exceção não é um desmonte isolado em algumas democracias, ela existe para que haja o seu reverso: a norma desenvolvida dos países desenvolvidos contrapõe-se à norma subdesenvolvida dos países subdesenvolvidos.²⁷ A guerra que se trava na atualidade talvez seja mais agressiva, justamente por não ser ela visível e os lados não estarem discriminados. A religião do consumo e a sociedade do espetáculo instrumentalizam a ocultação do domínio da economia e do direito sobre a política. Os atores políticos estão feitos em vidas nuas, em uma massa confusa de *homo sacer*, pertencentes e excluídos de um Estado que não tem força política, mas tem força de gestão opressiva utilizada maximamente para garantir a primazia de um mercado virtual, poderoso e invisível, onde as operações financeiras são feitas furtando-se à vista do homem comum. Vive-se, hoje no Brasil, a normalidade da desordem, aceita sob a opressão de um Estado que passa a ser mero instrumento de imposição da tecnociência e do

²⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p.13. (Coleção Estado de Sítio).

²⁶ “Uma das características do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo.” Ibid., 2004, p. 19.

²⁷ “E mais: se a exceção é a norma subdesenvolvida, só é exceção na perspectiva das nações desenvolvidas. Entretanto, como o capitalismo é ‘desigual e combinado’, incluindo subdesenvolvidos e desenvolvidos, a exceção em que vivemos é o reverso da medalha da norma civilizada, vale dizer, o seu outro.” SANTOS, Laymert Garcia. Brasil contemporâneo: estado de exceção? In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba (Org.). **A era de indeterminação**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 289-352, p. 299.

capital global.²⁸ Quanto ao nome de estado de exceção à chamada democracia constitucional brasileira, talvez mais algumas ideias possam abrir clareiras.

4.2 O soberano Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal do Brasil foi criado em 1890, com mais integrantes do que possui na atualidade (eram 15 juízes), e já nasce na história brasileira como órgão de cúpula do Poder Judiciário.²⁹ O caráter de corte suprema do Supremo Tribunal Federal não permite que se fale numa verdadeira corte constitucional, nem quando foi criado nem nos dias de hoje, diante da vitaliciedade de seus membros e do seu modo de recrutamento – pontos permanentes de crítica.³⁰ Mais, não pode ser chamado de corte constitucional porque integra o Poder Judiciário; o Supremo Tribunal não está fora, nem deveria estar acima, dos outros poderes;³¹ o órgão encarregado de fazer respeitar a constituição não pode ser assimilado por um dos poderes que ele pretende controlar. Além disso, pesa ainda sobre ele a acusação de ser um dos motores da instabilidade política da República.³² Se esse fato é verdadeiro, três fatores podem ser apontados para explicá-lo: o poder simbólico do Supremo Tribunal, sua formação burocratizada e a institucionalização, através dele, de uma autocracia no Brasil.

Sabe-se que o Supremo Tribunal utiliza-se de linguagem técnica, de difícil acesso até mesmo para os mais letrados. É essa linguagem que instrumentaliza o distanciamento em relação à crítica e, ao mesmo tempo, cria uma áurea de sacralidade em torno do Supremo; em tudo, se faz intocável, pois incompreensível. O respeito às suas decisões dá-se não por uma justificativa racional, mas pela sacralidade de suas vestimentas. O poder simbólico do Judiciário – sua sacralização – talvez explique por que não foi acompanhado, da visível

²⁸ “estado de exceção como ponto central de uma articulação ‘invisível’ que liga as rupturas no pensamento da política brasileira às questões de fundo da aliança entre tecnocracia e capital global [...]” SANTOS, Laymert Garcia. Brasil contemporâneo: estado de exceção? In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba (Org.). **A era de indeterminação**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 289-352, p. 289.

²⁹ Ver mais sobre o assunto em: JAYME, Fernando G. **Tribunal constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 140-141.

³⁰ JORNAL DO BRASIL, sábado, 25 abr. 2009, fl A10. “Cezar Britto voltou a defender que o Congresso aprove com urgência a transformação do Supremo em Corte Constitucional exclusiva. Além disso, ele defendeu a fixação de um mandato de dez anos, sem direito à reeleição, para membros do STF. – Está na hora do Congresso Nacional transformar o STF em Corte Constitucional estabelecendo um mandato de dez anos, sem reeleição, para os seus membros – afirmou.”

³¹ “Uma jurisdição fora do aparelho jurisdicional. Esta é a diferença fundamental entre uma Corte Suprema e uma Corte Constitucional: enquanto a primeira está necessariamente – daí seu nome – colocada no cume de um edifício jurisdicional, a segunda está localizada fora de todo aparelho jurisdicional.” FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 33.

³² Afirma-se ter sido o Judiciário, “especialmente o Supremo Tribunal federal, o Poder que mais falhou na República, em grande medida pelo desvio funcional e oportunista de uma ‘justiça [que] esteve sempre a favor das forças dominantes, motivando a instabilidade política.” SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 125.

concentração de poderes que nele se opera, um movimento de reação, seja da sociedade, seja dos membros do Judiciário abaixo dos tribunais, que se encontram alijados do processo constitucional, de forma definitiva, com a súmula vinculante. A democracia brasileira ressent-se da falta de um movimento real rumo à democratização do Judiciário, como se deu em alguns países,³³ que descortinaram o véu de intocabilidade do Judiciário e a violência das decisões impostas aos juízes de primeiras instâncias. Mas se diz que a EC nº 45/04 veio como resposta à crise do Judiciário. É de se perguntar se, diante do estudo aqui feito da súmula vinculante, democratizou-se o Judiciário, expandiu-se o acesso à justiça e se concedeu maior independência aos magistrados.

Lembre-se de que a citada Reforma criou também o Conselho Nacional de Justiça, que tem como um dos propósitos controlar, administrativa e financeiramente, o Poder Judiciário, fiscalizando, pelo controle correcional, o dever funcional dos juízes. Pergunta-se: é suficientemente justificada a sua criação? O Judiciário, antes da EC nº 45, já era controlado internamente pelas Corregedorias dos Tribunais e, externamente, pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas da União.³⁴ Qual seria, então, a finalidade maior do Conselho Nacional de Justiça? Certamente, a de implementar políticas nacionais no sentido de incrementar a prestação jurisdicional, através da modernização e racionalização do aparelho judiciário, a fim de aproximá-lo mais da população e oferecer maior transparência às decisões judiciais. O que se deve verificar é se, de fato, a função de fiscalização, que já era de competência de outros órgãos, não está a se sobrepor a tais metas. O tema demandaria espaço e tempo que, infelizmente, não se permitem nesse estudo. Mas uma crítica pode ter pertinência: o controle exercido pelo Conselho Nacional de Justiça não se trata efetivamente de um controle externo, já que é um órgão interno do Judiciário que legaliza o controle pela cúpula do Judiciário, distante, portanto, de qualquer instrumento de controle democrático. O

³³ “Na Itália, um grupo de juízes decidiu, corajosamente, rebelar-se contra os excessos de conservadorismo, formalismo e oportunismo da magistratura, que, protegida por um manto de solenidade, procurava abafar suas falhas e deficiências e ocultar sob uma máscara de respeitabilidade sua colaboração para as injustiças sociais. E assim surgiu o movimento “Magistratura Democrática”, que teve extraordinária influência na modernização e moralização da magistratura. Na França foi o primeiro Sindicato da Magistratura que desempenhou papel semelhante, abrindo a possibilidade de discussão pública dos problemas ligados à magistratura.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.

³⁴ Não significa uma confusão de competências, já que as penalidades aplicadas pelo Conselho são por motivos e possuem consequências distintas daquelas aplicadas pelo Tribunal de Contas, o que significaria uma maior possibilidade de transparência na atuação do Judiciário. “A aparente superposição de competências não gera prejuízos, pelo contrário, permite uma atuação mais completa e mais próxima das atividades dos administradores do Poder Judiciário, zelando pela sua transparência e probidade. A implementação do Conselho Nacional de Justiça significa acrescentar um órgão fiscalizador específico, constitucionalmente previsto, que em nada afeta ou limita a atual atuação dos Tribunais de Contas ou das Corregedorias.” BASTOS, Márcio Thomas. Conselho Nacional de Justiça e o controle do Poder Judiciário. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, ano 35, n. 99, jan./mar. 2004, p. 9.

controle que ora se faz pelo Conselho Nacional de Justiça mais se aproxima de um instrumento de concentração de poderes justamente no órgão que de forma alguma é limitado, o Supremo Tribunal Federal, oferecendo a este um espaço ilimitado de atuação, uma vez que a competência do Conselho alcança somente os órgãos e juízes situados hierarquicamente abaixo do Supremo. Os juízes de primeira instância agora têm de se ater aos relatórios obrigatórios que deverão ser informados diretamente ao Conselho Nacional de Justiça, enquanto a função jurisdicional lhe é suprimida, pelo esvaziamento do controle difuso de constitucionalidade e pela imposição dos enunciados de súmulas vinculantes. E mais: ao caráter técnico e incompreensível da linguagem do Supremo, acopla-se a linguagem numérica, de estatísticas, de fácil acesso – mas burocratizada – do Conselho Nacional de Justiça; o homem comum, na ânsia de compreensão, apega-se ao Conselho e, por tabela, ao Supremo, como parâmetro de transparência e eficiência do poder, quando, na verdade, está-se diante de mais um instrumento de burocratização do poder no Brasil.

