

República Oligárquica *versus* República Democrática

Neste capítulo, perceberemos o caráter contra-revolucionário do constitucionalismo norte-americano através da análise dos artigos federalistas. Perceberemos como a constituição moderna inspirada em Montesquieu baseia-se em um equilíbrio estático dos poderes constituídos em contraposição à alternativa dinâmica de Maquiavel. Percorreremos o que se poderia identificar como dois distintos modelos de república: Um projeto político que nos permite retomar a concepção política maquiaveliana, o projeto de Spinoza em *O Tratado Político*, e o projeto político desenvolvido nos *Artigos Federalistas*.

Pretendemos demonstrar como o equilíbrio dos poderes do governo constitucional misto opera o descolamento do político em relação ao social e juridiciza o político, transformando o homem político em cidadão e operando a vitória do poder sobre a potência. O percurso deste capítulo torna mais nítido o potencial caráter aristocrático da cúpula do judiciário e seu possível papel contramajoritário. Entender a tensão entre o monopólio interpretativo da corte e a democracia e pensar alternativas que permitam o alívio desta tensão em favor do poder constituinte é o que se pretende neste trabalho. Daí a importância das discussões tratadas adiante.

Uma ressalva deve ser feita, contudo. Aqui não se pretende afirmar que o poder judiciário de maneira geral ou que o poder judiciário brasileiro opera necessariamente um freio ou bloqueio aos anseios democráticos. Não é escopo deste trabalho perquirir se os judiciários americano e brasileiro têm utilizado seu poder interpretativo de forma a avançar ou frear conquistas democráticas. O que se pretende é entender a tensão existente entre o instrumental à disposição dos judiciários modernos, o monopólio interpretativo no exercício do poder de revisão ou controle judicial, e a democracia.³⁵⁸

³⁵⁸ Para uma análise de conteúdo acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro ver: BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na*

Apresentaremos a discussão em torno da interpretação da constituição e a solução adotada pelo projeto federalista. A opção do recurso ao povo na interpretação constitucional é conjurada como facciosismo pela retórica apoiada na instabilidade das paixões do povo. A interpretação da constituição é atribuída exclusivamente ao poder judiciário como guardião da constituição e uma solução interna dos conflitos. A discussão será enriquecida pela perspectiva de Carl Schmitt acerca do guardião da constituição e de Benjamin Constant sobre o poder moderador.

O projeto de Spinoza em *O Tratado Político*, que identificamos como um modelo político democrático, será contraposto ao projeto político desenvolvido nos *Artigos Federalistas*, que identificamos como oligárquico, além de apoiado no constitucionalismo e no equilíbrio estático dos poderes da constituição moderna e, em última instância, na constituição mista polibiana³⁵⁹.

O projeto federalista e a doutrina da divisão e equilíbrio dos poderes de Montesquieu, que o inspirou, será contrastado com o projeto político de Spinoza enquanto alternativa de democratização do poder político. A temática do poder constituinte será retomada na medida em que o projeto federalista consubstancia-se em modelo constitucional no qual instituições oligárquicas foram engendradas com a finalidade de neutralizar os desejos populares. O projeto de Spinoza, por sua vez, ao destacar a potência constituinte da multidão como veículo de liberdade exprime a tensão e afirma um poder constituinte potente.³⁶⁰

atuação do Supremo Tribunal Federal. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010.

³⁵⁹ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad.: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 242. Segundo Negri, “O paradigma constitucionalista é sempre o da “constituição mista”, da mediação da desigualdade e na desigualdade, portanto um paradigma não democrático. O paradigma do poder constituinte, ao contrário, é aquele de uma força que irrompe, quebra, interrompe, desfaz todo equilíbrio preexistente e toda continuidade possível. O poder constituinte está ligado à idéia de democracia, concebida como poder absoluto.” Ibid. p. 21.

³⁶⁰ GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. Francisco de Guimaraens enfrenta dois possíveis obstáculos à análise comparativa das obras: a importância do estudo de obras há muito escritas para questões políticas atuais e a identificação dos pontos de contato entre os autores das obras analisadas. Corroboramos a análise do autor no sentido de que “O debate entre Spinoza e os federalistas é atual porque a discussão sobre os modelos políticos oligárquicos e os modelos políticos democráticos é da ordem do dia. A tão divulgada crise da representação política é fruto, dentre outras causas, da impossibilidade de o

A análise se desenvolve tendo por norte artigo de Francisco de Guimaraens e as premissas de que parte o autor: “os federalistas propuseram um modelo oligárquico de república, orientado pela defesa dos proprietários norte-americanos contra os não-proprietários” e “o *Tratado Político* representa uma obra seminal para o desenvolvimento da tendência republicano-democrática do pensamento político”.³⁶¹

O modelo constitucional federalista, que influenciou decisivamente a interpretação da estrutura jurídica vigente nos EUA e em vários outros modelos constitucionais, tem no *Tratado Político* uma alternativa, em diversos aspectos antagônica. O que se verá nos próximos parágrafos, portanto, é um esforço em analisar as duas propostas e, para tanto, faremos uma análise de certas instituições de inspiração oligárquica estabelecidas pela constituição dos EUA e defendidas pelos federalistas e, em contraponto, os mecanismos de democratização do Estado propostos por Spinoza.³⁶²

Muitos são os temas em comum às duas obras. A influência de Montesquieu nos federalistas³⁶³ e o diálogo de Montesquieu com o que se

modelo de representação herdado do século XIX das adequadas soluções para as questões contemporâneas. O desejo de democratização das estruturas políticas é, ao fim e ao cabo, a causa eficiente da crise de representação. O que está em jogo hoje, portanto, é um problema que tanto a república dos Países Baixos, no século XVII, quanto os EUA, no século XVIII, tiveram de enfrentar, problema este que mobilizou uma série de debates filosóficos, políticos e jurídicos nos quais se inserem o *Tratado Político* e os *Artigos Federalistas*. E, tal qual no passado, são apresentadas as mais diversas propostas de solução da crise de representação, algumas orientadas por um espírito democrático, outras por uma ainda maior clausura da experiência democrática.” Quanto ao segundo obstáculo, após analisar variadas teses de explicação da conexão entre Spinoza e os federalistas, Francisco de Guimaraens aponta ser Montesquieu o meio pelo qual Spinoza chegou até os federalistas. Montesquieu influenciou os federalistas e sua concepção política. Aponta Francisco de Guimaraens, ademais, que: “não há dúvidas de que Montesquieu travou diálogo, senão com Spinoza, certamente com o que se considerava spinozismo no século XVIII”. O autor adota, ademais, a tese de Jonathan Israel exposta na obra *Enlightenment Contested: Philosophy, Modernity and the Emancipation of Man*, segundo a qual a relação entre Spinoza e Montesquieu é uma de antagonismo: “A proposta de governo moderado, fundado na prudência aristocrática e na garantia da unidade pela monarquia, consistiria em uma alternativa ao iluminismo radical e a sua variante política, o republicanismo democrático, linhagem na qual Spinoza possui posição de notório protagonismo.” Ibid. p. 1-2; 5-6.

³⁶¹ Ibid. p. 2.

³⁶² Ibid. p. 2.

³⁶³ Ibid. p. 5. “Montesquieu é mencionado pelos federalistas sempre em momentos críticos do texto, alias, talvez nos dois momentos mais críticos da obra. O primeiro deles é o artigo IX, cuja finalidade era defender a reforma da partilha territorial do poder, que levou à substituição da Confederação das treze ex-colônias inglesas pela Federação dos Estados Unidos da América. O livro IX do *Espírito das Leis* é citado explicitamente nesse artigo, no qual se reproduz longo trecho

considerava spinozismo do século XVIII³⁶⁴ são apontados por Francisco de Guimaraens como indícios de que há pontos em comum entre as obras de Spinoza e dos federalistas e de que uma confrontação entre os projetos constitucionais americano e spinozano é possível e útil.

2.1

Spinoza e a república democrática

Spinoza identifica no equilíbrio entre o desejo de governar e o desejo de não ser governado a manutenção da boa ordem, ordem na qual o conflito permanente não é transcendido, mas reconhecido e estabilizado. Trata-se mesmo de uma institucionalização do direito de resistência permanente a atuar como contrapoder em constante vigilância, justamente porque, como ensinou Maquiavel, os tumultos geram boa ordem.

Antonio Negri ensina que Spinoza recuperou a tensão identificada por Maquiavel e a transferiu para o horizonte da metafísica, uma vez que é a partir da categoria do desejo ou, como aponta o autor, da *cupiditas*, enquanto força determinante do processo de constituição do social, que se dá a constituição do político.³⁶⁵

da obra. Mais adiante, no artigo XLVII, Montesquieu é novamente citado, não mais para justificar a união entre os Estados, mas para defesa do modelo de separação de poderes e de governo moderado proposto em *O Espírito das Leis*.”

³⁶⁴ “Para Paul Vernière, vários são os aspectos da obra de Montesquieu a refletir influências spinozanas. A crítica aos milagres, a inerência do movimento à matéria, a definição de lei como uma relação necessária derivada da natureza das coisas e a tendência do ser em perseverar são, para Vernière, evidências inegáveis dos vínculos entre Montesquieu e Spinoza. Yves Citton, por sua vez, é mais cauteloso. Para ele Montesquieu, cuja obra era excessivamente moderada para ser considerada spinozana, não teria praticado o spinozismo e talvez sequer tenha lido a obra de Spinoza em detalhes. No entanto, Citton reconhece que o texto *A defesa do Espírito das Leis* exprime conhecimento de alguns aspectos do pensamento de Spinoza, sobretudo daquilo que significava “ser spinozista” em meados do século XVIII. Mas é de Jonathan Israel a tese em que se sustenta a investigação proposta neste artigo. Segundo o expõe Israel na obra *Enlightenment contested*, sua relação com Spinoza é mais de antagonismo, sobretudo político, do que de convergência.” Ibid. p. 5-6.

³⁶⁵ “Espinoza recupera e aprofunda a definição maquiaveliana, transferindo-a para o horizonte da grande metafísica. Aqui, a trama da constituição do político é sustentada pela expansão progressiva e irrefreável da *cupiditas* como força determinante do processo de constituição do

Para Spinoza, a fundação do estado civil é não apenas democrática mas afetiva³⁶⁶. O estado civil é apresentado como necessidade para que todos juntos sejam mais livres porque mais potentes. Esta é mais uma das características da teoria de Spinoza que o afasta da modernidade da transcendência. Spinoza não expressa uma compreensão individualista da vida política.³⁶⁷

Para Spinoza, o que é comum gera afetos de alegria e é necessariamente bom ao ampliar a potência de agir. O bem está no comum, nos encontros que produzem afetos alegres e variações positivas na potência de agir. O comum, ademais, é constituído em um registro coletivo. O que impulsiona a constituição da sociedade é o medo da solidão e o desejo de viver bem. A utilidade advém do comum e os homens se associam para produzir o útil comum, para vivenciarem o maior número possível de paixões alegres e expandirem sua potência.³⁶⁸

No *Tratado teológico-político*, Spinoza afirma que a falta de cooperação humana leva a que cada homem viva miseravelmente e escravo da necessidade.

social, por sua vez determinada, na formação das instituições políticas, como resultante do entrelaçamento de uma multidão de singularidades. Portanto, ela é superada e sublimada pelo caráter absoluto da síntese democrática, como momento de plena interpenetração entre a vontade de todos e a soberania. Este processo é sempre constituinte, mas também é sempre conflituoso: a potência é ao mesmo tempo irreprimível e aleatória; o processo é sempre recomposto para ser mais uma vez interrompido por uma *cupiditas* que se torne paixão da sociedade e da soberania – e que depois transborda como amor que constitui, na multiplicidade, a própria imagem do deus vivo. *Um deus vivo democrático*.” NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad.: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 423-424.

³⁶⁶ “Dado que os homens, como dissemos, se conduzem mais pelo afeto que pela razão, segue-se que não é por condução da razão, mas por algum afeto comum que uma multidão se põe naturalmente de acordo e quer ser conduzida como que por uma só mente, ou seja, por uma esperança ou medo comuns, ou pelo desejo de vingar algum dano comum. Como, porém, o medo da solidão existe em todos os homens, porque ninguém na solidão tem forças para poder defender-se e reunir o necessário para a vida, segue-se que os homens desejam por natureza o estado civil, não podendo acontecer que eles alguma vez o dissolvam por completo.” ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 47.

³⁶⁷ GUIMARAENS, Francisco. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 136.

³⁶⁸ Ibid. p. 136. “Em Spinoza não é o medo da morte que impulsiona a constituição da sociedade, mas sim o desejo de viver bem, que somente se faz possível em comunidade. Por este motivo, o autor afirma que “nada mais útil ao homem que o homem”. Não é o cálculo racional hobbesiano, fundado no medo da morte, mas sim o desejo positivo de expansão da potência, através da formação de uma comunidade, que se expressa por intermédio do poder constituinte. Os homens se socializam para expandir seus horizontes, para ir além dos limites individuais determinados pelas condições materiais que encontram ao longo de suas vidas, e não para evitar a morte. Os homens se associam para produzir o útil comum, pois tudo “o que conduz à sociedade comum dos homens, ou seja, o que faz que os homens vivam de acordo, é útil, e, inversamente, é mau o que traz discórdia à cidade”.

No pensamento de Spinoza, o estado civil aparece como união necessária para que vivam os homens em segurança e o melhor possível, pois nele o direito natural de cada um sobre todas as coisas é exercido coletivamente e é determinado pelo poder e pela vontade de todos em conjunto³⁶⁹.

No *Tratado Político*, no mesmo sentido, Spinoza aponta que dois corpos juntos podem mais e têm mais direito sobre a natureza do que cada um em separado e acresce que os homens sem o auxílio mútuo dificilmente podem cultivar a vida e cultivar a mente. Por isso, conclui que o direito de natureza pode conceber-se apenas onde os homens têm direitos comuns e podem conjuntamente reivindicar terras para habitar e cultivar, repelir toda a força e viver segundo seu parecer comum.³⁷⁰ “Esse direito que se define pela potência da multidão costuma chamar-se Estado.”³⁷¹

Conforme observamos em tópico anterior, o direito natural em Spinoza é a força de perseveração na existência, a potência, o *conatus*. Observamos, ademais, que o corpo humano é composto de muitos indivíduos de natureza diferente, os quais também são altamente compostos e que, para conservar-se, este corpo humano composto necessita de muitos outros corpos que o regeneram continuamente, pela conservação da proporção de movimento e de repouso dos constituintes. O *conatus* se apresenta, pois, como esforço de autopreservação enquanto sistema de afecções recíprocas entre os constituintes de um corpo e os demais corpos ambientes. Da definição de *conatus*, conforme observamos, decorre, ademais, a definição da essência do homem. A essência do homem é o desejo (*cupiditas*) ou a potência de existir e agir. Esta potência é uma “essência ativa”, atual, imanente e constitutiva de todo o real.

³⁶⁹ SPINOZA, Benedictus de. *Tratado Teológico-Político*. 2ª ed. Lisboa: Martins Fontes, 2008. p. 237.

³⁷⁰ “os homens, sem o auxílio mútuo, dificilmente podem sustentar a vida e cultivar a mente. E, assim, concluímos que o direito de natureza, que é próprio do gênero humano, dificilmente pode conceber-se a não ser onde os homens têm direitos comuns e podem, juntos, reivindicar para si terras que possam habitar e cultivar, fortificar-se, repelir toda a força e viver segundo o parecer comum de todos eles. Com efeito (*pelo art. 13 deste cap.*), quantos mais forem os que assim se põem de acordo, mais direito têm todos juntos.” ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 19.

³⁷¹ Ibid. p. 20. No mesmo sentido: “... o direito do estado, ou dos poderes soberanos, não é senão o próprio direito de natureza, o qual se determina pela potência, não já de cada um, mas da multidão.” Ibid. p. 25.

Em Spinoza, o homem não renuncia ao direito natural, ao próprio *conatus*, quando da constituição da comunidade. Os homens comprometem-se a operar em um registro coletivo, num regime de socialização dos afetos, de afecções comuns e coletivas.³⁷² No estado civil, portanto, os homens abrem mão de pautarem suas ações apenas pelos interesses individuais e cooperam para que possam, em comunidade, viver o melhor possível.

“Acompanhando a concepção de *conatus* de Hobbes, (...) Espinosa diverge de Hobbes sob três aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, porque afirma a indestrutibilidade intrínseca da essência singular, Espinosa formula a conservação ou perseveração no ser como proporcionalidade do *quantum* de movimento e de repouso sem se referir, como Hobbes, à velocidade; o *quantum* da proporção se exprime como *intensidade* atual da força. Em segundo, diferencia entre conservar o seu *estado* (válido apenas para os corpúsculos duros, fluidos e moles que compõe as partes dos corpos propriamente ditos) e perseverar em seu *ser*. Essa diferença, por um lado, reduz o princípio de inércia a um caso particular e subordinado ao *conatus* e, por outro, permite a eliminação de todo vestígio de virtualidade no esforço de autopreservação, pois o *conatus*, essência atual de uma coisa singular, não é “inclinação” ou “tendência” virtual ao movimento ou ao repouso. A distinção entre estado e ser acarreta duas conseqüências políticas decisivas: Espinosa não precisará, como Hobbes precisa, distinguir, no interior do *conatus*, entre *potentia* (o poder de) e o *jus* (a liberdade para), nem precisará, como Hobbes precisa, distinguir entre *potetia* (natural) e *jus civile* (positivo), o que, por sua vez, significa que não precisará introduzir um elemento mediador e legitimador do poder político, isto é, o *auctor* e a *auctoritas*. Finalmente, em terceiro, graças à idéia do indivíduo como integração e diferenciação interna dos constituintes e do princípio de aumento e diminuição da potência ou intensidade da força pelas relações com as potências externas, Espinosa pode conceber a liberdade para além da concepção hobbesiana, isto é, além de defini-la, como Hobbes, pelo não-constrangimento externo e pela vitória sobre os obstáculos externos, define-a primordialmente como causa eficiente interna adequada e, portanto, como força interna de autodeterminação ou como autonomia. Essa concepção de liberdade, deduzida do *conatus*, esclarece por que a democracia é definida por Espinosa como “o mais natural dos regimes políticos”, enquanto Hobbes precisa considerar a monarquia como mais apta para a instituição da *Artificiall Person*, entendida como imposição de um limite ou de um obstáculo ao direito natural ou ao incessante desejo de mais poder.”³⁷³

A teoria spinozana, ao contrário da hobbesiana, se baseia em uma causalidade imanente. Já o *conatus* hobbesiano exprime a ideia de uma causalidade transcendente, posto que o desejo ilimitado de apropriação do mundo exterior só se freia por uma causa externa, qual seja, a fundação do Estado. Tanto Hobbes quanto Spinoza concebem o homem submetido aos afetos, mas o afeto do

³⁷² GUIMARAENS, Francisco. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 137.

³⁷³ CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009. P. 139-140.

medo da morte violenta, em Hobbes, faz com que os homens abdicuem de todos os seus direitos naturais em favor do soberano, que deterá o monopólio do uso da força. Já o medo, no estado de natureza spinozano, que não é o da morte violenta, mas o da solidão, faz com que os homens desejem por natureza o estado civil.³⁷⁴

A liberdade, em virtude da concepção do indivíduo como integração e diferenciação interna dos constituintes e do princípio de aumento e diminuição da potência ou intensidade da força pelas relações com as demais potências externas, pode ser vislumbrada por Spinoza para além da concepção hobbesiana. Além de defini-la, como Hobbes, pelo não-constrangimento externo e pela vitória sobre os obstáculos externos, define-a como força interna de autodeterminação ou como autonomia.

A igualdade, ademais, é pressuposto essencial da liberdade comum, construída no espaço comum. Francisco de Guimaraens acrescenta que o espaço comum não existe quando certos indivíduos detêm privilégios: “qualquer distinção arbitrária e sem fundamentos existente em uma dada sociedade, tende à desintegração da própria, na medida em que gera paixões tristes por demasia”. O privilégio decompõe o comum e leva a que o afeto de alegria seja substituído pela inveja e pelo ódio³⁷⁵: “A alegria socialmente compartilhada reside no que é comum, e não no que é privilégio, distinção de caráter discriminatório”.³⁷⁶

Ao identificar o direito natural com a potência humana e ao afirmar que a liberdade e o viver bem se dão em cooperação e na igualdade, em um regime de socialização dos afetos que permite a expansão da potência individual e coletiva, Spinoza compreende que a democracia é a forma mais natural (a que mais convém à natureza)³⁷⁷ de governo, a mais compatível com a liberdade³⁷⁸: “Em um

³⁷⁴ ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 47.

³⁷⁵ GUIMARAENS, Francisco. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 138.

³⁷⁶ Ibid. p. 138-139.

³⁷⁷ Francisco de Guimaraens bem esclarece que: “o termo “natural” não é utilizado neste caso em seu sentido conferido pelo senso comum. Tal termo não é adotado no presente momento como sinônimo de ordinário, caso contrário o regime mais comum seria a tirania, o despotismo, mas nunca a democracia, tendo em vista a experiência ordinária e cotidiana das coletividades ao longo do tempo. Natural é aquilo que segue a potência, o *conatus*, e sua tendência expansiva; natural é compreender cada ser como uma singularidade que participa da produção ontológica, é considerar

governo radicalmente democrático, não há desigualdade e, conseqüentemente, nenhuma pessoa transfere direitos de tal modo que não possa deter ingerência nos assuntos do governo”.³⁷⁹

Na democracia, se encontram presentes, em maior grau, as condições necessárias para a expansão máxima da potência de agir: “Pode-se, inclusive, construir uma nova fórmula, à *la Spinoza*, a partir dessas ideias: ‘Tanto mais alegria quanto mais democracia’, na medida em que ‘tanto mais comunidade quanto mais igualdade’. Como explica Francisco de Guimaraens, a democracia, ademais, é a forma de governo que admite a possibilidade do múltiplo simultâneo, “de múltiplas experiências imediatas e simultâneas”: “tendo em vista a tendência de expansão dos espaços comuns existentes em uma democracia, os cidadãos podem formar tanto mais encontros adequados quanto mais comunidade for constituída”.³⁸⁰

“Por natureza, os homens desejam governar e não desejam ser governados. Como poderiam formar uma *multitudo* e instituir-se como corpo político? Realizando o desejo natural de não-submissão a outrem. Por isso, a primeira e mais natural das formas políticas é a democracia, único regime capaz de concretizar o desejo de cada um e da *multitudo*, único regime que pode receber o nome de poder absoluto, isto é, público, impessoal, comum e universal.”³⁸¹

que todos participam, de uma maneira singular, do movimento constituinte e, nesta medida, são iguais. Natural é projetar todos para a mesma ordem, a ordem comum da natureza, para o plano de imanência, resistindo-se à dominação.” Ibid. p. 139.

³⁷⁸ “A causa que instaura um corpo político democrático é o desejo de liberdade”. Ibid. p. 143. Ademais: “Mas não é tão somente de desejo que se constrói o mundo. Ainda há de se considerar o amor e a sua relação com o poder constituinte. A definição de amor a ser utilizada de agora em diante é aquela proposta também por Spinoza, segundo a qual “o amor é a alegria acompanhada da idéia de uma causa exterior”. O amor não é a vontade em se unir à coisa amada, isto é, a essência do amor não se encontra no negativo. Spinoza entende que aqueles que vêm no amor algo causado por uma falta não compreendem a essência do amor. A vontade de ter para si a coisa amada é efeito do próprio amor. O amor é, em essência, uma alegria. Seguindo os passos de Spinoza, pode-se dizer que só há alegria onde há comunidade entre as coisas. O homem se alegra ao perceber a existência de algo comum entre ele e outro ser humano ou outra coisa. Amor e comunidade, amor e poder constituinte, neste sentido, caminham juntos necessariamente.” Ibid. p. 170.

³⁷⁹ Ibid. p. 139-140.

³⁸⁰ Ibid. p. 140.

³⁸¹ CHAUI, Marilena. *Público, privado, despotismo*. In *Ética*, Org. Adauto Novaes. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1992. p. 363 Apud GUIMARAENS, Francisco. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 139.

A democracia é identificada por Spinoza como *absolutum imperium*.³⁸² Para Spinoza, somente o regime democrático é absoluto, uma vez que nele a multidão, na qual reside o princípio fundador e legitimador do poder de toda ordem política, coincide³⁸³ com o titular do exercício do poder.³⁸⁴ A democracia é a única forma política em que o poder da multidão e o dos cidadãos coincide, sendo cada cidadão legislador, governante e súdito. A democracia é o mais natural dos regimes políticos porque nela a *cupiditas* de cada um e de todos, o desejo de governar e de não ser governado, é realizado; porque a igualdade do direito

³⁸² “Devemos reconhecer que a democracia não é uma exigência absurda ou inatingível. Quando se refere à democracia como absoluta, Spinoza está presumindo que a democracia é realmente a base de toda a sociedade. A vasta maioria de nossas interações políticas, econômicas, afetivas, lingüísticas e produtivas baseia-se sempre em relações democráticas. Às vezes, nós consideramos espontâneas essas práticas de vida social, e outras vezes achamos que são fixadas pela tradição e os costumes, mas se trata na realidade dos processos civis de troca, comunicação e cooperação democrática que desenvolvemos e transformamos diariamente. Se essas interações democráticas não fossem a base de nossa vida em comum, a própria sociedade seria impossível. Por isto é que, para Spinoza, outras formas de governo são distorções ou limitações da sociedade humana, ao passo que a democracia é a sua realização natural.” HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: Guerra e democracia na era do Império*. Rio de Janeiro: editora Record, 2005.p. 393-394.

³⁸³ “Dessa maneira, a estrutura do campo político se oferece originariamente diferenciada: há o sujeito político soberano – o povo que institui o *imperium* ou o direito natural coletivo –; há o cidadão, que participa do exercício do poder conforme sua distribuição decidida no momento da instituição, participação que é seu poder para fazer as leis e participar do governo; há o governante, que executa o que a soberania decide, dando às decisões a forma da lei positiva ou direito civil; e, finalmente, há o súdito que está obrigado a obedecer às decisões da soberania ou do povo, a respeitar as leis postas pelos cidadãos e a submeter-se aos decretos do governante. Na democracia, todas essas figuras políticas coincidem e também coincidem sua existência empírica e sua existência política. Nos demais regimes, essa coincidência desaparece, uma vez que neles nem todos são cidadãos, embora todos sejam súditos e ainda que, no momento da instituição, todos sejam sujeito político.” CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009. p. 184-185.