Mas é o próprio Judiciário que nasce de forma burocrática – herança do modelo napoleônico, que deixou também como legado seu caráter militar.³⁵ Aqui cabe um paralelo com a organização jurídica numa democracia e organização do poder militar,³⁶ até porque pode haver mais que simples aproximações entre a emergência que justificou a violência militar em época recente no Brasil e a violência que instrumentaliza o poder econômico. Enquanto na organização jurídica existe uma preocupação com a legitimidade, na organização militar a preocupação é simplesmente técnica;³⁷ nesta, são garantidas a certeza e a segurança, mas, para tanto, não sobra espaço para a autodeterminação³⁸ – o que é precisamente a marca

³⁵ “Com efeito, a forma de organização do Judiciário vigente entre nós é ainda uma reprodução do modelo napoleônico, concebido para fazer face à conjuntura de crise política vivida pela facção dominante da burguesia, no início do século XIX, em sua luta contra as tendências democráticas e populares da Revolução Francesa liderada por Robespierre. Daí sua configuração hierárquica, permitindo seu controle por uma cúpula da confiança do chefe do Poder Executivo. Outro fator relevante na forma de estruturação do Judiciário foi a formação militar de Napoleão, levando-o a articular o Judiciário em escalões de magistrados, tal como ocorre nas organizações militares.” ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 37-38.

³⁶ “segundo o paralelismo já apontado entre emergência militar e emergência econômica que caracteriza a política do século XX [...]” AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 37. (Coleção Estado de Sítio).

³⁷ “Este aspecto técnico de direito que se manifesta algumas vezes na determinação racional do conteúdo jurídico e outras na certeza da execução, é o que chamamos de segurança jurídica.” p.2.” HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 234.

³⁸ “[...] eliminando em boa parte a autodeterminação individual, acha-se em condições de assegurar, da maneira como acontece na forma econômica de divisão do trabalho da grande empresa racionalizada de nossos dias, uma previsibilidade da formação de poder que a forma jurídica nunca pode alcançar, uma vez que, devido à sua função de ordenação universal, que não lhe permite racionalizar-se por completo, permanece nela uma ampla margem de espontaneidade.” p.234.” HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 234.

da ordem jurídica, no sentido de que suas normas não devem ser somente fielmente executadas, como também desejadas. A organização do Judiciário brasileiro – burocrática; não democrática – obedece aos princípios de verticalização do poder, tornando possível a tomada de decisões de forma soberana por parte da cúpula do Judiciário. A estrutura burocratizada possui ainda uma implicação: a formação de um juiz de carreira,³⁹ mais preocupado com sua imagem diante do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que com seu dever de justiça perante os jurisdicionados.

Faz-se o Judiciário burocrático porque sua estrutura administrativa nasce já excluindo de todo e qualquer controle tal poder, implicando-se “fora” do sistema democrático de freios e contrapesos demarcado pela Constituição Federal de 1988. De fato, a hierarquia administrativa do Poder Judiciário acarreta inevitável controle administrativo exercido pelos Tribunais em relação aos juízes de primeira instância. Os juízes de primeiro grau ingressam na carreira através de concurso público de provas e títulos. Por meio da antiguidade e merecimento, são escolhidos para compor os Tribunais pelos seus próprios membros. O voto é dado apenas pelos membros do Tribunal, concentrando em pouquíssimas mãos o poder administrativo sobre o restante da magistratura. A verticalização do poder acaba por concentrar a função administrativa do Judiciário numa cúpula, que decide, por critérios um tanto subjetivos, qual magistrado irá ascender na estrutura, fazendo deste um refém, quando se pensa que é esse mesmo Tribunal que irá reformar ou não as decisões de primeiro grau. Ou seja, ao controle administrativo exercido pelos Tribunais, soma-se seu controle de revisão das decisões de primeira instância, restando inteiramente sacrificada a necessária independência dos juízes de primeiro grau – pressuposto de toda e qualquer decisão imparcial. Ademais, à burocratização do Judiciário segue-se a autocracia de sua cúpula: com a súmula vinculante, institucionaliza-se o Supremo Tribunal Federal como órgão máximo autocrático, fazendo-o com funções legiferantes e insubmisso a qualquer tipo de controle. Se a democracia estipula uma organização caracterizada pela distribuição do poder, a autocracia caracteriza-se por um processo político que se opera com sua concentração. Os indivíduos estão à mercê do direito ditado pelo Supremo Tribunal Federal, sacrificando-se a lei a uma mera formalidade, sem vigência. Karl Loewenstein alerta, ainda, para a possibilidade de configurações intermediárias

³⁹ “Outro defeito sério do sistema do juiz-servidor público inserido em uma ‘carreira’ é o risco de deixar-se ‘seduzir’ pelo fenômeno patológico do ‘carreirismo’, levando-a a preocupar-se, preponderantemente, com as ‘promoções’ em detrimento dos deveres do cargo e do aprimoramento intelectual, gerando, assim, o afrouxamento das obrigações do cargo e a incompetência técnico-profissional.” ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 46.

que, sendo na essência uma autocracia, se resguardam da força da crítica com uma nova roupagem, inclusive constitucional.⁴⁰ Submetido formalmente à soberania constitucional, o poder autocrático implementa instrumentos de concentração do poder, alçados a um fabricado desejo dos sujeitos de direito. A farsa é entregue à vista, no entanto, quando se perquire a essência de um estado democrático: a formação do poder que se dá de baixo para cima – a coerção de cima para baixo é a forma do agir autocrático. E essa constatação se impõe vis-à-vis à EC nº 45/04 que instituiu a súmula vinculante – disfarce democrático da autocracia.⁴¹

Na verdade, se o Supremo Tribunal Federal vai dizer qual o sentido do texto editado pelo legislador, entende-se que tem aquele mais poder do que este, porque se está diante de uma decisão jurídico-política; como a súmula vinculante é hierarquicamente superior à lei, o entendimento do Supremo do que vem a ser o direito assume caráter definitivo. Ironia é se aperceber que o caráter de metanorma da súmula vinculante está implícito na sua justificativa: se o mesmo enunciado pode ensejar interpretações diversas, soluciona-se o problema produzindo-se um novo texto normativo – a súmula vinculante – que, no entanto, prescinde de interpretação. Então, teríamos normas que poderiam ser interpretadas, e outras não. Mas decidir se uma norma é suficientemente clara a ponto de propiciar sua direta aplicação é função do juiz, pois que isso já é interpretação. Sendo outro a tomar tal decisão, sua posição é hierarquicamente superior a do juiz. Então, o enunciado da lei pode ser interpretado pelo juiz; o Supremo, somente ele, interpreta o enunciado da súmula vinculante. E mais: o conteúdo do enunciado de uma súmula vinculante pode não estar de acordo com a finalidade de um Estado democrático (não há garantia de que um enunciado de súmula vinculante se dê a favor da sociedade); mas, neste caso, a quem se poderia recorrer? Ao guardião da Constituição? Ao Supremo Tribunal Federal? Se assim o for, a ideia de direito, de uma ordem social desejável, está subjugada à vontade de uma cúpula do Poder Judiciário e sobre a qual não recai qualquer argumentação. O guardião da constituição se fez intocável, concentrando o poder político-jurídico na vontade de onze ministros – escolhidos sem a participação efetiva do Congresso e de forma vitalícia –, que controla a constitucionalidade dos demais poderes, sem que essa

⁴⁰ “Este tipo híbrido aparece em nuestros días con gran frecuencia porque los regímenes autocráticos tienen la costumbre de encubrirse adoptando técnicas y procedimientos tomados del constitucionalismo. [...] Para parecer respetable ante el mundo, y quizás, aunque cueste creerlo, también ante los sometidos a su poder, el régimen autocrático o autoritario se siente obligado a someterse por lo menos externa y formalmente a la universalmente aceptada ideología de la soberanía popular.” LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 27, p. 52. (Colección Demos).

⁴¹ “[...] la autocracia iza con ironía la falsa bandera de la democracia.” p. 214. “Em nuestra época tecnológica la autocracia se há completado de tal manera que puede hasta manejar la ley fundamental según su voluntad.” 216. “[...] el traje no es absoluto un traje, sino un disfraz.” Ibid., 1976, p. 219.

vontade esteja submetida a qualquer controle, e que, com a súmula vinculante, passa a criar leis (ou algo com força de lei), vinculando inclusive o Legislativo. Sabe-se que o poder que se faz na força anula qualquer espécie de interpretação, porque a vontade da lei afasta-se para dar lugar a uma força de lei decorrente da vontade do “possuidor da interpretação”.⁴² Por fim, o estado de exceção institucionalizado na cúpula do Judiciário no Brasil⁴³ – marcada pela metanormatividade da súmula vinculante – evidencia-se no fato de que o Supremo não está adstrito ao efeito vinculante, uma vez que ele pode modificar sua posição jurídica anterior. Se era a segurança que a súmula vinculante intencionava, está-se diante da incerteza, com a indistinção entre o direito e sua aplicação e com a emissão de cláusulas abstratas e gerais pelo Supremo Tribunal Federal – concorrente do Congresso Nacional.