³⁸⁴ “Há na democracia três determinações que revelam sua adequação intrínseca ao desejo de liberdade dos cidadãos: em primeiro lugar, nela ninguém une forças para transferi-las a um outro, mas para dá-las a si mesmo enquanto membro de um poder coletivo e público ou, como é dito no *Teológico-político* “nela ninguém transfere seu direito natural para um outro, em proveito do qual, daí em diante, aceitaria não mais ser consultado”; em segundo, e como consequência de ser a democracia *societas civile* em sentido pleno, nela não se passa da condição *sui juris* à de *alterius juris*, mas ao contrário, nela se passa de *alterius juris*, enquanto estado de Natureza, a *sui juris*, enquanto cidadão; em terceiro, por conseguinte, nela o desejo de liberdade política se concretiza, e essa concretização é o aumento da potência do *conatus-cupiditas* que é, enquanto cidadão, causa adequada da cidadania e da soberania. Ora, ser causa adequada ou livre é uma mudança decisiva na potência do *conatus-cupiditas*, pois, passando da passividade à atividade, realiza o movimento pelo qual deixa de apenas *ser parte* de um todo (seja este a Natureza, a *multitudo* ou o *imperium*) para *tomar parte* na potência desse todo. Se a cidade não cria indivíduos – quem os cria é a Natureza – não pode criar indivíduos livres – quem assim se torna é o sábio –, mas pode criar aquilo que a Natureza não cria, pois como diz o Teológico-político, a Natureza não cria povos nem cidadãos, isto é, a Cidade pode criar cidadãos livres que deixam de ser parte da multidão para nela tomar parte ativa, no exercício do poder.” Ibid. p. 183.

natural é mantida como condição da liberdade; porque a soberania não se encontra dividida. O *imperium* não dividido pode ser concebido, portanto, como absoluto.

Tanto a monarquia quanto a aristocracia não são “em si e nem por si”, mas “em outro”, no sentido de terem o princípio de seu poder fora de si, na multidão que conserva sempre a soberania (uma vez que o *imperium* é intransferível). O único regime político que é em si e por si é a democracia³⁸⁵, a democracia da multidão em sua soberania múltipla e imanente.

O princípio multitudinário é, para Spinoza, constitutivo de todos os corpos existentes na natureza. Em Spinoza, os homens constituem um indivíduo coletivo, a *multitudo*, e instituem o *imperium* ou, segundo Marilena Chauí, “o corpo e a mente do poder” (*totius imperii corpus et mens*), ou seja, o direito natural comum.³⁸⁶ O *imperium*, tal qual o *conatus*, é intransferível. O que se distribui é a participação no poder e não a soberania, que permanece na *multitudo*. Explicitando a relação entre imanência, potência da multidão e democracia como forma absoluta, ensina Negri:

“A democracia, qualificada por Maquiavel e Espinosa como “forma absoluta” de governo, torna-se uma possibilidade efetiva: ela transforma a potencialidade teórica em projeto político. O projeto já não consiste em fazer com que o político

³⁸⁵ “A democracia é designada por Espinosa *absolutum imperium* justamente por ser a única forma política em que o poder da *multitudo* e o poder dos cidadãos é idêntico: cada cidadão é legislador, governante e súdito, a potência coletiva sendo com rigor inversamente proporcional à dos cidadãos. Espinosa a considera também o “mais natural dos regimes políticos” porque nela se realiza o desejo natural de todos e de cada um, qual seja, governar e não ser governado. E, no Teológico-político, é considerada a “mais natural” porque mantém a igualdade do direito natural, a condição *sui juris* agora concretizada e, por conseguinte, a liberdade. Nela, ao contrário da monarquia (na qual a proporcionalidade está próxima de zero) e da aristocracia (na qual uma parte da *multitudo* foi despojada do direito de participação no poder), a soberania não se encontra dividida, mas participada. É, portanto, a não-divisão do *imperium* o critério para dizê-lo absoluto.” Ibid. p. 171.

³⁸⁶ “Da mesma forma que a natureza é causa imanente, não transitiva, e se exprime através dos seus efeitos ou modos, assim também no direito comum é a potência da multidão que se exprime. Essa potência, já o dissemos, é intrinsecamente múltipla e insuscetível de uma síntese que a transcenda e reconcilie em definitivo. Para que ela encarne, de fato, o direito comum, isto é, decida e ordene, ela tem que se configurar como império ou domínio sobre cada uma das potências individuais, isto é, tem que ser protagonizada por uma vontade acima da vontade de cada um e funcionar como se fosse uma só mente. Seja, porém, qual for a forma que assumir o império ou o estado, o indivíduo não deixa de se esforçar por ser tanto mais *sui juris* quanto possa. Pode o estado ser detido por um só, por uns tantos, ou por todos: a sua potência ou direito nunca deixa de ser a resultante das potências e impotências do soberano e dos súditos, ou seja, nunca deixa de ser a potência da multidão configurada como um tipo de *imperium*.” AURÉLIO, Diogo Pires. *Introdução: Potência e Direito*. In: Espinosa, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. LV.

corresponda ao social, mas em inserir a produção do político na criação do social. A democracia é o projeto da multidão enquanto força criadora, enquanto deus vivo.”³⁸⁷

O processo de distribuição de poderes, ensina Marilena Chauí, ocorre de acordo com duas normas universais do campo político: a primeira consiste em ser necessário que a potência soberana (civil; do *imperium*) seja inversamente proporcional à potência dos indivíduos (a potência soberana deve ser incomensurável ao poder dos cidadãos tomados um a um ou somados) e a segunda ensina ser necessário que a potência dos governantes seja inversamente proporcional à dos cidadãos (tomados coletivamente, os indivíduos devem ter mais potência que os governantes). Desta forma, a potência ou direito da multidão não se identifica com ninguém, pelo que o governante não se identifica com o poder soberano. Os detentores do poder são os cidadãos enquanto *multitudo*, que podem depor o governante, desde que tenham força para fazê-lo.³⁸⁸

“Havendo espaços comuns, subsiste o principal traço da democracia, a não-submissão de cada um ao desejo particular de outrem, mas apenas ao desejo comum de liberdade. Tal desejo é a causa de um corpo político democrático, o que a torna o regime político mais forte, isto é, aquele onde a potência de uma dada coletividade é elevada ao seu máximo grau, pois não há possibilidade de prevalência da vontade particular de qualquer dos membros que a constituem.”³⁸⁹

No equilíbrio entre o desejo de governar e o desejo de não ser governado, reside a manutenção da boa ordem. Em Spinoza, em consonância com Maquiavel e em polo oposto ao dos contratualistas, o conflito e a relação de forças não cessam com a formação da sociedade civil. No contratualismo, pretende-se a

³⁸⁷ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad.: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 425.

³⁸⁸ CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009. p. 170. “Ele, contudo, não habituado ainda ao estado absoluto, não ousou qualquer tentativa e respondeu aos conselheiros que *além de ter aceite o reino dos aragoneses com as condições que eles conheciam e jurado observá-las religiosamente, e além de não ser de homem quebrar a palavra dada, estava intimamente convencido de que o seu reino permaneceria estável enquanto a segurança do rei não fosse maior que a dos súditos, de tal maneira que nem o rei preponderasse sobre os súditos nem, pelo contrário, os súditos sobre o rei. Com efeito, se uma parte ficasse mais potente do que a outra, a parte mais fraca esforçar-se-ia não só por recuperar a igualdade anterior, mas também por retribuir à outra os danos que dela recebera, de onde se seguiria a ruína de uma delas ou de ambas*. Eu jamais poderia, sem dúvida, admirar o bastante tão sábias palavras, se elas tivessem sido pronunciadas por um rei habituado a mandar em escravos e não em homens livres.” ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 84.

³⁸⁹ GUIMARAENS, Francisco. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 143.

superação da crise constitutiva da modernidade por intermédio do direito e do Estado, através da transferência de direitos por contrato e do mecanismo da representação. Em Spinoza, ao contrário, o direito civil não sublima a política porque o direito natural não cessa com a sociedade civil.³⁹⁰ Em Spinoza, há a institucionalização do direito de resistência permanente (contrapoder) dos cidadãos, enquanto *multitudo*.

Há, portanto, uma solução política de afirmação positiva da paz que repousa no reconhecimento do direito de guerra da multidão como direito de resistência à dominação.³⁹¹ Isto porque, para Spinoza, o desejo de cada um é o de não ser governado e o de governar e, ao mesmo tempo, um afeto só pode ser refreado por um afeto maior que lhe seja contrário.³⁹²

Para Spinoza, ademais, só há liberdade (em uma monarquia) se o povo detiver o controle das milícias e não apenas de forma esporádica, mas em tempos de normalidade, dada a institucionalização do direito de resistência permanente. No capítulo VI do Tratado Político, Spinoza afirma que nada do que respeita à salvação comum deve ser confiado absolutamente à lealdade de alguém, vez que é no interesse da servidão (e não da paz) a transferência de todo o poder para um

³⁹⁰ Ibid. p. 141.

³⁹¹ “A radicalidade de Spinoza está em nos dizer que, na ausência da adequação entre a vontade do soberano e a da cidade (adequação que é “tão difícil quanto rara” visto que ele próprio reconhece, no início do seu último parágrafo do capítulo VII do *TP*, que nenhum Estado foi instituído segundo as condições de uma paz verdadeira), é bem um regime de guerra, latente ou manifesto, que reina necessariamente no próprio cerne do mundo considerado comum. Spinoza nos conduz então a uma solução política de afirmação positiva da paz que repousa paradoxalmente sobre o reconhecimento afirmado do direito de guerra da multidão como direito de resistência à dominação. Para que uma adequação entre as duas vontades (a da cidade e a do soberano) possa realmente se afirmar e se manter, isto é, para que o comum do Direito comum do Estado possa afirmar o Direito comum da multidão, é sobre o direito de guerra (o *jus belli*) da própria multidão – ou seja, o desejo de cada um de não ser dirigido por seu igual [e o vivo sentimento de injustiça experimentado se este desejo for desprezado] – que deverá se apoiar o regime de paz verdadeira e uma vida humana”, numa vigilância permanente em face do exercício do poder soberano instituído.” BOVE, Laurent. *Direito de Guerra e Direito Comum na Política Spinozista*. Tradução de Bernardo e Marcelo Barata Ribeiro. In: Revista Conatus – Filosofia de Spinoza – volume 2 – número 4 – dezembro de 2008, p 93-94.

³⁹² “Um afeto não pode ser refreado nem anulado senão por um afeto contrário e mais forte do que o afeto a ser refreado.” SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Edição bilíngüe Latim-Português. Tradução e notas de Tomaz Tadeu. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 275 (Proposição 7 da parte IV). Ainda: “É, além disso, certo que cada um prefere governar a ser governado.” ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 66.

só.³⁹³ Para que os cidadãos permaneçam sob jurisdição de si próprios e para que permaneçam, portanto, em liberdade, não devem entregar as armas e confiar a fortificação das cidades à lealdade de alguém. Só há liberdade e paz, enfim, se os cidadãos não transferirem absolutamente seu direito para outrem. As seguintes passagens do Tratado Político confirmam o que foi dito:

“um rei está menos sob jurisdição de si próprio, e a condição dos súditos é tanto mais miserável, quanto mais o direito da cidade se transfere absolutamente para ele”³⁹⁴

“para estabelecer corretamente um estado monárquico, é necessário lançar fundamentos firmes, sobre os quais ele seja edificado e dos quais resulte a segurança do monarca e a paz da multidão, de tal modo que o monarca esteja mais sob jurisdição de si próprio quanto mais atender à salvação da multidão”³⁹⁵

“O exército deve ser formado só por cidadãos, sem excetuar nenhum, e por mais ninguém, de maneira que todos tenham de ter armas”³⁹⁶

“para que os cidadãos sejam reconhecidos pelo rei acima de quaisquer outros e permaneçam sob jurisdição de si próprios, tanto quanto o estado civil ou a equidade o consentem, é necessário que o exército seja composto unicamente de cidadãos”³⁹⁷

“para que os cidadãos permaneçam sob jurisdição de si próprios e defendam a liberdade, o exército deve ser constituído só por cidadãos, sem isentar nenhum. Um homem armado está mais sob jurisdição de si próprio que um desarmado, e os cidadãos transferem absolutamente o seu direito para outrem e abandonam-se por completo à lealdade dele se lhe entregarem as armas e confiarem a fortificação das cidades”³⁹⁸

A potência da multidão, neste prisma, ultrapassa o quadro político instituído. O poder constituinte do sujeito constituinte, a *multitudo*, transborda o poder constituído, não sendo engessado em uma transcendência ideal e morta, mas permanecendo potente, na imanência.³⁹⁹ É justamente esta potência da

³⁹³ Ibid. p. 48-49. Capítulo VI, parágrafos 3 e 4.

³⁹⁴ Ibid. p. 51. Capítulo VI, parágrafo 8.

³⁹⁵ Ibid. P. 51. Capítulo VI, parágrafo 8.

³⁹⁶ Ibid. p. 51. Capítulo VI, parágrafo 10.

³⁹⁷ Ibid. p. 70. Capítulo VII, parágrafo 12.

³⁹⁸ Ibid. p. 73. Capítulo VII, parágrafo 17.

³⁹⁹ “O afeto, ou a *cupiditas*, é a essência atual de um ser humano e, na qualidade de essência, possui causas necessárias determinadas e produz efeitos necessários determinados. Da mesma maneira, a práxis política não transcorre num mundo humano contingente nem nasce da deliberação voluntária e racional sobre um possível, mas funda-se no *conatus* e na potência necessária que define a essência atual de cada singularidade humana e suas operações determinadas na ordem necessária da natureza (...) O discurso político (contrariamente à teologia

multidão que se preserva (não é alienada e absorvida pela unidade da transcendência através da metamorfose do contrato) em poder constituinte enquanto força constitutiva do mundo comum e se inscreve ordinariamente na dinâmica política, esta mesma baseada na força e na intensidade de afetos, que se contrários configuram os conflitos inerentes à ordem comum.

Pelo reconhecimento do princípio do conflito como constitutivo da seara política e pela concepção de uma paz que não significa a simples ausência de guerra,⁴⁰⁰ Spinoza reconhece o direito de guerra da multidão, seu direito de pegar em armas a fim de manter os limites do soberano e preservar a sua liberdade. É por entender que a verdadeira paz se deve apoiar sobre o exercício de um contrapoder permanente da multidão, ou seu direito de resistência à dominação, que Spinoza concebe uma vigilância constante em face do exercício do poder soberano instituído.

A multidão, única titular do *imperium* ou da soberania (que não se reduz à unidade, pelo que não se identifica com o governante), pode, pois, depor os detentores do poder, desde que tenha força para fazê-lo⁴⁰¹, isto porque a paz só existe enquanto houver adequação entre as vontades do soberano e da cidade

política) fala de uma “ordem das coisas” que não é transcendente aos agentes e à sua experiência, nem é uma ordem assentada na distinção entre essência possível e existência fática contingente (como faz a tradição platônico-aristotélica cristianizada), nem é, portanto, a ordem normativa do dever-ser precariamente contraposta à contingência ou ao poder ser ou não ser das ações humanas, mas é “uma experiência ordenada nela mesma” porque nela os acontecimentos e as ações não são a superfície contingente de uma necessidade insondável (destino ou providência, à maneira estoica), nem a necessidade aparente imposta por uma Providência (cristã), que tudo causa contingentemente, e sim uma lógica de forças concordantes e conflitantes que instituem a lógica do poder e o exercício da liberdade. Com efeito, somente a crítica do imaginário da contingência pode alcançar uma política na qual poder e liberdade não se excluem.”. CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 151-152.

⁴⁰⁰ ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 44-45. Ainda: “Thus the only way rule of law can be upheld in monarchies, and ‘people can preserve a considerable measure of freedom under a King’, holds Spinoza, here diametrically at odds with Hobbes, is if every conceivable precaution is taken to ensure Royal authority is checked by the people’s Power and armed might. Weapons in the citizens’ hands are as vital for defending the people’s interest in Spinoza as in van den Enden and the brothers de La Court, crucial that is not only against external enemies but also one’s own king (where one is unfortunate enough to have one), as well as oligarchs and usurpers of whatever sort.” ISRAEL, Jonathan I. *Enlightenment Contested: Philosophy, Modernity, and the Emancipation of Man 1670-1752*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 237-238.

⁴⁰¹ CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 170.

(entendido o direito da cidade como o direito coletivo da multidão), estando o direito comum do Estado de acordo com o direito comum da multidão.

A paz depende, portanto, da atividade dos cidadãos e não de sua inércia, de sua autonomia ou liberdade positiva, expressa em potência coletiva, e não de sua liberdade negativa própria do Estado enquanto ordenação transcendente fundada no contrato. Um Estado de inatividade e impotência é, segundo o próprio Spinoza, um Estado de servidão, no qual não há verdadeira paz, mas tão somente ausência de guerra e no qual os súditos não são verdadeiros cidadãos, mas ovelhas ou escravos, onde, enfim, não há uma verdadeira cidade, mas uma solidão.⁴⁰²

A democracia não é, pois, o regime de ausência de conflitos, mas o regime da paz. A concórdia deriva da constituição do comum. Se a paz “é comunidade, espaço comum, direitos exercidos de forma concreta, constitutiva e coletivamente”, apenas “em um regime radicalmente democrático se faz admissível a construção de espaços comuns; espaços estes a serem constituídos no exercício do poder constituinte”. A afirmação da paz depende da eliminação das causas do medo e do terror, dos afetos de tristeza que reduzem a potência de agir da coletividade.⁴⁰³

“A adequada comparação entre o pensamento político de Spinoza e as teses federalistas requer uma análise cuidadosa de certos elementos da obra incompleta de Spinoza, o *Tratado Político*. Nesta obra, Spinoza se debruça nos pormenores da reflexão sobre os diferentes modos de organizar o Estado. Se no *Tratado Teológico-Político* a opção democrática spinozana já é extremamente nítida, no *Tratado Político* esta opção se revela ainda mais profunda, visto que Spinoza não faz qualquer negociação com as teorias de formas mistas de governo e subordina a monarquia e a aristocracia a elementos institucionais democráticos. Para

⁴⁰² “Porque os homens não nascem civis, fazem-se (...) Da cidade cujos súditos, trânsitos de medo, não pegam em armas, deve antes dizer-se que está sem guerra do que dizer-se que tem paz. Porque a paz não é ausência de guerra, mas virtude que nasce da fortaleza de ânimo: a obediência, com efeito (*pelo art.19, cap. II*), é a vontade constante de executar aquilo que, pelo decreto comum da cidade, deve ser feito. Além disso, aquela cidade cuja paz depende da inércia dos súditos, os quais são conduzidos como ovelhas, para que aprendam só a servir, mais corretamente se pode dizer uma solidão do que uma cidade.” ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 44-45. Ainda: “Mas, se a servidão, a barbárie e o isolamento se devem apelidar de paz, então não há nada mais miserável para os homens do que a paz (...) É, portanto, do interesse da servidão, não da paz, transferir todo o poder para um só: porque a paz, como já dissemos, não consiste na ausência de guerra, mas na união ou concórdia dos ânimos.” *Ibid.* p. 49.

⁴⁰³ GUIMARAENS, Francisco. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 142-143. “Concordar, convir, é participar de um regime comum de produção, ressaltando-se que, necessariamente, tal produção implica conflitos internos ao movimento constitutivo.” *Ibid.* p. 143-144.

Spinoza, caso se deseje conservar a liberdade e a segurança dos cidadãos e dos próprios governantes, o caminho a ser trilhado é o da democratização do Estado monárquico ou do Estado aristocrático.”⁴⁰⁴

Agora que já identificamos alguns elementos básicos da política em Spinoza, como seu conceito de paz e guerra, sua concepção de liberdade, a institucionalização do contrapoder da multidão e a compreensão da democracia como forma absoluta de governo, poderemos avançar na análise do projeto do *Tratado Político*. Importante mantermo-nos atentos, durante a análise, às concepções básicas acerca do conceito de democracia que traçamos nos parágrafos antecedentes. Como ensinou Negri, democracia é o projeto da multidão enquanto força criadora. Democratizar, portanto, é inserir a produção do político na criação do social. A partir destas observações, vamos explorar um pouco do projeto de Spinoza, cuja intenção não era a de abolir as monarquias ou aristocracias, mas reformá-las, democratizando sua organização interna.

Como ensina Francisco de Guimaraens, no *Tratado Político*, a democracia aparece como horizonte da política. Spinoza demonstra que a democracia é necessária para a conservação do poder do governante e da soberania do Estado. Nesta obra, Spinoza está preocupado em refletir acerca das causas da queda da república e acerca das possíveis reformas institucionais aptas a conservar a forma de organização política da Confederação dos Países Baixos.⁴⁰⁵

Francisco de Guimaraens observa, ademais, que a obra é orientada por duas questões centrais: a existência de distinções entre as formas de organizar o poder do Estado e a alternativa entre organizar o Estado e organizá-lo da melhor maneira, com a garantia da liberdade e da segurança dos cidadãos.⁴⁰⁶

Francisco de Guimaraens observa que a compreensão acerca de qual seja a melhor maneira de organizar o Estado na perspectiva spinozana remete à questão da perseverança na existência. Vimos que, na ontologia spinozana, a perseverança na existência (*conatus*) se dá pela conservação das relações constitutivas da coisa

⁴⁰⁴ GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 6-7.

⁴⁰⁵ Ibid. p. 7.

⁴⁰⁶ Ibid. p. 8.

(modo). Como lembra Francisco de Guimaraens a esse respeito, “Para Spinoza, o movimento é intrínseco a todas as coisas e as relações de movimento e repouso constituem os corpos existentes em ato”. É a relação interna que deve ser conservada pelo *conatus* de cada corpo. A noção de conservação de relações de proporcionalidade é apontada por Francisco de Guimaraens como chave para a compreensão dos projetos constitucionais expostos por Spinoza no *Tratado Político*.⁴⁰⁷

A proposta do *Tratado Político* é conservar a forma assumida pelo Estado. Neste sentido, a constituição ideal é aquela que se adapta à forma de governo existente.⁴⁰⁸ Neste sentido, em consonância com a ontologia spinozana no que tange à perseverança na existência, a eficácia constitucional reside em sua capacidade de conservação as relações políticas instituídas. Neste sentido, as relações de proporcionalidade na partilha do poder entre os constituintes do Estado constitui a forma singular de organização do Estado, a forma por ele assumida.⁴⁰⁹

Francisco de Guimaraens ensina que o contrário da conservação das relações de proporcionalidade na partilha do poder é a tirania. A tirania corresponde à morte da cidade ao pôr em risco e decompor suas relações constituintes. Remetendo à formação da cidade em Spinoza, que se dá através da composição e da formação do comum pelo medo da solidão, pela *cupiditas* e pelo amor, podemos compreender que a tirania, ao concentrar o poder, decompõe a partilha comum dos direitos, decompõe o direito comum, a comunidade política. Como salienta Francisco de Guimaraens, a tirania é, sobretudo, solidão.⁴¹⁰

Já tecemos alguns comentários acerca da dinâmica de divisão do poder no *imperium*, tal qual narrada por Marilena Chauí. Retomamos aqui aquela apontada como relação constituinte fundamental de todo Estado, a relação de proporcionalidade entre as potências individuais e a potência da cidade. Como

⁴⁰⁷ Ibid. p. 8.

⁴⁰⁸ Ibid. p. 8.

⁴⁰⁹ Ibid. p. 8.

⁴¹⁰ Ibid. p. 8-9.

elucida Marilena Chaui, a relação entre a potência civil e a individual é inversamente proporcional: “a cidade é tanto mais poderosa quanto maior for sua potência comparada à dos indivíduos, e será tanto menos poderosa quanto menor for sua potência comparada à de seus cidadãos”.⁴¹¹

A conservação do Estado depende de sua democratização. Se a cidade é mais poderosa quanto maior for sua potência comparada à dos indivíduos, conservar a cidade passa pela contenção do poder de certos indivíduos e pela ampliação da potência da multidão, da qual decorre, como vimos, o direito comum ou a soberania. A monarquia e a aristocracia concentram em certos indivíduos poder excessivo, o que reduz a potência da cidade, o que é um risco para o esforço em perseverar na existência do próprio Estado.⁴¹² Desta forma, a democratização é fundamental para a conservação das relações constitutivas de um Estado e para sua conservação. Neste sentido, Francisco de Guimaraens explica o projeto realista, pragmático e reformista de Spinoza:

“Spinoza não sugere abolir as monarquias ou as aristocracias, mas sim reformá-las a ponto de torná-las as mais convenientes consigo mesmas e livres dos riscos de concentração do poder. Não propõe uma utopia a ser alcançada, uma forma ideal a ser perseguida, mas sim uma reforma, uma emenda da organização política já instituída, de modo a conservar certas instituições já existentes e levá-las a conviver com elementos institucionais democráticos essenciais à preservação do próprio Estado.”⁴¹³

A fim de evitar a tirania, bem como outras possíveis e perniciosas mutações das bases da organização do Estado, Spinoza pensa mecanismos institucionais que visam instituir uma boa mutação das formas de organização do poder.⁴¹⁴ “Trata-se de evitar a transformação da Cidade em tirania, da sociedade

⁴¹¹ CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 242.

⁴¹² GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 9.

⁴¹³ Ibid. p. 9.

⁴¹⁴ “A concentração de poder nas mãos de um só abre um perigoso flaco para a instituição da tirania ou da aristocracia disfarçada de monarquia, que é o caso das monarquias absolutas, nas quais os favoritos do rei governam, ao ludibriá-lo. Já as aristocracias formadas por muito poucos aristocratas também envolvem um risco de transformação em tirania, pois o pequeno número de aristocratas pode levar um deles a se destacar e tomar para si o poder, diante insuficiente resistência dos demais aristocratas.” Ibid. p. 9-10.

comum dos homens em solidão. Eis a finalidade essencial do projeto exposto no *Tratado Político*.⁴¹⁵

A monarquia e a aristocracia apresentam maior risco para a conservação do Estado. Na monarquia, a relação de proporcionalidade entre as potências individuais e a potência da cidade, relação constituinte fundamental de todo Estado, se encontra próxima de zero devido à concentração da cidade em um só. Na aristocracia, o exercício da soberania encarna-se apenas em parte do corpo social e a cidade encontra-se dividida. Na democracia, o poder da *multitudo* e o poder dos cidadãos é idêntico. Na democracia, a soberania não se encontra dividida, mas participada (distribuída no interior do corpo social e político; participada por todos sem ser repartida nem fragmentada pelos membros) e a não divisão do *imperium* o torna absoluto.⁴¹⁶

Como vimos, Spinoza considera a democracia a mais natural forma de governo e, neste sentido, a mais forte. Já a monarquia e a aristocracia são formas que podem enfraquecer o Estado pela possibilidade de imaginária confusão entre o direito da cidade e o poder de um ou de poucos indivíduos. A identificação do *imperium* com o poder de um ou poucos governantes é a confusão que está na origem da má mutação e do risco de fundação de uma tirania.⁴¹⁷

Para Spinoza, “a racionalidade política exige necessariamente a participação de muitos no processo de sua construção”. O princípio multitudinário da ontologia é reafirmado na política, pelo que “toda aristocracia e toda monarquia só se conservam devidamente caso levem em consideração a natureza multitudinária da racionalidade política”. Como explica Francisco de Guimaraens, Spinoza constrói modelos constitucionais orientados pelo princípio da política, pela democracia. Suas propostas para reforma das monarquias e das aristocracias orientam-se, pois, por um teor abertamente republicano e democrático.⁴¹⁸

⁴¹⁵ Ibid. p. 10.