4.3 Legislação e jurisdição: democracia x exceção

A concorrência que se abre entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal é frontalmente contrária à exigência democrática de distribuição das funções entre Legislativo e Judiciário. Cabe ao Legislativo, como representante da maioria, encontrar na complexidade social seus valores fundamentais, e ao Judiciário, a garantia de um processo político maximamente aberto.⁴⁴ De fato, numa dinâmica aberta de poder, tanto na formação da política quanto da constituição (que deveriam ser espaços coincidentes), é preciso que os órgãos de competências diferentes para a interpretação constitucional façam-na com critérios também diversos:⁴⁵ o ato legislativo deve interpretar a constituição de maneira diversa à qual o ato jurisdicional a interpreta. Apontam-se, assim, algumas distinções entre a legislação exercida pelo Parlamento brasileiro e a jurisdição exercida pelo Judiciário. A primeira diz respeito à

⁴² “Em suma, nos regimes de força, não existe hermenêutica, nem o que interpretar, pois tanto a vontade da lei quanto a do legislador – se é que existem – cedem o lugar à vontade do intérprete régio, que *retém* o sentido do texto e dele dispõe a seu bel-prazer, como senhor e *possuidor* da interpretação.” COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 34.

⁴³ “Seu poder será soberano, pois aos juízes da Corte Suprema caberá dizer para a sociedade, de modo genérico, o que afirma a lei. Suas palavras valerão mais do que as palavras votadas e aprovadas pelos representantes eleitos pelo povo (Poder Legislativo). Afinal, aos parlamentares apenas caberá produzir a ‘lei no sentido formal.’” CARDOZO, José Eduardo Martins. Pela Reforma sem súmulas vinculantes. **Folha de São Paulo**. Opinião. Terça-feira, 23 mar. 2004. A3.

⁴⁴ “Numa linha também procedimental, tem-se afirmado que a conciliação do constitucionalismo com a democracia exige que se distribuam adequadamente as tarefas entre Legislativo e Judiciário, cabendo àquele, pela força de seu poder representativo da maioria, identificar, sopesar e acomodar os valores fundamentais da comunidade e ao Judiciário, a missão de garantir o funcionamento do processo político de maneira a permitir que seus canais estejam sempre abertos a todos.” SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 73.

⁴⁵ “então o órgão que interpreta com base em uma competência específica deve fazê-lo de *maneira diversa* de outro órgão, dotado de outras competências.” HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuições para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 53-54.

quantidade de atores envolvidos em seus processos: na legislação, vigora a pluralidade de vontades através das disputas entre opiniões divergentes; na jurisdição há duas partes contrapostas e um juiz imparcial. Há diferenças quanto ao método de trabalho: na primeira impera uma ponderação de valores feita abertamente; na segunda, audiências onde geralmente só estão presentes as partes envolvidas no processo. O legislador utiliza-se do critério daquilo que é possível politicamente; o juiz está em busca de uma decisão única e acertada. Por fim, referindo-se especificamente à jurisdição constitucional, enquanto os membros do Supremo Tribunal Federal são eleitos indiretamente para cargos vitalícios e seus atos não estão submetidos a nenhum controle, os parlamentares são eleitos de forma direta e seus atos são passíveis de controle, e, como há limitação temporal dos mandatos, o controle se dá também pelos cidadãos.⁴⁶

A diferenciação entre as tarefas do Legislativo e do Judiciário intrinca-se com a política: se a política só pode existir numa esfera onde haja um efetivo controle recíproco entre os distintos detentores do poder, a distribuição desse poder torna-se imprescindível,⁴⁷ impedindo-se a concentração de funções e estabelecendo-lhes limites recíprocos; evitando-se o arbítrio. Separação de poderes, então, pode ser entendida como distribuição das funções estatais em órgãos distintos. Mas não é raro que esse princípio sirva a interesses de um poder autocrático, pretendendo justificar tanto a negligência de um dos poderes estatais como a usurpação de funções. De fato, alegou-se a impossibilidade de interferência do Judiciário no Legislativo para explicar o esvaziamento do mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro;⁴⁸ e a necessidade de concessão de poderes metanormativos ao Judiciário – com a criação da súmula vinculante – foi exibida como solução de mão única para a alardeada crise deste poder. Neste ínterim, vivencia-se uma democracia somente quando o poder não está concentrado em um só órgão, porque havendo uma oligarquia dirigente, dá-se o controle do político pelo poder, e não o inverso. A concentração de poder no órgão de cúpula do

⁴⁶ Mônia Leal faz um paralelo entre legislação e jurisdição de um modo geral. Utilizando-se das distinções trazidas pela autora, fez-se um liame mais específico em relação ao Supremo Tribunal Federal. Para conferir, ver: LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais Alemã e Norte-Americana.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 88-89.

⁴⁷ “La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político.” LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución.** Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 55. (Colección Demos).

⁴⁸ “garantias fundamentais dos indivíduos, como o mandado de injunção, apenas ornamentam o ordenamento jurídico brasileiro, porquanto a inadequada interpretação das normas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal retirou-lhes a efetividade, não obstante haver subsídios doutrinários a embasar decisões em sentido diametralmente oposto ao da jurisprudência.” JAYME, Fernando G. **Tribunal constitucional: exigência democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 140.

Judiciário brasileiro – coroada com a súmula vinculante – retira a função legislativa do Congresso Nacional, esvaziando o poder que se destacou na história como defensor das liberdades.⁴⁹ Além do mais, se “la política no es sino la lucha por el poder”,⁵⁰ o espaço de disputa deve ser travado prioritariamente no Poder Legislativo, por sê-lo o de maior democraticidade. No entanto, opera-se exatamente o inverso: o esvaziamento do Legislativo frente às medidas provisórias do Executivo e às súmulas vinculantes do Judiciário, ambas com força de ~~lei~~

O Poder Judiciário, uma das funções do Estado Democrático brasileiro, bastando para tanto o fato de ser um poder, importa uma estrutura também democrática, demandando limites para que não ceda à tentação de abusar do poder que lhe fora conferido. Os atos judiciais reduzem-se à obediência da lei – a legalidade é a baliza única do juiz no ato de interpretação e aplicação do direito. É o Poder Legislativo que tem a constituição como assento e se consubstancia em representante da vontade popular, não sendo um poder somente feito – é um *constituindo-se* –, sendo qualquer restrição a ele – agravada quando emana de um poder não representativo – uma ferida aberta em um Estado que se diz democrático. A vinculação do Legislativo ao Judiciário, incutida com a súmula vinculante, depõe a lei num espaço de não-vigência; a lei se torna morta, constituída, sem gerúndio. Ademais, a função legiferante concedida ao Supremo Tribunal Federal afasta o homem real da necessária participação no ato de criação da norma que o irá obrigar. As funções dos três poderes, que deveriam instrumentalizar uma sociedade mais justa e participativa, enredam-se, passando a nomear a democracia de autocracia judiciária. A sociedade queda apartada das formas de expressão de vontade diante do ativismo judicial⁵¹ que se compatibiliza com o estado de exceção, onde norma e fato, lei e sua interpretação, fazem-se num único momento. A política não passa de biopolítica e o homem não passa de *homo sacer*; contudo, “onde quer que a política não

⁴⁹ Exemplos disso é que na República Velha “ao Congresso coube enfrentar as tentativas de exorbitação do Executivo, que propendia a uma política centralizadora e latentemente autocrática [...]. Era a chamada ‘política dos governadores’ O que é o poder legislativo. SALDANHA, Nelson. **O que é o poder legislativo**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 84; e na Ditadura Militar, foram “cassados os deputados e senadores mais renhidamente oposicionistas, a representação parlamentar tendeu a reduzir-se a um papel de títere.” p. 86.

⁵⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 23. (Coleccion Demos).

⁵¹ “Acossado por um sistema jurídico que entende o Parlamento como maculador da pureza herdada da assembléia constituinte, a sociedade vê-se alijada de formas de expressão de vontade e de representação, operada por um ativismo judicial que passa a ser o titular da formulação, da interpretação e da efetividade das normas, reunindo, sob seu arbítrio, as prerrogativas legislativas, judiciais e executivas.” BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **A nova separação dos poderes**. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. Apresentação de Bruce Ackerman, p. xii.

permita à sociedade compreender-se, constituir-se na compreensão, a loucura e o terror levarão a melhor.”⁵²

A incompreensão é a própria zona nevoenta implementada com o estado de exceção, que causa a cegueira dos homens em relação às suas próprias vidas. É que a problemática do estado de exceção excede a contraposição entre dentro e fora do ordenamento, entre lei e aquilo que não pode ser chamado como tal, entre fato e direito, entre norma e sua aplicação, entre Legislativo e Judiciário; limites que se tornam invisíveis diante do *modus operandi* da biopolítica. A necessidade torna-se a fonte da nova lei (situação excepcional); a necessidade de segurança, de celeridade, de uniformização jurisprudencial é a rala justificativa para a criação da súmula vinculante. A concentração de funções legiferantes no Supremo Tribunal Federal argumenta em favor da existência de um estado de exceção no Brasil, posto que a súmula vinculante pode ser tida como medida excepcional que demonstra sua natureza de novo paradigma da ordem jurídica, delegando a um órgão competência legislativa exclusiva do Poder Legislativo – justo o que costuma ser primeiramente desativado pelo estado de exceção.⁵³ Alega-se a impossibilidade de compatibilização entre sujeito de direito e procedimento, apelando-se para a inclusão de um elemento externo,⁵⁴ que, incluindo-se tão-só pelo abandono da norma, passa a ser regra. O estado de exceção brasileiro substitui a representatividade pela judicialização da política.

O sentido de “força de lei”⁵⁵ na teoria moderna do poder constituinte, ao mesmo tempo que significa que existe algo acima da lei – a constituição –, algo lhe está abaixo, como os atos que, em geral, não provenham do Legislativo. Contudo, força de lei é tomada para dar forma de lei a medidas que não o são e que, entretanto, adquirem sua força. Cria-se o antagonismo: tem-se uma lei que pode não ter força e uma medida que, não sendo lei, pode ter sua força. A indeterminação propositada do estado de exceção é flagrada por Agamben num

⁵² NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 27.

⁵³ “Sabe-se que os últimos anos da República de Weimer transcorreram inteiramente em regime de estado de exceção; menos evidente é a constatação de que, provavelmente, Hitler não teria podido tomar o poder se o país não estivesse há quase três anos em regime de ditadura presidencial e se o Parlamento estivesse funcionando.” AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 29. (Coleção Estado de Sítio).

⁵⁴ “Por isto, a negação da possibilidade de adequação entre sujeito e estrutura é sempre a inserção de um elemento externo e hipostasiado para a justificação do poder.” NEGRI, Antonio, op. cit., 2002, p. 45.

⁵⁵ “força de lei que, ao contrário, é um conceito relativo que expressa a posição da lei ou dos atos a ela assimilados em relação aos outros atos do ordenamento jurídico, dotados de força superior à lei (como é o caso da constituição) ou de força inferior a ela (os decretos e regulamentos promulgados pelo executivo).” AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 60. (Coleção Estado de Sítio).

recurso visual que define tal vigor da lei que não provém, no entanto, dela: força de lei⁵⁶ – oposição à lei sem força, sem vigência. Isto se dá porque a passagem da norma para sua aplicação vai muito além de uma operação lógica de subsunção: ao se sair do geral para o particular, afasta-se do ideal para a realidade do homem. Esta passagem é rompida quando se dá um estado de exceção, no qual a súmula vinculante – a força de lei que não é lei – passa a tornar direito o que é fato. A linguagem do enunciado da súmula vinculante não permite a aproximação com o real, operando-se sua imposição simplesmente pela violência,⁵⁷ com a reclamação. Importa o deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica do estado de exceção – sistematizada e permanente. O Supremo Tribunal Federal passa a dizer o direito – fazendo-se soberano⁵⁸ –, colocando-se fora dele, para que se instrumentalize o seu não-sacrifício.⁵⁹ A instrumentalização do estado de exceção – com a técnica da súmula vinculante supostamente necessária à crise – queda oculta aos olhos dos homens, como o raio, que dele só se sabe pela trovoadas.⁶⁰

4.4 O juiz feito em *homo sacer*, o espetáculo e o poder econômico

Se a Constituição Federal de 1988 vincula o Poder Judiciário como um todo e os outros poderes, então os tribunais ordinários e juízes de primeiras instâncias praticam também uma jurisprudência constitucional aberta materialmente, por estarem obrigados à aplicação e interpretação dos preceitos constitucionais.⁶¹ Havendo a necessidade de um controle último – a fim de dirimir as controvérsias entre os poderes e oferecer definitividade à interpretação da constituição –, deve estar este situado fora do Judiciário e de todos os poderes, podendo,

⁵⁶ “O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força de lei). Tal força de lei, em que potência e ato estão separados de modo radical, é certamente algo como um elemento místico, ou melhor, uma *fictio* por meio da qual o direito busca se atribuir sua própria anomia.” Ibid., 2004, p. 61.

⁵⁷ “Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem logos pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real.” AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. Coleção Estado de sítio, p. 63.

⁵⁸ “Que o soberano seja uma lei viva só pode significar que ele não é obrigado por ela, que a vida da lei coincide nele com uma total anomia.” Ibid., 2004, p. 107.

⁵⁹ “Mas quem diz a identidade do grupo, de certa maneira coloca-se fora dele, faz qualquer coisa de diferente: simboliza aquilo que o grupo rejeita e, por conseguinte, enuncia a sua própria exclusão. Precisa então de postular um *logos* (que o implica tanto a ele como aos outros) ou um poder que os impede de o sacrificarem.” MEYER, Michel. **Questões de retórica**: linguagem, razão e sedução. Tradução de Antonio Hall. Lisboa: Edições 70, 1993, p. 140.

⁶⁰ “Convém concluir que haverá uma nova leva, iminente e inelutável, na casta cooptada que gere a dominação e, sobretudo, dirija a proteção dessa dominação. A novidade, é claro, nunca será exposta no palco do espetáculo. Ela aparece apenas como o raio, que só se reconhece por seu estrondo. Essa *substituição*, que vai coroar de modo decisivo a obra dos tempos espetaculares, se efetua discretamente, e embora relacionada a pessoas já instaladas na própria esfera do poder, sob a forma de conspiração.” DEBORD, Guy. **Sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 236-237.

⁶¹ “Com lo cual la totalidad de la jurisdicción ordinaria está obligada en todas las instancias a la aplicación directa de los derechos fundamentales em virtud de la Constitución.” SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Tradução de Luis López Guerra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 64.

somente assim, ser nomeado de Tribunal Constitucional. Há, no entanto, outra saída para o impasse a fim de que se alcance a democraticidade brasileira: se o incremento das liberdades é tarefa da jurisprudência constitucional, ela deve ser feita com a participação do Parlamento, que poderá impedir que os direitos fundamentais acabem por se transformar em *modus operandi* da prevalência do Supremo Tribunal Federal, justificada na tecnicidade inerente à sua função.⁶² Ademais, esta alternativa acopla-se às ideias de natureza criativa da interpretação constitucional e de limitações recíprocas entre os poderes, instrumentalizadas pela máxima participação do Judiciário, mas também do Legislativo na interpretação constitucional. Com isso, se daria a aproximação entre poder constituinte e poder constituído, posto que alçado o Parlamento a ator da interpretação constitucional, deixando o Poder Legislativo de ser abusado – apartado numa interpretação fechada – e passando a ser usado democraticamente com o uso concomitante do poder soberano do povo. À interpretação fechada, individualista e concentrada no órgão do Supremo Tribunal Federal, dar-se-ia uma aberta, fundada no pluralismo e, por isso, capaz de generosamente recriar o direito e a política para e pelo os homens.

A máxima participação do Judiciário na interpretação constitucional pressupõe que todos os juízes e tribunais devam participar deste processo, em condições de igualdade. Além dessa evidência que se relaciona com o princípio da igualdade, a jurisprudência não deixa dúvidas de que é na primeira instância onde verdadeiramente o direito se renova. Nada mais evidente: é no primeiro contato com os casos concretos que a realidade social pode ser inserida no direito e, também, na constituição. São estes juízes que conhecem o homem, seus medos e egoísmos e sua lida diária com as ausências deflagradas numa sociedade violentamente desigual. É aí que a distância entre norma e realidade pode se fazer em aproximação que, sem as confundir, possibilita um direito feito às necessidades de seus cidadãos. Na aplicação de um enunciado de súmula vinculante, no entanto, inexiste a valoração da relação entre o direito e as condutas humanas. É precisamente por isso que decisões que tomem efeito vinculante poderão tornar-se obsoletas em relação à sociedade. De

⁶² “as diferentes técnicas de defesa dos direitos fundamentais são reconduzíveis, em derradeira instância, a uma forma ou outra de controle do Judiciário sobre os demais Poderes. De fato, o Judiciário controla o Legislativo e o Executivo, o primeiro quanto à observância da Constituição e o segundo quanto à observância das leis e também da Constituição.” ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 34 “Parece-nos que, para a doutrina tradicional, a razão da ausência de controle externo ou político dos atos judiciais, residiria no fato de considerar sua função de interpretar e aplicar o direito como uma atividade de natureza essencialmente *técnica*. [...] Em poucas palavras, se o trabalho do juiz é impessoal, mecânico, silogístico, constituindo em estabelecer conclusões necessárias a partir de premissas igualmente necessárias, então, pode ser controlado também mecanicamente, bastando verificar se a interferência se estabeleceu corretamente” ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 71.

fato, no processo, o fluxo de informações (motivação) se dá no sentido inverso do fluxo experimentado pelo ordenamento jurídico⁶³, isto é, opera-se de baixo para cima. Daí que não se pode olvidar que as razões manifestadas na primeira instância serão fundamentais para a apreciação de um eventual recurso, em última instância. Ora, como então se aceitar que haja um bloqueio no fluxo de fundamentação de um processo específico e que esse bloqueio se legitime com a incidência de uma regra pré-definida pelo Supremo Tribunal Federal?