⁴¹⁶ CHAUI, Marilena. *Política em Espinosa*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das letras, 2009, p. 171/ 242.

⁴¹⁷ GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 10.

⁴¹⁸ Ibid. p. 13-14.

“um rei está tanto menos sob jurisdição de si próprio, e a condição dos súdito é tanto mais miserável, quanto mais o direito da cidade se transfere absolutamente para ele. Assim, para estabelecer corretamente um estado monárquico, é necessário lançar fundamentos firmes, sobre os quais ele seja edificado e dos quais resulte a segurança do monarca e a paz da multidão, de tal modo que o monarca esteja tanto mais sob jurisdição de si próprio quanto mais atender à salvação da multidão.”⁴¹⁹

Francisco de Guimaraens explica que, segundo Spinoza, a conservação do Estado monárquico passa pelo retorno ao princípio da política, a multidão. O reconhecimento da multidão fortalece o monarca e a monarquia. Para Spinoza, a potência de um só homem é incapaz de sustentar sozinha o peso da soberania.⁴²⁰ E, neste sentido, só há governo de muitos: “É fundamental para o monarca lembrar permanentemente deste ensinamento da experiência, sob pena de se deixar levar pelo delírio suicida da tirania”.⁴²¹

O direito de resistência permanente como contrapoder da multidão, a proposta maquiaveliana do povo em armas, serve para que o monarca conserve tal lembrança e se conduza por tal ensinamento da experiência: “O medo provocado no rei pela multidão armada neutraliza qualquer desejo tirânico e põe o rei de acordo com a multidão”.⁴²² O povo em armas força o rei a consultar o povo, sob ameaça de ser derrubado pela multidão.

Francisco de Guimaraens ensina que, para Spinoza, o monarca precisa de conselheiros, dada a impossibilidade de governar sozinho. O princípio multitudinário guia a organização dos conselhos do rei (conselhos consultivo, executivo e de administração da justiça): “os conselheiros do rei, que estão próximos ou logo a seguir a ele em dignidade, devem ser bastante numerosos e escolhidos unicamente entre os cidadãos”.⁴²³ Como observa Francisco de

⁴¹⁹ ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 51.

⁴²⁰ Ibid. p. 49. “Estão, sem dúvida, muito enganados os que creem que pode acontecer um sozinho obter o direito soberano da cidade. O direito, efetivamente, determina-se só pela potência (...) e a potência de um só homem é, de longe, incapaz de sustentar tão grande peso.”

⁴²¹ GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 11.

⁴²² Ibid. p. 11.

⁴²³ ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 53.

Guimaraens: “No lugar da Corte a bajular o rei – hábito das monarquias absolutas – Spinoza põe Conselhos populares para orientação do monarca”.⁴²⁴

Com o intuito de evitar o risco de que certos conselheiros se constituam em oligarquia, eles devem exercer o cargo por prazo certo e curto, de forma que seja garantida a rotatividade dos cidadãos no cargo.⁴²⁵ O modelo constitucional spinozano visa, portanto, evitar uma má mutação da monarquia em oligarquia ou tirania. Uma monarquia na qual a multidão é detentora do controle das milícias e que se orienta pela rotatividade dos cargos públicos e pela brevidade no seu exercício mais se parece com uma república democrática: “Da monarquia, de fato, resta apenas a imagem do monarca”.⁴²⁶

Quanto à conservação da forma aristocrática de governo, Spinoza novamente se orienta pelo princípio multitudinário, apostando no governo de muitos para afastar o risco de má mutação em monarquia: “A única maneira de neutralizar a ameaça monárquica é apostar nos grandes números, visto que há menos chance de concentração do poder nas mãos de um único patrício”.⁴²⁷

Neste sentido, a proporção entre o número de patrícios e plebeus preocupará Spinoza, que proporá que haja: um elevando número de patrícios e uma proporção mínima entre patrícios e plebeus; um conselho composto de muitos patrícios; e atribuição de poderes de conservação da forma constitucional a um órgão numeroso. Embora socialmente dividido, Spinoza entende que, para se conservar, o Estado aristocrático deve estabelecer limite à desigualdade na partilha do poder: “a total ausência de igualdade em um Estado conduz à ruína da liberdade comum e à impossibilidade de estabelecimento de alguma relação de proporcionalidade entre as partes constituintes do Estado”. O Estado aristocrático

⁴²⁴ GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 12.

⁴²⁵ “Os conselheiros do rei não devem ser nomeados vitaliciamente (...) Se, com efeito, eles fossem escolhidos vitaliciamente, a maior parte dos cidadãos dificilmente poderia acalantar alguma esperança de atingir essa honra, de onde se originaria uma grande desigualdade entre os cidadãos, inveja, boatos e, finalmente, revoltas...” ESPINOSA, Baruch de. *Tratado Político*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 71.

⁴²⁶ GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 12.

⁴²⁷ Ibid. p. 13.

deve, pois, estabelecer uma igualdade mínima pela proporcionalidade entre patrícios e plebeus. Isto porque o aumento na população de plebeus exigirá a inclusão de plebeus no patriciado e tal movimento relativiza e desnaturaliza a fratura social.⁴²⁸

Podemos depreender do exposto que o projeto de Spinoza se orienta pela compreensão de que “As decisões políticas são tão mais racionais quanto maior o número de envolvidos no processo decisório”. Neste sentido, o princípio da política é a democracia, o conflito, a multidão. O múltiplo está na origem de todas as coisas, portanto tanto a aristocracia quanto a monarquia podem ser compreendidas como má mutações de sociedades originalmente democráticas. Isto explica que a reforma da aristocracia e da monarquia deva orientar-se pelo retorno ao princípio democrático. Para Spinoza, a democracia é o princípio da organização política e a boa mutação política é aquela que aproxima as demais formas do princípio.⁴²⁹

2.2

O projeto oligárquico contra o projeto democrático

“A solução ideal para a elite americana era a de um governo misto, como o inglês, em que os principais grupos sociais formariam um equilíbrio auto-balanceado das instituições. No entanto, não havia nobreza de sangue na América. A alternativa que se colocou então foi a do governo republicano. Como o que se desejava não era a alteração da ordem social, mas a purificação de uma constituição corrompida, o pensamento constitucional americano passou a se dedicar a buscar soluções para um governo republicano viável e estável.”⁴³⁰

Não obstante existirem aproximações entre o *Tratado Político* e os *Artigos Federalistas*,⁴³¹ os dissensos entre a obra de Spinoza e as teses federalistas são

⁴²⁸ Ibid. p. 13.

⁴²⁹ Ibid. p. 14.

⁴³⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 119.

⁴³¹ Francisco de Guimaraens, em esforço comparatista, identifica a existência de pontos de intercessão entre as obras. O autor explica que há um espaço comum de debate e que a partilha de certas convicções pode ser entendida quando se atenta para o fato de que os federalistas foram influenciados por dois autores que possuem relação com a obra de Spinoza, quais sejam,

bastante significativos: “Se a grande influência federalista foi o aristocrata Montesquieu, é de se desconfiar da existência de profundas divergências quando se trata de pensar a organização interna da república”.⁴³²

O projeto republicano federalista é guiado pela pretensão de estabelecimento de um governo que fosse capaz de conter a facção não proprietária e preservar os interesses da minoria proprietária.⁴³³ Contrariamente a Spinoza, que compreende que a democratização das monarquias e das aristocracias é essencial para a conservação das mesmas, os federalistas compreendem que a conservação da república norte-americana depende da moderação da vontade popular mediante mecanismos contramajoritários.⁴³⁴ Neste sentido, Madison, no artigo X, expõe sua preocupação com a formação de facções e com a segurança da propriedade:

Maquiavel e Montesquieu. Entre as aproximações identificadas pelo autor figuram: o tema das paixões (aponta que “Ambas as obras são contruídas a partir do pressuposto de que a dinâmica das paixões é decisiva para pensar a política”. Ademais, “Tanto os federalistas quanto Spinoza se conduzem por um realismo radical acerca da natureza humana. Para eles, é impossível reformar a natureza passional dos homens, o que impõe a necessidade de organizar o Estado e as instituições políticas a partir desse estado de realidade”); outra intercessão identificada está na proposta de reforma institucional voltada para a conservação do Estado (“A justificativa da reforma estabelecida pela Convenção da Filadélfia foi a grande preocupação dos federalistas. Tratava-se de justificar tanto a necessidade de reconstituição do pacto entre os Estados até então soberanos, quanto defender as novas medidas institucionais propostas para reger as relações entre os mesmos e garantir a conservação da unidade da nova face política assumida pelos Estados Unidos”); outro ponto de contato está na identificação da necessidade de neutralização das causas da guerra (“Evitar as guerras era necessário porque as monarquias normalmente nascem das guerras e delas se alimentam”. Ainda, “é a dinâmica afetiva que atravessa o discurso federalista e o spinozano e exige a reflexão acerca das instituições capazes de produzir afetos contrários aos causadores de conflitos bélicos ou de tendências de secessão capazes de desconstituir a forma assumida pelo Estado norte-americano (...) é necessário também evitar a guerra em virtude dos afetos de medo e insegurança dela decorrentes. São esses afetos que eternizam o monarca no poder, mesmo após o fim dos conflitos bélicos”); uma última convergência identificada por Francisco de Guimaraens é a defesa da federação (“Tanto Spinoza quanto Montesquieu – seguido de perto pelos federalistas – expõem a utilidade da partilha territorial do poder, responsável pelo controle recíproco dos membros da federação e remédio eficaz para evitar a concentração de poder no interior da federação”). GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 15-19.

⁴³² Ibid. p. 20.

⁴³³ “O conteúdo do constitucionalismo de Madison, que desde então passou a ser chamado de democrático, mas era na realidade liberal, pode ser descrito, como tem sido frequentemente, como uma forma de manter o equilíbrio das classes sociais, entendendo-se como equilíbrio das classes sociais o domínio dos mais fortes sobre os mais fracos” HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: Guerra e democracia na era do Império*. Rio de Janeiro: editora Record, 2005. p. 442-443.

⁴³⁴ GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 20.

“Entre as numerosas vantagens prometidas por uma União bem construída, nenhuma merece ser mais cuidadosamente elucidada que sua tendência a deter e controlar a violência e o facciosismo. São estes perigosos vícios os que mais assustam o simpatizante dos governos populares. Ele não deixará, portanto, de dar justo valor a todo plano que, sem violar os princípios que acata, forneça um remédio apropriado para o mal. Instabilidade, injustiça e confusão introduzidas nos conselhos públicos foram doenças mortais, que fizeram perecer governos populares por toda parte, e continuam sendo os tópicos favoritos e frutíferos a inspirar as mais capciosas arengas dos adversários da liberdade (...) Por facção entendo certo numero de cidadãos, quer correspondam a uma maioria ou a uma minoria, unidos e movidos por algum impulso comum, de paixão ou de interesse, adverso aos direitos dos demais cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade (...) quando uma facção inclui uma maioria, a forma do governo popular lhe permite sacrificar à sua paixão ou interesse dominante tanto o bem público como os direitos dos demais cidadãos. Garantir o bem público e os direitos privados contra uma facção assim, preservando ao mesmo tempo o espírito e a forma do governo popular, é pois a grande meta a que visam nossas investigações (...) Por que meios esse objetivo pode ser atingido? Evidentemente só existem dois. Ou evitar que uma mesma paixão ou interesse exista ao mesmo tempo numa maioria, ou, tendo a maioria essa paixão ou interesse simultâneo, torná-la, por seu número e situação local, incapaz de pactuar e executar esquemas de opressão (...) Deste ponto de vista, pode-se concluir que uma democracia pura, isto é, uma sociedade formada por um pequeno número de cidadãos que se unem e administram pessoalmente o governo, não dispõe de nenhum remédio contra os malefícios da facção. Uma paixão ou interesse comum contamina, em quase todos os casos, a maioria do todo (...) Assim é que tais democracias sempre ofereceram espetáculos de turbulência e luta; sempre se mostraram incompatíveis com a segurança pessoal ou com os direitos de propriedade (...) Um república, que defino como um governo em que está presente o esquema da representação, abre uma perspectiva diferente e promete o remédio que estamos buscando.”⁴³⁵

O governo de uma minoria em seu próprio interesse é uma oligarquia: “A democracia republicana norte-americana proposta pelos federalistas, por ser uma democracia de poucos, contramajoritária, um governo da minoria, constitui-se, na verdade, em uma organização política mais parecida com uma oligarquia”.⁴³⁶ Segundo o próprio Madison, as facções teriam origem na distribuição desigual de

⁴³⁵ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Editora Nova Fronteira, 2001. p. 133-137. (artigo X). Francisco de Guimaraens aponta ainda a opinião de James Madison por ocasião da defesa da presença do Senado na ordem constitucional americana, exposta na Convenção da Filadélfia. Madison argumenta pela necessidade de princípios republicanos que evitem o perigo de coalizões guiadas pelo espírito igualitário interessadas em oprimir a minoria. Ver MADISON, James. *The Debates in the Federal Convention of 1787*, terça, 26 de junho de 1787. Disponível em http://www.constitution.org/dfc/dfc_0626.htm.