A súmula vinculante retira do juiz de primeira instância o direito de julgar causas que sejam assemelhadas àquelas que já receberam decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, na forma de jurisprudência. Acontece que na democracia, o conflito deve ser tomado como energia criadora de alternativas⁶⁴ e a segurança não pode ser moeda de troca da liberdade como produto do dissenso dialogado.⁶⁵ Porque Estado de direito é aquele que limita o poder estatal para proteger a liberdade individual, enquanto Estado democrático é o que garante a formação legítima da vontade de ação estatal sobre a base da autodeterminação do povo, fazendo com que o povo participe ativamente do poder. Por isso é que é imprescindível o debate político conflitivo, para que se possa dizer da livre associação dos sujeitos de direito.⁶⁶ Nesse contexto, a individualização do fato concreto torna-se pressuposto de um processo político que busca o consenso no dissenso, porque a decisão judicial definitiva de um conflito não abrange somente a norma jurídica aplicável, mas a análise da controvérsia. Se não há verificação e análise sobre a situação de fato controvertida, a decisão judicial torna-se injustificável.⁶⁷ A prestação jurisdicional, a fim de se transformar em processo produtivo

⁶³ No ordenamento jurídico, segundo bem ensinou HANS Kelsen (Áustria, 1881-1973) em sua Teoria Pura do Direito, as normas são alocadas de forma hierárquica, sendo a norma superior o fundamento de criação da norma inferior: enquanto normas superiores são mais abstratas e gerais, normas inferiores são mais concretas e específicas. Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 215-221.

⁶⁴ “A democracia tenderá, portanto a ser mais ‘democrática’ na medida em que a instabilidade conflitiva for capaz de ser aceita como ‘normal’ e a energia de expectativas não confirmadas seja canalizada para alternativas que, no mínimo, sejam capazes de reforçar a autoprodução da ‘identidade’ dos indivíduos. Por outras palavras, trata-se de estabelecer um jogo delicado de conter os pluralismos em nome mesmo da proteção do pluralismo democrático.” ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. *Hermenêutica constitucional e semântica da efetividade no quadro da práxis democrática contemporânea*. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). **Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Del Rey: Belo Horizonte, 2005, p. 657- 678, p. 665.

⁶⁵ “a renúncia à concepção da liberdade como atualização e modificação dialogada de direitos não pode ser suprimida como preço político a pagar pela estabilidade democrática.” *Ibid.*, 2005, p. 676.

⁶⁶ “la discusión política conflictiva entre opiniones, objetivos e intereses diferentes constituye, como pieza imprescindible para la vida de la democracia, uno de los fundamentos de la consociación libre.” SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y constitucion**. Tradução de Luis López Guerra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 44.

⁶⁷ Se puede decir tal vez que faltando los hechos controvertidos, el problema de la justificación de la decisión judicial ni siquiera se pondría, pues no existiría decisión alguna que hiciese que justificar.” RENTERÍA, Adrian. **Discrecionalidad judicial y responsabilidad**. 2. ed. México: Distribuciones Fontamara, 2002, p. 57.

concentrado, concentra tanto a unidade quanto a comunicação nos enunciados de súmulas vinculantes criados pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, separa-se o cidadão de suas circunstâncias próprias, criando uma cisão entre ele e o seu objeto imediato (sua causa, seu juiz). Aquilo que seria uma unidade (seu processo) resta cindido por uma intervenção externa, justamente quando tal intervenção seria a responsável pela unidade. Ora, se internamente a relação está cindida, tal unificação será invariavelmente forçada; forçado também está o espaço de criação democrática dos juízes que estiverem abaixo do Supremo Tribunal Federal.

A força se faz na alienação. Com a implementação da súmula vinculante, o que se pretende é a mecanização da prestação jurisdicional, fazendo do cidadão um ser contemplativo, e retirando inteiramente o agir, a atividade de sua relação direta com o juiz de primeiro grau; este também se faz em homem contemplativo, na obrigação de acatar uma decisão da qual não participou, nem participará. Reconhecendo-se somente nos instrumentos da necessidade, o homem se deixa ser representado por vontade que não a sua.⁶⁸ O espetáculo invade a vida, esvaziando a política e tornando o Estado instrumento do mercado.⁶⁹ Este esvaziamento da política tem na súmula vinculante um dos mecanismos mais privilegiados, pois que se abstrai a discussão democrática para o plano das ideias, esquece-se do fato, do homem e de seus direitos. Mas os direitos existem quando colocados a um homem real, e quando por ele colocados, ou seja, o homem só é capaz de reconhecer os direitos pelos quais lutou porque deles necessita. O direito colocado ao homem, sem que ele tenha consciência do processo, é direito alienado, distante do homem, abstraído de sua realidade. De fato, na democracia moderna, onde os direitos não são simples abstenções do Estado perante direitos inalienáveis do homem, mas, sim, expectativas de que tais direitos possam realizar as necessidades dos homens – não realizadas ainda –, é incompatível a ideia de uma lei imposta de cima pra baixo, sem a participação desse povo, desse homem concreto e suas particularidades. A súmula vinculante – que não é lei, mas tem força de lei – torna-se uma lei posterior às necessidades do homem, posto que lei é o veículo de possibilidade de, mais do

⁶⁸ “A alienação do espectador em favor do objeto contemplado (o que resulta de sua própria atividade inconsciente) se expressa assim: quanto mais ele contempla, menos vive; quanto mais aceita reconhecer-se nas imagens dominantes da necessidade, menos compreende sua própria existência e seu próprio desejo. Em relação ao homem que age, a exterioridade do espetáculo aparece no fato de seus próprios gestos já não serem seus, mas de um outro que os representa por ele.” DEBORD, Guy. **Sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997, p. 24.

⁶⁹ Cabe, afinal, apresentar um conceito de mercado: “O que os liberais chamam de mercado é justamente o sistema de regulação das ações sociais constituído pelo conjunto dessas tomadas de decisões individuais autorreguladoras dos próprios interesses com base na *liberdade* individual” ROCHA, José de Albuquerque. **A lei de arbitragem (Lei 9.307, de 23.9.1996)**: uma avaliação crítica. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 18.

que garantia, aquisição de tais necessidades. A lei, a não ser num Estado abstraído do homem real, não é veículo, é pura força.

É o espetáculo o ator primordial do estado de exceção da atualidade, no momento em que o torna desejável aos cidadãos, mergulhados na apatia política. É do homem contemplativo que se faz o *homo sacer*. Assim é que a exceção se faz definitivamente em regra.⁷⁰ O espetáculo proporcionou a necessidade falaciosa, frente a uma falsa situação de urgência, de desafogar o Judiciário, de dar-lhe segurança e celeridade. O espetáculo, fazendo da vida nua seu material moldável, instrumentalizou o desejo da sociedade, que é, no entanto, falso, porque proveniente de uma necessidade fabricada. A exceção se faz necessária diante de algumas premissas, como “crise” e “segurança”, porque é exatamente aí que a norma se afasta para fazer do fato a norma. A segurança e a certeza seriam garantidas não mais pela lei, mas por aquela que se transmudou em lei – a situação excepcional, a súmula vinculante. Formação e aplicação do direito, norma e fato, tornam-se indistinguíveis.

A necessidade de segurança pretende justificar o afastamento do princípio da legalidade, fazendo da súmula vinculante a normalidade da legislação. E a segurança é o conceito máximo da sociedade burguesa⁷¹ de ontem e do mercado de hoje. A democracia se ausenta dos princípios sobre os quais se funda, porque o estado de exceção viabiliza-se pela lógica da segurança que caracteriza os governos ditos democráticos da atualidade. A religião capitalista, ao renegar o homem e se apoderar de sua vida e de suas liberdades, imprime a ele, pelo consumismo, a culpa pelos dismantelos da modernidade. As liberdades garantidas, seja na constituição ou na lei (o que verdadeiramente não acarreta diferença), ficam adstritas à formalidade, represando a democracia, porque tal formalização é o instrumento a paralisar as forças sociais diante de governos autocráticos. A segurança, força paralisante dos governos, pretende governar a desordem, ordenando-a de acordo com os paradigmas do mercado. A desordem tornada permanente é a justificativa, também permanente, para o estado de exceção. O estrangulamento do direito e a democracia represada são consequências de um mercado que

⁷⁰ “Na medida em que o estado de exceção é, de fato, ‘desejado’, ele inaugura um novo paradigma jurídico-político, no qual a norma torna-se indiscernível da exceção.” AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua. I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 177.

⁷¹ “A *segurança* é o conceito social supremo da sociedade burguesa, o conceito de polícia, segundo o qual toda a sociedade somente existe para garantir a cada um de seus membros a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de sua propriedade.” MARX, Karl. **A questão judaica**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2005, p. 37.

erode o Estado democrático. O esvaziamento do espaço político do juiz de primeiro grau – espaço conflitante e de criação de alternativas – faz parte da lógica do sistema financeiro.⁷²

A globalização trouxe novo autor, no sentido de autoridade, para substituir a vontade popular: o mercado, que não pode prescindir do Estado, de sua força física. A Democracia fica assim comprometida, cindida entre um Estado Poiético, que se volta apenas para os fins econômicos, e um Estado Ético, fazendo do conteúdo do homem – de seus direitos fundamentais – mera idealização. A concentração de poder na cúpula do Poder Judiciário, órgão político por natureza, evidencia a tendência da cultura jurídica contemporânea, que, a serviço do poder econômico, pretende encontrar decisões rápidas e eficazes. Segurança, certeza, uniformidade da jurisprudência, retorno à interpretação clássica, liberdades apenas formais, concentração de poder camuflada constitucionalmente: estar-se-ia vivenciando novamente o Estado liberal?⁷³ Se assim o for, podem ser pertinentes as críticas de Marx a tal Estado.

Marx inverte o método especulativo do pensamento: a substância há de ser o sujeito e o fenômeno, o predicado. Nesse momento, em que a substância torna-se sujeito, a imanência abre espaço para o agir, o transformar. O sujeito, por sê-lo, não desaparece, age, e daí oferece uma compreensão dialética do Estado, porque implica uma noção de causalidade. Consequência de não existir um Estado abstrato, além e acima das partes, é esse Estado não pode mais ser visto como a superação da violência primitiva, pois a sociedade pré-estatal não fora como que “tocada” pelo feitiço de um Estado, que a teria transformado em sociedade civil; foi o próprio homem que concebeu o Estado, tão violento quanto sua própria natureza. O Estado não tem como subordinar o sistema social, pois é por este subordinado, criado, parido; não está acima da sociedade, pois é sua expressão. O Estado é violento, porque violentas são as relações sociais do homem que o criou. Mas o Estado liberal com suas liberdades formais, abstraindo-se do homem real, contenta-se em satisfazer esse homem de modo simplesmente ilusório. A cidadania resta corrompida se os sujeitos históricos reais são

⁷² “De modo que a tese positivista da ‘apoliticidade’ do juiz e de seu trabalho, atualmente, só teria um significado: impedir a penetração no seio da magistratura de uma ‘política alternativa’ à política do ‘sistema’. Por outras palavras, o juiz só pode fazer a política do ‘sistema’.” ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 77.

⁷³ “O relançamento do liberalismo é uma consequência direta da crise do Estado Social (*welfare state*). A tese sustentada pelo liberalismo é que o desmoronamento do Estado Social é decorrência do funcionamento imperfeito do livre jogo dos interesses individuais (mercado) em virtude da interferência estatal.” ROCHA, José de Albuquerque. **A lei de arbitragem (Lei 9.307, de 23.9.1996): uma avaliação crítica**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 16.

tratados como criações do Estado; os sujeitos perdem sua capacidade de ação, como *sociedade civil ideal*. A sociedade há de ser o sujeito, que se expressa como Estado. Esse deve ser o raciocínio, para que não vença a farsa comum: o Estado com um formato livre, sem que o homem realmente o seja. O homem vive uma soberania imaginada, forjada, porque a vida egoísta permanece na sociedade civil, onde o homem é real, na sua vida imediata e egoísta, correndo à margem daquele homem coletivo. Na generalidade, a inserção é apenas imaginada, e, portanto, descompromissada. O que impede a emancipação política é a concepção abstrata da universalidade dos direitos; a concepção dos direitos humanos tem de ser concreta. A constituição só pode existir, de fato, numa verdadeira democracia, onde todos os elementos da coletividade participam da política, conforme a racionalidade do Estado não abstrato.

Pode-se dizer, então, que o Estado, para Marx, precisa ser usado pelos homens, e não o inverso. Esse uso, como já se viu, é dado quando se tem um espaço político aberto aos homens. Entretanto, a decisão judicial forçada e fabricada em massa pela súmula vinculante exime e afasta o homem da política, torna aquela decisão – judicial e política – mais um objeto de consumo: apresentando-se quantitativamente, parece estar à mão do homem, quando de fato, está na de outro.⁷⁴ É que a cultuação do objeto de consumo pressupõe o indiscutível apartamento entre o homem e o objeto a ser cultuado. As coisas perdem seu uso próprio (ou humano) para se tornarem sagradas e, assim, distanciadas do homem. O consumo como religião é justamente aquilo que separa do homem a coisa, pois faz dela objeto eternamente insaciável de desejo. A decisão judicial, afastada do homem em conflito e do homem-juiz, torna-se objeto sagrado, intocável, mas impositivo.

A pergunta última que se deve fazer é: necessita-se de segurança por quê, para quê? Aquele que carece de segurança é o homem frágil, que precisa de proteção. Assim se fecha a teia entre o consumo, a sacralização, a alienação, o mercado e a súmula vinculante: a súmula vinculante anula a vontade social fazendo-a em corpo a ser protegido – primeiro passo para que o Estado se apodere do homem, tornando-o objeto, vida nua, insacrificável e matável. A democracia se mostra perfeita na medida de sua sacralidade; frágil, na medida demandante de uma proteção que poderá, de fato, esvaziá-la. O espetáculo faz com que sejam feitas escolhas em relação aos homens, impostas por falácias que se viabilizam pela imagem numa absoluta

⁷⁴ “Um vestido não traz dívidas, nem um sapato. Nem eu. O dinheiro é que traz dívidas. Em algumas pessoas ele cresce de novo como barba, mas eu estou sempre peladinha. Quando tenho dinheiro no bolso, tenho alguma coisa. E de repente não tenho mais nada, porque ele passou para o caixa da loja. E lá continua valendo a mesma coisa. Está lá e eu o vejo. Não tenho dinheiro nenhum, só que ele está a vinte centímetros da minha bolsa, você entende uma coisa dessas.” 146. MÜLLER, Herta. **O compromisso**. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Globo, 2004, p. 146.

inconsequência e a alienação garante que o homem assista, mas não aja; garante-lhe a vida de espectador.

Finalizando, existe um liame entre democracia e poder econômico? Negar a relação é colocá-la fora do âmbito de debate. Inserir politicamente o debate é admitir que, feito o homem em vida nua, apolítica, alienada e abusada, o mercado financeiro passa a transformar funções estatais em produtoras de mercadorias e o Estado em instrumento de força para que se faça a necessária segurança e se vença a força viva democrática. Admitindo que tenha algum valor esta crítica, não é difícil vislumbrar um órgão a revestir-se do manto constitucional – tão frágil, tão apoderável – para encobrir um estado de exceção a serviço do poder econômico, a distanciar o homem de sua vida política.

CONCLUSÃO

A ambiguidade entre poder constituinte e poder constituído – violência que institui o direito e violência que o mantém – afasta qualquer justificativa para a pretensa distinção entre ambos. Acontece que é no estado de emergência permanente, impresso pela necessidade, que se faz da suspensão da constituição uma premissa. Suspende-se a constituição justamente no momento em que se dá sua sacralização; separar poder constituinte e poder constituído é instrumentalizar a suspensão da constituição, excluindo-a e, ao mesmo tempo, incluindo-a, fazendo-a elemento externo, vetor de sua própria suspensão. Porque, apartada a constituição, seus fundamentos – os direitos – podem ser apenas formalmente garantidos, sem nenhum comprometimento com a realidade. O poder constituinte, apartado do constituído, coloca-se fora e no lugar deste, retirando a potência de não ser do poder constituído, no instante em que o poder constituinte se realiza na relação de exclusão-inclusão. Suspende-se a constituição para que, incluindo-a como paradigma exclusivo, seja ela transformada em instrumento de manipulação e, alheada dos homens, deixe de ser garantia contra a autocracia – que encontra no poder constituinte sua fonte ilimitada de poder.

De fato, quando a constituição determina que todo o poder emana do povo, está a dizer também que, antes de qualquer normatização, há uma decisão política fundamental do titular do poder constituinte, o povo. Considerando-se que o povo se encontra alijado quando da emissão de enunciados de súmula vinculante, estes representam a bandeira na qual se deflagra o apartamento e o abuso da constituição. Por isso, ainda que fosse implementado no Brasil um Tribunal Constitucional, nem assim estaria legitimada a súmula vinculante, pois a criação de lei geral e abstrata pelo Poder Judiciário não deixaria de ir de encontro ao ato de declaração fundamental, que há de ser soberano, pois dele parte a validade das leis.