⁴³⁶ GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 21.

propriedade⁴³⁷, que gera animosidades e conflitos entre os proprietários e os não-proprietários.

Como explica Francisco de Guimaraens, para Madison, é necessário evitar os efeitos nocivos do facciosismo, uma vez que a desigualdade, sua causa, não pode ser eliminada⁴³⁸. A república oligárquica constituiu, portanto, um alternativa à democracia, uma vez que, na democracia, na visão federalista, a maioria oprimiria a minoria. A república oligárquica oferece o remédio buscado pelos federalistas ao oferecer os filtros e mediações necessários para moderar os desejos populares. Os mecanismos representativos servem, pois, a depurar as vontades do povo. Isto fica claro da análise do artigo X, no qual Madison aponta as diferenças entre a democracia e a república e exalta a superioridade desta sobre aquela:

“Os dois grandes pontos de diferença entre uma democracia e uma república são: primeiro, a delegação do governo, nesta última, a um pequeno número de cidadãos eleitos pelos demais; segundo, o maior número de cidadãos e a maior extensão do país que a última pode abranger. O efeito da primeira diferença é, por um lado, depurar e ampliar as opiniões do povo, que são filtradas por uma assembleia escolhida de cidadãos, cuja sabedoria pode melhor discernir o verdadeiro interesse de seu país.”⁴³⁹

A preservação da liberdade da minoria proprietária dependia da separação entre a forma republicana e a democracia. Os federalistas instituíram um governo representativo na imensidão territorial americana, evitando que o governo fosse controlado pela maioria, ainda que dela derivasse. Bercovici observa que o princípio teórico utilizado para que se negasse o governo à maioria foi o *stake-in-*

⁴³⁷ “A fonte mais comum e duradoura de facções (...) tem sido a distribuição diversa e desigual da propriedade. Os que têm bens e os que carecem deles sempre formaram interesses distintos na sociedade. Credores e devedores recaem numa mesma distinção semelhante. Um interesse fundiário, um interesse mercantil, um interesse pecuniário, ao lado de muitos interesses menores, surgem necessariamente nas nações civilizadas e as dividem em diferentes classes, movidas por diferentes atitudes e concepções. A regulação desses interesses diversos e concorrentes constitui a principal tarefa da legislação moderna e introduz o espírito partidário nas operações necessárias e partidárias do governo”. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Editora Nova Fronteira, 2001. p. 135 (Artigo X).

⁴³⁸ Assim como em Sieyès, a desigualdade é pressuposta e naturalizada; Assim como em Locke, a propriedade é posta como direito natural: “A propriedade é exposta como direito natural que antecede e submete o projeto constituinte contra o ideal revolucionário da propriedade como apropriação, decorrente do trabalho direto sobre a terra”. BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 97.

⁴³⁹ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Editora Nova Fronteira, 2001. p. 137 (Artigo X).

society theory: “apenas os que têm interesse imediato na ordem social podem participar ativamente da vida política do Estado e determinar seus rumos”. O interesse direto e imediato é entendido como o da garantia da propriedade: “Como a propriedade não era um atributo da maioria, o princípio majoritário não poderia ser o único fundamento do sistema político”. O sentido de liberdade estava atrelado, pois, à aquisição e conservação da riqueza.⁴⁴⁰

Victor Nunes Leal, em *A divisão de poderes no quadro político da burguesia*, ressalta a natureza instrumental ou teleológica das instituições (construções) políticas e aponta que a questão da divisão de poderes configura um exemplo elucidativo desta regra. Destaca, ademais, que esta foi exatamente a razão pela qual alcançou Montesquieu, “formulador mais completo e sistemático da doutrina da divisão dos poderes”, tamanho prestígio entre os teóricos políticos e homens de estado.⁴⁴¹

“O projeto de Montesquieu se caracterizou por ser uma alternativa liberal-aristocrática ao republicanismo democrático e igualitário e se tornou influência decisiva para os federalistas (...) o projeto iluminista moderado, cunhado por Montesquieu e de inspiração aristocrática, foi a principal influência da proposta reformista, de natureza oligárquica, dos federalistas. Por esta via, portanto, é possível confrontar o projeto constitucional americano, de inspiração oligárquica, e o projeto constitucional spinozano, símbolo fundamental da tendência republicana democrática...”⁴⁴²

Para Montesquieu, a divisão de poderes e o equilíbrio entre os poderes não existiriam como fim em si mesmos, mas como instrumentos de proteção e garantia da liberdade. Para Montesquieu, a liberdade política se encontra nos governos moderados nos quais não há abuso de poder, nos quais o poder detém o poder.⁴⁴³ A moderação transportada para a organização política possui um

⁴⁴⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 128.

⁴⁴¹ LEAL, Victor Nunes. *A Divisão de Poderes no Quadro Político da Burguesia*. In: Cinco estudos. Rio de Janeiro: FGV, 1955. p. 95.

⁴⁴² GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 6.

⁴⁴³ LEAL, Victor Nunes. *A Divisão de Poderes no Quadro Político da Burguesia*. In: Cinco estudos. Rio de Janeiro: FGV, 1955. p. 100-104. “O grande problema do estado liberal, organizado pela burguesia vitoriosa, é o problema da liberdade (...) Toda organização política deveria existir, portanto, em função dos direitos fundamentais do homem e do cidadão. E entre esses direitos foram estipulados, de maneira mais categorial, o direito de propriedade e a liberdade, incluindo a liberdade econômica, a plena iniciativa no domínio econômico. Esses dois direitos eram essenciais à classe burguesa, eram a sua própria razão de existir como classe social. (...) Por isso, o esquema

significado próprio, ela garante o equilíbrio institucional e a estabilidade para o governo misto, calcado na separação de poderes.⁴⁴⁴

Vimos quando da breve análise do manifesto de Sieyès e da contra-revolução francesa que, após a queda do antigo regime, o novo inimigo da burguesia é a recém-nascida classe operária. O fechamento do poder constituinte no tempo, no espaço e no modo de expressão era necessário à preservação da classe burguesa. Quando a burguesia não carecia mais do Estado Absoluto para expandir-se, o absolutismo monárquico deu lugar à monarquia constitucional ou, como foi o caso nos EUA, à república constitucional, com o controle e a limitação do poder.⁴⁴⁵

A teoria política de Montesquieu exerceu forte influência nos modelos liberais francês e norte-americano, justamente por oferecer o elemento de moderação necessário para neutralizar a desmedida constituinte e oferecer mecanismos de controle do poder do Estado.⁴⁴⁶ Como destaca Érico Araujo Bastos, ambos os modelos liberais se impuseram como reação ao caráter democrático apresentado pelas revoluções. Neste sentido, tanto a representação, quanto a separação de poderes podem ser entendidas como instrumentos dos novos estados liberais e da classe proprietária usados não apenas para manter o

típico do estado liberal seria uma monarquia adornada com os atributos do poder, mas mediatizada no seu exercício por uma representação parlamentar, em que a classe burguesa tornasse efetiva a sua influência sem assumir direta responsabilidade (...) Esse tipo de estado era o que mais convinha à burguesia, porque essa classe estava em plena expansão e era requisito essencial do seu desenvolvimento progressivo a *liberdade econômica*.” Ibid. p. 97-105.

⁴⁴⁴ BASTOS, Érico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 108.

⁴⁴⁵ GUIMARAENS, Francisco. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 88.

⁴⁴⁶ “Montesquieu inspirou o pensamento constitucionalista de forma decisiva. Quando se pensa em controle do poder, sempre é feita a devida referência a tal autor. E não é por menos que se conferiu tamanha projeção a suas teses. Montesquieu traduz tudo o que objetivava o liberalismo e sua vertente constitucionalista: controlar o poder do Estado no que se refere à possibilidade de regulação dos negócios burgueses, mas manter o Estado em pleno funcionamento para evitar o avanço da democracia, do governo da multidão (pela própria multidão)”. Ibid. p. 90.

Estado sob controle (e regular os negócios burgueses com liberdade e segurança), mas também para distanciar o povo das decisões políticas.⁴⁴⁷

A teoria de Montesquieu acerca da separação de poderes buscava identificar as diferentes funções exercidas pelo Estado e atribuir cada uma a um determinado órgão.⁴⁴⁸ Como nos lembra Francisco de Guimaraens, a teoria de Montesquieu não é original. Ele resgatou a teoria da constituição mista de Políbio, inspirada em última instância em Aristóteles. Conforme já examinado neste trabalho, a constituição mista é apontada por Políbio como a forma de governo na qual monarquia, aristocracia e democracia convivem cada uma presente em um determinado órgão (No Império Romano, a monarquia se identificava com a figura do imperador; a aristocracia com o Senado; e a democracia com os Tribunais da Plebe).⁴⁴⁹

Montesquieu utiliza a ideia de constituição mista na formulação de sua teoria da separação de poderes e, nela, o equilíbrio entre os poderes constituídos através do sistema de *checks and balances* (diferentemente do equilíbrio dinâmico maquiaveliano, que mantém a tensão e a produção social ao afirmar os conflitos como produtores da ordem e das boas instituições) funciona como dinâmica interna estatal.⁴⁵⁰ Os conflitos são solucionados internamente pelos poderes constituídos, sem qualquer apelo ao povo.

⁴⁴⁷ BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 49.

⁴⁴⁸ “MONTESQUIEU, o grande sistematizador da doutrina, inspirou-se no modelo inglês. Nem sempre, porém, descreveu fielmente as instituições britânicas da época. Racionalizou sobre elas, utilizou as idéias de alguns pensadores políticos ingleses e com esses ingredientes formulou uma doutrina, no seu pensamento, de validade universal. Escreveu êle nos anos que precederam 1748 (...) A êsse tempo não existia na Inglaterra o parlamentarismo, não obstante o grande prestígio do parlamento a partir de 1688. O que havia eram duas câmaras (uma dos nobres, outra de origem burguesa), um rei inviolável (e irresponsável) e ministros (conselheiros) responsáveis, não política, mas só criminalmente, perante o parlamento. Pois foi precisamente nesse exemplo, nessa estrutura, que se inspirou MONTESQUIEU. E êle não se limitou a louvar as instituições inglesas, mas apresentou-as, já racionalizadas pela sua doutrina, como as mais apropriadas para a defesa da liberdade humana”. LEAL, Victor Nunes. *A Divisão de Poderes no Quadro Político da Burguesia*. In: Cinco estudos. Rio de Janeiro: FGV, 1955. p. 99.

⁴⁴⁹ GUIMARAENS, Francisco. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 88-89.

⁴⁵⁰ Ibid. p. 90. “em Montesquieu o equilíbrio dinâmico maquiaveliano é transformado em dinâmica interna estatal.”

Apesar da inspiração polibiana, conforme ensina Francisco de Guimaraens: “De mista, a constituição de Montesquieu nada tem”. A transformação da constituição mista em constituição moderna se dá, como ensina Negri, quando a divisão do exercício da soberania já não se encontra condicionada à constituição corporativa ou classista da sociedade, mas determinada pelo processo formal da própria estrutura constitucional.⁴⁵¹ A constituição moderna opera a completa independência do político em relação ao social. Ao propor a filtragem da força do social pelo aparelho do Estado mediante mecanismos de representação, a teoria de Montesquieu recusa ao social qualquer participação política: “A democracia é, de início, filtrada pelo Estado”.⁴⁵²

Trata-se de um controle do poder constituído que já pressupõe a cisão entre o político e o social operada pela modernidade da transcendência. Controlar o poder político significava controlar o Estado, uma vez que a política se identificara imaginariamente com o Estado. O foco no poder constituído pode fazer parecer, como observa Francisco de Guimaraens, que a teoria de Montesquieu não diz respeito ao relacionamento entre poder constituinte e poder constituído, mas como indica o autor, isto é simples aparência.⁴⁵³

Como explica Vitor Nunes Leal, o verdadeiro sentido sociológico da divisão de poderes está menos relacionado com a necessidade de impedir usurpações do executivo do que com a necessidade burguesa de obstar reivindicações das massas populares: “para que as reivindicações populares pudessem eventualmente converter-se em lei válida, exequível, seria preciso transpor um sem-número de obstáculos”.⁴⁵⁴ Ao utilizar a Câmara Alta como contraponto moderador da participação do povo na Câmara Baixa, Montesquieu já

⁴⁵¹ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad.: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 242.

⁴⁵² GUIMARAENS, Francisco. *O poder constituinte na perspectiva de Antonio Negri*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 90.

⁴⁵³ Ibid. p. 90.