A criação da súmula vinculante é a cristalização do apartamento entre poder constituinte e poder constituído, esvaziamento da força democrática. A constituição não pode ser usada – democratizada – quando o poder de interpretá-la se concentra na cúpula do Poder Judiciário. A judicialização da constituição é a chave da separação, porque concentra o processo político

de interpretação constitucional, ao mesmo tempo em que relega ao Parlamento o papel pontual de participação durante as eleições. Afastar o Legislativo do processo político é isolar o poder constituído, separando-o do constituinte. Daí porque o estado de exceção caracteriza-se primordialmente pela indistinção entre direito e sua aplicação, porque o que se pretende – a fim de viabilizar o arbítrio – é a indistinção entre o Poder Legislativo e o Judiciário, o esvaziamento da política. Com a súmula vinculante, essa indistinção deixa de se fazer na precariedade, para se fixar na própria norma, fazendo do estado de exceção o estado permanente, e da judicialização do direito – e da política – o paradigma moderno sobre o qual o homem terá que se refazer, se reencontrar.

Mas o homem olha com alívio e resignação para o mundo do espetáculo. É confortável não experimentar o mundo realmente e ficar na posição de expectador, porque criticar o espetáculo implica criticar a si próprio, criticar sua vida nua; agir, ao revés, importa recriar-se dolorosa e ilimitadamente, onde não há espaço para o conforto. A concentração de poderes jurídico-políticos no Supremo Tribunal Federal – com a súmula vinculante – mostra-se como necessidade de um poder que ofereça equilíbrio aos demais, como depositário da fé do brasileiro, quando, ao contrário e sob os olhos, instrumentaliza-se o estado de exceção. Se o agir político é a essência da democracia, a crítica é o instrumento do uso democrático do poder. E a vida – não mais uma vida nua – será possível quando a profanação tornar-se o código da institucionalização. Ou seja, pretendendo-se resgatar o político, através da inversão do pensamento especulativo, a fim de encontrar o pendor prático do pensamento, faz-se da vida do homem não o objeto matável da política, mas sujeito de seu acontecimento. Imprimir força à linguagem do homem e do juiz é profanar, é retirar o corpo do homem de uma vida nua, transformado-o num homem político. O uso do direito fá-lo-á novo, liberto do poder soberano e próximo do homem, que não estará mais sacralizado por ele. O poder feito como estado de exceção esvazia o direito em relação ao homem, à vida. É a política que pode desanuviar o direito sacro do poder constituinte, porque é ela o instrumento que separa a violência do direito. As divergências (jurisprudenciais), ao invés de serem resolvidas na violência, seriam resolvidas no espaço político, onde a força cede lugar ao reconhecimento. A profanação é o espaço de recriação da política e do homem que, no estado de exceção, encontra-se mediado por necessidades fabricadas pelas imagens espetaculares impressas pelo mercado. O consumo como religião é responsável pelo apartamento entre o homem e suas criações, como o são o direito, o Estado e a política. Profanar é restituir ao homem o que é seu, é ato de restituição democrática; o sagrado é o contrário da dialética. O consumo é a

impossibilidade do uso, é o abuso da coisa que deveria ser do homem. Mas já se faz o tempo de desconstrução do que está posto, de crítica da força imposta pelo Supremo Tribunal Federal na política brasileira.

A crítica é o elemento externo na sociedade moderna e, por isso, negligenciado. Mas a democracia realizar-se-á se o homem souber ser livre – de poderes autocráticos e de seu próprio *homo sacer*. Se a legitimidade é um problema do poder, pois o Estado precisa legitimar sua coerção, o uso da força ilegítima pode e deve levar a uma resistência da sociedade, diante de um ilegítimo estado de exceção. O Estado não deve submeter a sociedade e o sistema deve ser controlado socialmente pelo debate. Mas qual debate aberto se faz hoje à súmula vinculante? O homem contemplativo, passivo diante de seu destino, passa a ocupar-se de saídas ilusórias para que não ceda à loucura, ao abandono: aferra-se ao consumo, à posse, justamente porque nada tem.

O que aqui se pretende concluir é que o estado de exceção no Brasil estabelece-se mediante dois fatores complementares: primeiro, pelo apartamento entre poder constituinte e poder constituído; em segundo – que é só possível pela existência daquela separação –, pela sacralização do órgão cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, que cristaliza o apartamento entre poder constituinte e poder constituído na emissão de enunciados de súmulas vinculantes. É apenas o estado de exceção que torna possível a relação entre poder constituinte e poder constituído. É o que torna possível o nexos entre violência e direito. De fato, a onipotência do poder constituinte e a conseqüente anulação do poder constituído é a prevalência de um instrumento que se faz apropriável – a constituição sacralizada – sobre o ordenamento jurídico. É a exclusão-inclusão constitucional: onde estiver a constituição sacralizada, represada nas mãos do Supremo Tribunal Federal, não pode haver a lei – esta é posta de lado; o Legislativo, afastado; o direito, alienado; e a política, criminalizada. Poder constituinte abusado é aquele apartado de sua força democrática, da definição de política; represado, abusado, faz da política a mecanização de um Estado-máquina: produtivo (de mercadorias consumíveis), célere (inclusive no abandono das liberdades) e técnico; estado de exceção diante do *homo sacer*. A tecnicidade do Supremo Tribunal Federal – coroada com um instrumento que decide milhares de casos controvertidos a um só tempo por meio de um mero resumo – retira qualquer discussão em relação ao poder soberano. Os sujeitos de direito são massa numérica diante do biopoder.

Sem se pretender negar a força e as consequências do que é dito, entende-se que, no Brasil, instaura-se um estado de exceção, coroado com a criação da súmula vinculante. Por partes: o povo, presente numericamente nas eleições, não participa das decisões tomadas nas esferas do poder, mas permanece nos cálculos de um Estado tecnicista feito em instrumento para o mercado global. A celeridade e segurança das prestações judiciais – exigência do mercado – pretendem justificar um instrumento que não parece hábil nem mesmo a garantir a celeridade processual. O direito à igualdade – outra justificativa para a súmula vinculante – resta sacralizado, porque se constitucionalmente garantido, é utilizado justamente para se transmutar em desigualdade, considerando-se que a divergência jurisprudencial não é o entrave do ordenamento jurídico, mas sim sua possibilidade de recriação a fim de alcançar a complexidade social, o espaço multicolorido do dissenso. O afastamento do juiz de primeiro grau em relação ao espaço de realidade do homem é mais um instrumento de prevalência da vontade do mercado, que não sobrevive com a vida real do homem; é o mercado que necessita da vida nua, à mercê do biopoder, da linguagem engessada no enunciado da súmula vinculante. É o estado de exceção que faz do direito o fato, e deste a norma; o enunciado da súmula vinculante, pretensamente justificado por decisões reiteradas, transforma o simples resumo da jurisprudência em norma geral e abstrata, a ser aplicada a milhares de casos concretos, numa subsunção lógica, a amordaçar o intérprete com o cadeado da reclamação. Mais que isso, a súmula vinculante nasce no ordenamento jurídico brasileiro acima da lei, é metanorma, suspendendo a lei, fazendo-se incluída justamente na sua exclusão. A função legislativa, ou melhor, o poder constituinte soberano, no Estado brasileiro, caminha para as mãos do Judiciário. O avigoreamento do Poder Judiciário se opera no mesmo sentido do esvaziamento do Poder Legislativo. O enfraquecimento do Legislativo brasileiro, operado no argumento falacioso da ignorância do brasileiro ao votar, torna o homem apropriável pela biopolítica, podendo-se, assim, retirar-lhe a liberdade, pois que sua vida é nua e sua liberdade (ou ausência de liberdade) está disponível ao Estado. O contraditório, a ampla defesa, a inafastabilidade do juiz, a igualdade e o direito à desigualdade, a participação no processo constitucional – os corolários da liberdade –, ainda que sacralizados na constituição, podem ser suprimidos do homem. O homem é cidadão na medida em que não é homem político; dá-se a judicialização da vida (o homem tem de prestar contas ao político) e não a vivacidade da política. O homem sacro de uma vida nua à mercê da política de exceção. O homem-cidadão-jurisdicionado o é ainda, mas não é mais; o homem está excluído da comunidade política, na medida em que é abusado na sua vida nua, sem direito, porque os direitos podem ser arrancados sem que isto venha a ser um ato ilegítimo, ilegal. Os homens, que não sabem votar, que não têm capacidade para influir nas decisões de seus próprios conflitos, pertencem ao poder público, como objetos maleáveis e, a qualquer momento, descartáveis.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**, ano 33, n. 165, p. 218-230, nov. 2008.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 60. (Coleção Estado de Sítio).

_____. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

_____. **Profanações**. Tradução e apresentação de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

AKASHI, Diogo Telles. **Comentários à reforma do poder judiciário**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2006.

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Hermenêutica constitucional e semântica da efetividade no quadro da práxis democrática contemporânea. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). **Direito constitucional contemporâneo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Del Rey: Belo Horizonte, 2005. p. 657- 678.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Efeito vinculante e concretização do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

ARON, Raymond. **O marxismo de Marx**. Tradução de Jorge Bastos. 3. ed. São Paulo: Arx, 2005.