⁴⁵⁴ LEAL, Victor Nunes. *A Divisão de Poderes no Quadro Político da Burguesia*. In: Cinco estudos. Rio de Janeiro: FGV, 1955. p. 108.

expõe o ideal de governo misto-moderado que será recuperado e aprimorado pelos federalistas.⁴⁵⁵

Como explica o autor, referindo-se especificamente à experiência liberal americana, Madison tinha plena consciência de que a burguesia era uma minoria e que, sobretudo, seria uma minoria com o passar do tempo. Ademais, a igualdade jurídica instituída pela própria burguesia abriria a possibilidade de reivindicações igualitárias por parte de qualquer do povo. E a massa social, cada vez mais numerosa, tenderia a apelar para o Estado a fim de ver satisfeitos seus interesses, até que viesse a dominar o Estado: “Precisamente para prevenir essa possibilidade é que o estado liberal foi construído com todas aquelas precauções”.⁴⁵⁶

Se Montesquieu recomendou que todo regime de governo prevesse em sua estrutura política uma instância de poder independente que exercesse o efeito moderador que a nobreza exercia na Inglaterra⁴⁵⁷, podemos compreender o quanto aquele teórico influenciou os federalistas na previsão do poder de veto que foi atribuído a cada uma das instituições contramajoritárias engendradas em relação às propostas da Câmara dos Representantes. A contra-revolução americana, em consonância com o modo transcendente da modernidade, procurou, enfim, com a nova constituição moderna que emergia da polibiana, criar uma democracia sem povo: “o que se procura conter, em última instância, é qualquer possibilidade de

⁴⁵⁵ BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 109. “A divisão do poder entre o rei e o parlamento na Inglaterra foi estruturada como um modelo de limitação de poder que pretendia conferir moderação e neutralidade ao atuar político. O poder popular restou transmutado em mito, que se exercia transcendentemente pela soberania do parlamento. A tensão entre transcendência e imanência nesta experiência britânica restou encerrada pela consolidação do sistema misto de governo (...) Tais características influenciaram decisivamente o pensamento de Montesquieu. Para Montesquieu, a monarquia ao estilo inglês possibilitava que o poder se apresentasse dividido e, portanto, passível de ser contido. E mais: qualquer regime de governo deveria prever em sua estrutura política uma instância que exercesse o papel moderador que a monarquia inglesa apresentava; uma instância de poder, independente, que exercesse o efeito moderador tal qual o realizava a nobreza na Inglaterra, a garantir a estabilidade e segurança política.”Ibid. p. 48-49.

⁴⁵⁶ LEAL, Victor Nunes. *A Divisão de Poderes no Quadro Político da Burguesia*. In: Cinco estudos. Rio de Janeiro: FGV, 1955. p.106-107.

⁴⁵⁷ Segundo Montesquieu, na monarquia inglesa, por intermédio da Câmara Alta, a nobreza era um corpo intermediário que moderava as paixões populares: “O governo aristocrático tem, por si próprio, uma certa força que a democracia não tem. Os nobres formam um corpo que, por sua prerrogativa e interesse particular, reprime o povo”. MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37.

emergência de um poder constituinte que ponha em dúvida a naturalidade da ordem que divide os papéis de governantes e governados” (e se poderia acrescentar, de proprietários e não proprietários).⁴⁵⁸

Pela inexistência de uma nobreza de sangue nos EUA, foi necessário o engendramento de mecanismos moderadores que controlassem o poder constituinte da multidão: “A solução encontrada foi restringir as eleições diretas aos deputados. Os senadores e o presidente seriam eleitos indiretamente e os juízes e funcionários públicos seriam nomeados pelo presidente”. Bercovici ensina que os contra-revolucionários americanos buscaram refinar a escolha popular através de sucessivos filtros políticos. Os federalistas defenderam, pois, uma concepção elitista de democracia que evitasse que a maioria ameaçasse a minoria e que aquela pudesse assaltar o poder: “era impossível uma completa renovação do governo, com mandatos não-coincidentes de deputado, senador e presidente e a vitaliciedade da Suprema Corte”.⁴⁵⁹

O sentido geral do sistema de *checks and balances* no projeto federalista está, pois, menos relacionado ao controle do poder constituído e mais atrelado à necessidade dos contra-revolucionários de evitar que os conflitos entre os órgãos do governo fossem submetidos à solução pelo povo. Os filtros políticos criados pela constituição não apenas evitariam a opressão da minoria e a tirania do número, mas impediriam que houvesse apelo ao povo em caso de conflito ao oferecer uma solução interna ao sistema.⁴⁶⁰

Como ensina Negri, o equilíbrio entre os três poderes passa pelo controle recíproco. Contudo podem surgir conflitos entre os poderes. Como resolvê-los? As normas da constituição escrita não serão suficientes para resolver tais conflitos. O recurso permanente ao povo seria? Negri explica que o *Federalist*, em meio a considerações sociológicas e jurídicas, avalia o recurso ao povo como um

⁴⁵⁸ BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 87.

⁴⁵⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 127.

⁴⁶⁰ Ibid. p. 127.

efeito perverso da democracia, um vírus democrático no organismo republicano.⁴⁶¹

Os remédios externos aos mecanismos constituídos se apresentavam como inadequados à pretensão republicana-oligárquica dos federalistas. Nas palavras de Madison: “deve-se sanar a falha arquitetando de tal modo a estrutura interna do governo que suas várias partes constituintes possam ser (...) instrumentos para a manutenção umas das outras em seus devidos lugares”.⁴⁶² Os federalistas propõe, portanto, um mecanismo interno para resolução de conflitos entre os poderes constituídos, o sistema *de checks and balances*, o controle recíproco entre as diferentes autonomias.⁴⁶³

O caráter instrumental da teoria da separação de poderes em um governo misto-moderado delineada por Montesquieu e seu aprimoramento pelos federalistas com vistas a implementar um projeto constitucional de moderação da democracia fica mais nítido quando analisamos as instituições propostas pelos federalistas, inscritas na constituição americana, e as justificativas para sua implementação. O discurso de Madison no sentido da necessidade de neutralização das facções (de não-proprietários) retorna na retórica que justifica a instituição do Senado, do modo de escolha do presidente da república, do poder de veto do presidente e da Suprema Corte: “Estas são as instituições capazes de dissolver os efeitos das coalizões interessadas em redefinir a partilha dos bens”.⁴⁶⁴ Neste sentido e lembrando o caráter conservador do movimento que deu origem à Convenção da Filadélfia de 1787, Bercovici:

“A participação do povo no governo não poderia ser negada totalmente, mas era vista com desconfiança e ceticismo pelos convencionais da Filadélfia. O seu realismo político fez com que percebessem que, embora contrários à democracia, o governo do Estado não poderia ser a prerrogativa de uma única classe, havendo a necessidade de comprometer a maioria dos cidadãos coma a estrutura

⁴⁶¹ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad.: Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 244.

⁴⁶² MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Editora Nova Fronteira, 2001. p. 349 (Artigo LI).

⁴⁶³ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 245.

⁴⁶⁴ GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*. p. 23.

constitucional. O discurso dos freios e contrapesos (“*checks and balances*”), presente na Inglaterra do século XVIII, em Montesquieu e na Revolução Americana, contrapõe-se ao discurso da soberania. A soberania decide, enquanto os contrapesos exigem uma negociação para que se chegue a um resultado. O objetivo declarado dos convencionais da Filadélfia era evitar que o número prevalecesse sobre a qualidade, impedindo a tirania popular e a ascensão política das massas, com um governo que não dependesse do povo.”⁴⁶⁵

O Senado deveria moderar as decisões da Câmara dos Representantes, garantindo a estabilidade da república por ser composto de poucos membros cujos mandatos eram longos.⁴⁶⁶ Como explica Francisco de Guimaraens: “a justificativa para a existência do Senado é de natureza aristocrática e sua função é bloquear os impulsos excessivos decorrentes dos representantes diretos do povo”.⁴⁶⁷ O Senado é pensado por Madison como “um componente seletivo e estável no governo”; “um corpo moderado e respeitável de cidadãos” apto a “evitar a desgraça que o povo prepara para si mesmo, até que a razão, a justiça e verdade possam recuperar seu poder sobre o espírito do povo”.⁴⁶⁸

O presidente da República é outra das instâncias contramajoritárias da estrutura constitucional americana. Eleito indiretamente, é considerado guardião da ordem e da estabilidade do sistema republicano (“Precisamos terminar a

⁴⁶⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 127.

⁴⁶⁶ Nas palavras de Madison: “esse sentido de caráter nacional não pode medrar num corpo numeroso e mutável. Só pode ser encontrado num corpo suficientemente pequeno para que cada membro seja atingido, num grau sensível, pelo louvor e a condenação das medidas públicas; ou numa assembléia investida da confiança pública por um período longo o bastante para que o orgulho e a importância de seus membros possam ficar sensivelmente ligados à reputação e à prosperidade da comunidade”. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Editora Nova Fronteira, 2001. p. 405 (Artigo LXIII).

⁴⁶⁷ GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 24. Negri, em sua análise do Senado americano, destaca uma outra relevante característica da instituição. O Senado é também o depositário da ordem republicana e o atualizador do pacto federativo. O Senado deve representar uma sólida consciência nacional: “Justamente ao tratar do órgão que deveria representar a mais ampla descentralização federativa, tais escritos tornam-se uma formidável apologia da centralização das funções do Estado Federal”. Negri aponta, ademais, que ao Senado caberia a reunificação das aristocracias estaduais e o fechamento da fronteira: “o espírito constituinte, as massas livres e democráticas que vivem o novo espaço americano – eis o inimigo. O Senado americano pretende ser a máquina da mais profunda estabilização do sistema, o Termidor constitucional da Revolução Americana (...) Com o Senado, a fronteira da liberdade americana é definitivamente cancelada: por uma ironia suprema, esta missão é confiada ao órgão constitucional espacial” NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 250-251.

⁴⁶⁸ HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Editora Nova Fronteira, 2001. p. 404-411 (Artigo LXIII).

revolução, precisamos de um rei – é o bordão que parece ecoar”)⁴⁶⁹. O executivo, na figura do rei-presidente, é único, é o momento de centralização e de garantia absoluta.⁴⁷⁰ Como observa Francisco de Guimaraens, há, ademais, um duplo filtro na instituição do rei-presidente: a eleição indireta para o cargo e o poder de veto em relação ao legislativo.

O presidente deve ser eleito “por um Colégio Eleitoral que, supostamente, reúne melhores condições do que o povo para eleger o presidente, não deixando se levar por arroubos passionais demagógicos”. E, através do veto, o presidente neutraliza os erros do legislativo, exercendo mais uma camada de proteção contra os desejos populares que possam não ter sido adequadamente filtrados pelo Senado: “O veto tem função de garantir a estabilidade dos direitos da minoria proprietária e busca evitar a mutação da legislação, necessariamente indesejada pelos que desejam conservar suas propriedades”.⁴⁷¹

“Contudo, ainda existe algo de que o *homo politicus* não foi expropriado: sua capacidade constituinte, não mais como resultado, mas justamente como atividade, como potência sempre renovada; não mais como luta passada, na Revolução pela independência, mas como possibilidade sempre presente, sempre atual. Esta é a última contradição que o *Federalist* precisa resolver, esta é a última energia que precisa absorver.”⁴⁷²

A Suprema Corte é a última instância de veto. A Corte é composta por nove membros escolhidos pelo presidente da república, aprovados pelo Senado (casa legislativa mais afastada das paixões populares) e portadores de vitaliciedade. Seus membros devem possuir adequada reputação e as qualidades necessárias para o exercício da função. Francisco de Guimaraens explicita o raciocínio dos federalistas: O presidente da república, tendo sido eleito por poucos cidadãos virtuosos e racionais, e sendo igualmente virtuoso, terá condições para

⁴⁶⁹ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 251.

⁴⁷⁰ Ibid. p. 252. “A obra de centralização que percorre a Constituição de cima abaixo está completa. Uma lógica de estreitamento encerra os espaços residuais deixados à democracia nos tempos da síntese executiva”.

⁴⁷¹ GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 24.

⁴⁷² NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 254.

nomear como juízes da Suprema Corte aqueles “que preencham as aptidões excepcionais – e aristocráticas – para o bom desempenho de suas funções”.⁴⁷³

A Suprema Corte pretende usurpar a capacidade constituinte do *homo politicus* americano ao se arvorar como órgão responsável não apenas pelo controle dos poderes legislativo e executivo, mas pela interpretação da constituição: “A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seu significado”.⁴⁷⁴ Novamente os federalistas optam por uma solução interna e a forma de mutação da ordem constitucional é confiada ao poder constituído, à Suprema Corte, “última e preciosa peça do aparato de neutralização do poder constituinte”. A Suprema Corte é erigida a guardiã da constituição e deve filtrar as mutações e dar solução final aos conflitos interpretativos em torno da linguagem da constituição. Neste sentido, Francisco de Guimaraens:

“Guardiã da autoridade da constituição e da vontade do povo, composta de (muito pouco numerosos) membros supostamente dotados de reputação, moderação e conhecimento jurídico, a Suprema Corte é a última instância de neutralização das paixões populares que eventualmente consigam vencer as demais barreiras oligárquicas”.⁴⁷⁵

Opera-se, pois, por meio dos filtros constitucionais, a total exclusão do cidadão da máquina do governo, o novo espaço (e o único legítimo) da política. Na constituição moderna, o poder constituinte é capturado pelo poder constituído⁴⁷⁶: “fora deste novo espaço público há apenas facciosidade, violência

⁴⁷³ GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 24-25.

⁴⁷⁴ HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Editora Nova Fronteira, 2001. p. 481 (Artigo LXXVIII).

⁴⁷⁵ GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 25.