ASSMANN, Selvino José. Apresentação. In: AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 7-8.

BANKOWSKI, Zenon. **Vivendo plenamente a lei**: A lei do amor e o amor pela lei. Coordenação de Ronaldo Porto Macedo Jr. Tradução de Lucas Dutra Bortolozzo, Luiz Reimer Rodrigues Rieffel e Arthur Maria Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus, 2008.

BARRETO, Tobias. **Estudos de direito**. São Paulo: Bookseller, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

BASTOS, Márcio Thomaz. A reforma do judiciário. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, ano VII, n. 148, p. 26, 15 mar. 2003.

_____. Conselho Nacional de Justiça e o controle do Poder Judiciário. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, ano 35, n. 99, jan./mar. 2004, p. 9.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Tradução de Adauto Villela, Geraldo de Carvalho, Julia Sichieri Moura e Eliana Valadares Santos. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2009, p.8. Introdução dos Organizadores: Legitimidade do Estado e a Revisão Parlamentar do Controle de Constitucionalidade. (Coleção ANPR de Direito e Democracia).

_____. **A nova separação dos poderes**. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. Apresentação de Bruce Ackerman, p. xii.

BORGES, Jorge Luis. **História da eternidade**. Tradução de Carmen Cirne Lima. 3. ed. São Paulo: Globo, 1993.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. São Paulo: Lael, 1958.

BURDEAU, Georges. **A democracia, ensaio sintético**. Tradução de Paulo Antônio dos Anjos. 3. ed. Lisboa: publicações Europa-américa, 1975. (Coleção Saber).

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade** – Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas, SP: Millennium, 2006.

CARDOZO, Benjamin. A natureza do processo judicial. **Palestras proferidas na Universidade de Yale**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARDOZO, José Eduardo Martins. Pela Reforma sem súmulas vinculantes. **Folha de São Paulo**. Opinião. Terça-feira, 23 mar. 2004. A3.

CITTADINO, Gisele. O direito e a construção da cidadania. **Revista Ciência Hoje** - Revista de divulgação científica da SBPC, v. 42, n. 253, p. 73-75, out. 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Reginaldo da. Discurso, direito e democracia em Habermas, In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**: Escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado, por ocasião de seu Decanato como Professor Titular de Teoria Geral e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Tradução de Cláudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003. p. 37-52.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A súmula vinculante. In: RENAULT, Sérgio RabelloTamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 29-52.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A arcaica súmula vinculante. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 5, p. 175- 499, p.29-52, jan./jun. 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

DANTAS, Bruno. Súmula vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimação democrática. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 179, p.179-189, jul./set. 2008.

DEBORD, Guy. **Sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

ENDERLE, Rubens. Apresentação. In: MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 14.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. 4. ed. Madrid: Thomson, 2006.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA NETO, Osly da Silva; FREITAS, Petruska Canal. Súmula vinculante: Limitações e possibilidades. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, n. 70, p.86-101, jan. 2009.

GALLUCCI, Mariângela. Legislação de Brasília. **Gazeta mercantil**, terça-feira, 27 maio 1997, Fl. A 12.

GOUVEIA, Alessandro Samartin de. Súmula vinculante e resolução do Senado. Crise na separação dos poderes. **Informativo Jurídico Consulex**, Brasília, ano XXI, n. 27, p.4-7, 9 jul. 2007, p. 6. Edição semanal.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**: A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuições para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. Tradução de Joaquin Brage Camazano. **Direito Público**, Brasília, v. 5, n. 25, p. 189-205, jan./fev. 2009.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Estética**: a idéia e o ideal. In: A FENOMENOLOGIA do espírito / Estética: a idéia e o ideal / Estética: o belo artístico e o ideal / Introdução a história da filosofia. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Nova Cultural, 1980, p. 38. (Série Os pensadores).

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. **Revista da PGT – Revista da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, 2005.

JANSEN, Rodrigo. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**, ano 33, n. 165, p.218-230, nov. 2008.

JAPIASSU, Hilton Ferreira. **Introdução ao pensamento epistemológico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1992.

JAYME, Fernando G. **Tribunal constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KANT, Emmanuel. **Observações sobre o sentimento do belo e do sublime**. Tradução de Vinicius de Figueiredo. Campinas: Papyrus, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KIRCHMANN, Julius Hermann Von. **La jurisprudencia no es ciencia**. Traducción de Antonio Truyol Serra. 3. ed. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1983.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução de Aurélio Wander Bastos. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição constitucional aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais Alemã e Norte-Americana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. Súmulas vinculantes: sua ilegitimidade no Estado Democrático de Direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, ano XXXV, n. 80, p.41-65, jan./jun. 2005.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre La obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976. (Coleccion Demos).

LUCINDA, Elisa. **Lili a rainha das escolhas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. O precedente como restrição à argumentação racional na doutrina de Robert Alexy e a súmula vinculante no direito brasileiro. **Revista repertório de jurisprudência IOB**, São Paulo, v. 1, n. 19, p. 645, 1ª quinzena out. 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARX, Karl. **A questão judaica**. Tradução de Silvio Donizete Chagas. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2005.

MARX, Karl. **Introdução à crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução, apresentação e notas de Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004.

MAUÉS, Antonio Moreira; FONSECA, Mônica Maciel Soares; RÊGO, Lorena de Paula da Silva. Súmula vinculante e direito à igualdade. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI** - Argumenta, Jacarezinho – Paraná, n. 6, p.220-232, 2006.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitucionalismo antigo y moderno**. Traducción: Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

MELLO FILHO, José Celso de. **O Estado de São Paulo**, domingo, 18 maio 1997, p. A4. Política.

MENDES, Gilmar. A reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal. Fórum administrativo. **Direito Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 95-111, jun. 2009.

MENDES, Gilmar. Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro. **Direito Público**, Brasília, ano V, n. 27, p.7- 45, maio-jun. 2009.

MENDES, Gilmar. Súmula vinculante: uma realidade. **Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, ano 19, n. 7, p.21- 23, jul. 2007.

MENDES, Gilmar; PFLUG, Samantha Meyer. Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional nº 45/2004. In: RENAULT Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.327-375.

MEYER, Michel. **Questões de retórica: linguagem, razão e sedução**. Tradução de Antonio Hall. Lisboa: Edições 70, 1993.

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA, Luiz. Dominação das consciências e teologização do Estado. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Org.). **Jürgen Habermas, 80 anos: Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 19-42, p.38.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER, Herta. **O compromisso**. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Globo, 2004.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich. Assim falava Zaratustra. In: GRANDES Mestres do pensamento, 1977.

OLIVEIRA, Francisco de. Política numa era de indeterminação: opacidade e reencantamento. In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba (Org.). **A era da indeterminação**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 15. (Coleção Estado de Sítio).

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1969.

PELICIOLI, Ângela Cristina. A sentença normativa na jurisdição constitucional. **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**, v. 15, p. 329-348, 2009.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Del Rey: Belo Horizonte, 2001.

PESSOA, Fernando. **Obra poética em um volume**. Rio de Janeiro: Companhia José Aguilar, 1969.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coord.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005. (Primeiro Passo).

RENTERÍA, Adrian. **Discrecionalidad judicial y responsabilidad**. 2. ed. México: Distribuciones Fontamara, 2002, p. 57.

ROCHA, José de Albuquerque. **A lei de arbitragem (Lei 9.307, de 23.9.1996): uma avaliação crítica**. São Paulo: Malheiros, 1998.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.

SALDANHA, Nelson. **O que é o poder legislativo**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986..

SALMORÁN, Rolando Tamayo y. Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica. In: MALEM, Jorge; OROZCO, Jesús; VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.). **La función judicial: ética y democracia**. Barcelona: Gedisa, 2003. p. 57- 83.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pala jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Laymert Garcia. Brasil contemporâneo: estado de exceção? In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba (Org.). **A era de indeterminação**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 289-352.

SANTOS, Milton. **O espaço dividido: Os dois circuitos da economia urbana dos países subdesenvolvidos**. Tradução de Myrna T. Rego Viana. 2. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional: como mudam as constituições**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1996.

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Tradução e notas de Vergílio Ferreira. 2. ed. Lisboa: Presença, 1996.

SCHILLER, Friedrich. **Cartas sobre a educação estética da humanidade**. Tradução de Roberto Schwarz. São Paulo: Herder, 1963.

SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y constitucion**. Tradução de Luis López Guerra. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 64.

SIFUENTES, Mônica. A justiça e a “voz das ruas”. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XIII, n. 300, 15 jul. 2009.

SILVA Alessandro da; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O caso da súmula nº 4 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, São Paulo: Anamatra, ano 7, n. 26, p. 141-155.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

TESHEINER, José Maria Rosa. Reforma do Judiciário. **Revista Jurídica**, ano 49, n 286, p. 45-48, ago. 2001.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)