⁴⁷⁶ “Estamos diante de uma espetacular reforma do conceito de poder constituinte: ele é absorvido e assimilado pela constituição, é transformado num elemento da máquina constitucional (...). Nessa primeira abordagem da Constituição dos Estados Unidos, o que mais impressiona é a autêntica *translatio* do poder constituinte aqui verificada. Pela primeira vez, ele não é concebido como algo que funda a constituição, mas como combustível de seu motor. O poder constituinte não é mais um atributo do povo – daquele povo livre e capaz de reinventar sua liberdade nos grandes espaços Americanos e através da apropriação (...) O poder constituinte tornou-se um modo da sociedade política: ela é que forma o povo através da representação, da divisão de poderes, através de todas as engrenagens da máquina constitucional. O *homo politicus* é redefinido

e vileza, prontas a serem arrostadas em prol da tranquilidade e ordem pública”. Ao povo, neste engenhoso modelo aristocrático, resta o papel simbólico e passivo de fonte legitimadora da constituição, limitada à sua expressão legal: “O político agora faz parte de um glorioso passado, e só pode ser reeditado como farsa que ousa perturbar a ordem constituída pelos Pais Fundadores”.⁴⁷⁷ Neste sentido, Negri, ao observar a passagem do *homo politicus* ao cidadão, da liberdade tártara à liberdade limitada e controlada pela máquina constitucional republicana:

“Se o *homo politicus* da Revolução insere o social no político, como espaço aberto e liberdade da fronteira, o *homo politicus* da Constituição está submetido a uma máquina institucional que estabelece limites preciosos para a liberdade, de modo a controlar e, ao mesmo tempo, garantir sua expansividade através de uma estrutura jurídica que se apresenta como um limite insuperável.”⁴⁷⁸

A arquitetura institucional dos federalistas inaugura, enfim, uma democracia republicana que atua como dispositivo oligárquico de contenção dos desejos populares. Francisco de Guimaraens ensina que, diante de todos os elementos oligárquicos destacados na análise, dúvida não resta de que o pensamento político de Spinoza é radicalmente oposto ao exposto nas testes federalistas.

Muito embora tanto Spinoza (e isto também poderia ser dito de Maquiavel) quanto os federalistas apresentassem profundo realismo político e nenhum grau de idealização acerca da natureza humana, “visto que os homens não são anjos”, tão somente Spinoza leva às últimas consequências tal premissa e permite a radicalidade do poder constituinte. Spinoza não refunda a idealização e

pela constituição, não há mais poder constituinte.” NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 236-237.

⁴⁷⁷ BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 100-102. Érico Araujo Bastos destaca, ademais, que a forma de mutação da ordem constitucional foi ponto de embate entre Jefferson e o federalistas. Jefferson propôs o direito das futuras gereções alterarem periodicamente a constituição através de convenções constitucionais e mediante voto popular. Segundo Bercovici “Jefferson é o líder americano que chegou mais próximo da idéia de revolução permanente, propondo, pelo voto, a realização de uma *Second American Revolution* (...) Jefferson defendia a necessidade da mudança constitucional periodicamente, por convenções constitucionais e pelo processo de emenda.” BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 177.

⁴⁷⁸ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 231.

a transcendência. Os federalistas, ao contrário, propõem o Senado, as eleições presidenciais indiretas e uma Suprema Corte “compostos de anjos”: “O constante apelo a qualidades morais e intelectuais dos que ocupam os cargos desses órgãos para justificar sua existência exprime uma utopia contraditória com o próprio fundamento do pensamento federalista”.⁴⁷⁹

Conforme já observamos, para Spinoza é importante a preservação da proporcionalidade entre os constituintes, e neste sentido, a conservação da república deve ser orientada pelo princípio multitudinário, apostando no governo de muitos para afastar o risco de uma má mutação. Spinoza propõe a democratização das monarquias e das aristocracias e, neste sentido, (re)insere o político na produção do social.

Em seu projeto de constituição aristocrática, Spinoza visa estabelecer uma igualdade mínima pela proporcionalidade entre patrícios e plebeus para que o próprio Estado aristocrático se conservasse: “Nem as aristocracias devem orientar-se pelas minorias, sob pena de rebelião popular ou mesmo de concentração excessiva de poder, causa eficiente de toda e qualquer tirania”.

Mencionamos também que a proposta spinozana propunha a rotatividade dos cargos e a brevidade dos mandatos para garantir um governo de muitos: “Mesmo um Estado aristocrático, para Spinoza, deve possuir um grande número de governantes. Apenas muitos governantes são aptos a governar muitos

⁴⁷⁹ GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 26. Acrescenta o autor: “Se os homens não são anjos, por que haveriam os Americanos de confiar na lealdade, no bom senso, no intelecto e nas demais virtudes dos senadores, dos juízes da Suprema Corte e dos membros do Colégio Eleitoral?” Interessante observar o posicionamento contrário de Thomas Jefferson em relação ao *judicial review* e, portanto, ao exercício de filtro democrático pelos tribunais enquanto guardiões da constituição: “To consider the judges as the ultimate arbiters of all constitutional questions [is] a very dangerous doctrine indeed, and one which would place us under the despotism of an oligarchy. Our judges are as honest as other men and not more so. They have with others the same passion for party, for power, and the privilege of their corps. Their maxim is *boni judicis est ampliare jurisdictionem* [good justice is broad jurisdiction], and their power the more dangerous as they are in office for life and not responsible, as the other functionaries are, to the elective control. The Constitution has erected no such single tribunal, knowing that to whatever hands confided, with the corruptions of time and party, its members would become despots. It has more wisely made all the departments co-equal and co-sovereign within themselves.” --Thomas Jefferson to William C. Jarvis, 1820”. Disponível em: <http://www.famguardian.org/Subjects/Politics/ThomasJefferson/jeff1030.htm>. Acesso em 8 de abril de 2012. Thomas Jefferson destaca o caráter oligárquico do poder de revisão judicial e apresenta o entendimento de que os juízes são homens como quaisquer outros (e, portanto, não são anjos).

cidadãos”.⁴⁸⁰ Como vimos, para Spinoza, só há governo de muitos e a conservação do Estado passa pelo retorno ao princípio da política: a multidão.

Os federalistas percorrem o caminho contrário, destacando o político do social e absorvendo o poder constituinte na máquina constitucional: “Senado e Suprema Corte são instituições muito pouco numerosas às quais se atribui a tarefa de moderação das paixões e dos desejos populares”. Como conclui Francisco de Guimaraens: “A grande diferença entre as duas arquiteturas constitucionais é, portanto, a diferença entre duas alternativas políticas republicanas: a oligárquica e a democrática”.⁴⁸¹

As obras de Spinoza e dos federalistas apresentam, pois, alternativas antagônicas de organização do Estado: o governo de muitos ou o governo de poucos; a democracia ou a moderação; a dinâmica imanente das paixões e dos conflitos ou o controle dos desejos populares por instâncias compostas por poucos anjos virtuosos. Se governantes e governados estão submetidos às paixões nada justifica que uns sejam considerados mais aptos a governar que outros. Os federalistas, ao contrário de Spinoza, pressupõe a existência de diferentes racionalidades. A desigualdade material é, em última instância, associada à desigualdade de racionalidades. Esse discurso, de certa forma, aproxima os

⁴⁸⁰ Ibid. p. 27.

⁴⁸¹ Ibid. p. 27. O autor observa, ademais, que a conservação da república americana provavelmente se deu em virtude da existência da federação: “Foi a federação que terminou por assegurar a possibilidade de que o estado norte-americano se mantivesse nas mãos de muitos e, assim, se conservasse”. Explica Negri: “O contrapeso democrático está no federalismo. A constituição republicana deve se conciliar com o federalismo, estabelecer com ele um compromisso que lhes permita a integração. O compromisso da constituição nacional como federalismo é o compromisso do republicanismo com a democracia”. NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 240.

federalistas das teses de Locke.⁴⁸² Spinoza, por sua vez, compreende que a racionalidade política é virtuosa coletivamente⁴⁸³, afinal só há governo de muitos.

2.3

A função de guarda da constituição

“Key teachings of the Radical Enlightenment continue to offer pertinent and unsettling lessons. Who can doubt that ignorance and credulity, identified by the eighteenth-century radical enlighteners as the prime cause of human degradation and oppression, remains still the foremost foes of democracy, equality, and personal freedom; or that an informal aristocracy, like that which arose in America, eventually nurturing vast inequality of wealth, can endanger equality and individual liberty as much as any formal nobility based in lineage, rank, and legally anchored privilege?”⁴⁸⁴

Observamos que o sentido geral do sistema de *checks and balances* esteve essencialmente ligado à necessidade de se evitar que conflitos entre os poderes constituídos fossem submetidos à consulta popular. O artigo LXXVIII dos Federalistas, ao tratar do poder judiciário atribui a interpretação constitucional exclusivamente aos tribunais e, com isto, usurpa a capacidade constituinte do *homo politicus* americano. A função de guarda da constituição é conferida à Suprema Corte, que se torna a última instância neutralizadora do poder

⁴⁸² Ao racionalizar a acumulação ilimitada, Locke atribui a plena racionalidade somente a aqueles que podem apropriar desta forma. Com isso, conforme aponta Macpherson, Locke concebe uma diferenciação de propriedades e de racionalidades, uma naturalização de uma diferenciação de direitos e de raciocínios mascarada por uma igualdade formal geral baseada na objetividade do mercado: “Locke insiste em que a diferenciação da propriedade é *natural*, ou seja, que se verifica “fora dos limites da sociedade, e sem pacto”. A sociedade civil é instaurada para proteger posses desiguais, que já deram origem, no estado de natureza, aos direitos desiguais.” MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p. 243.

⁴⁸³ GUIMARAENS, Francisco de. *Dois modelos de república: Spinoza contra os Federalistas*, mimeo. p. 28.

⁴⁸⁴ ISRAEL, Jonathan I. *Enlightenment Contested: Philosophy, Modernity, and the Emancipation of Man 1670-1752*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. xii (preface). Ensinaamentos chave do iluminismo radical continuam oferecendo lições pertinentes e instigantes. Quem pode duvidar que a ignorância e a incredulidade, identificadas no século XVIII pelos iluministas radicais como as principais causas da degradação e da opressão humana, permanecem como os maiores inimigos da democracia, da igualdade e da liberdade; ou de que uma aristocracia informal, como a que surgiu na América, a nutrir uma vasta desigualdade de riquezas, pode ameaçar a igualdade e a liberdade tanto quanto qualquer nobreza formal baseada em linhagem, classe, e privilégios ancorados no direito? (tradução livre).

constituente. A mutação da ordem constitucional é confiada à Suprema Corte, a guardiã da ordem constituída.

O papel do poder judiciário no edifício republicano elaborado pelos *Founding Fathers* se encaixa justamente no esforço de submissão e contenção do poder constituinte e da democracia. Na obra de centralização que percorre completamente a Constituição americana, estreitando e encerrando os espaços residuais deixados à democracia, o poder judiciário e seu monopólio interpretativo da Constituição faz as vezes de Termidor. Atuando como fiel da balança do processo constitucional, o poder judiciário intervém nos conflitos enquanto guardião da Constituição (e de seus limites à democracia) e isto é feito em nome do povo. Neste sentido, Negri:

“Chegamos ao ponto: na Constituição dos Estados Unidos, o poder judiciário resolve dinamicamente as ambigüidades que a máquina constitucional evidencia na rigidez que lhe constitui a garantia. Ao atuar como elemento dinâmico de efetivação constitucional, o poder judiciário funda e inova. Atribui-se continuamente uma espécie de poder constituinte que revela a “força política” global da Constituição (...) O poder judiciário assume e exalta por si mesmo a explicitação de um poder constituinte insuscetível de aprisionamento nas malhas de uma constituição rígida. Trata-se de um engano, de um logro. Na realidade, a máquina se apropria do último terreno no qual o *homo politicus* ainda poderia produzir diretamente uma inovação. Tais são os frutos maduros da emancipação da política: nada restou do caráter social e universalista da política que encontrara expressão no movimento revolucionário. A centralização exacerbada da Constituição produz uma totalidade exclusiva na qual não há lugar para o poder constituinte.”⁴⁸⁵

O ideal de moderação de Montesquieu é assumido por Hamilton quando o poder judiciário é pensado por este como corpo intermediário a limitar o legislativo⁴⁸⁶: “A nobreza que aparece em Montesquieu como corpo intermediário, necessário a moderar o pendor despótico do monarca e da câmara de representantes, é aqui substituída pelos tribunais de justiça”.⁴⁸⁷ O poder

⁴⁸⁵ NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 255 e 254.

⁴⁸⁶ “não há por que supor que a Constituição poderia pretender capacitar os representantes do povo a substituir a *vontade* de seus eleitores pela sua própria. É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este ultimo dentro dos limites atribuídos a seu poder”. HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Editora Nova Fronteira, 2001. p. 481 (Artigo LXXVIII).

⁴⁸⁷ Nas palavras de Hamilton as distinções entre o modelo inglês de moderação pela Câmara Alta e o modelo americano de moderação por um corpo distinto de magistrados: “Talvez se pense que a

judiciário é pensado como instância moderadora dos demais poderes. A última peça garante a estabilidade ao modelo burguês, ao garantir que qualquer recurso ao povo seja negado. A política se torna, pois, refém dos poderes constituídos. Isto fica claro pela análise da retórica de Hamilton: a vontade dos eleitores não pode se deixar substituir pela vontade dos representantes do povo e, neste sentido, os tribunais devem atuar como intermediário entre o povo e o legislativo, protegendo o povo contra a usurpação do poder constituinte pelo legislativo: “os tribunais devem proteger o povo contra si mesmo, contra violações perpetradas pela maioria via legislativo”.⁴⁸⁸

Garantia de estabilidade contra as mutações da ordem constitucional: eis o que a guarda da constituição representa. Bercovici analise a célebre decisão em *Marbury v. Madison* como uma disputa em torno do direito permanente da constituição em contraposição à representação política temporária e mutável. A Suprema Corte afirma sua identificação com os representados e “defende que sua voz é a voz do povo”, neste sentido, a Corte seria a representante permanente da opinião popular: “Isto significa que todos os aspectos da opinião popular que estejam fora do que foi estabelecido na constituição desaparecem”.⁴⁸⁹

força da objeção consiste na organização particular da Corte Suprema proposta: no fato de ser composta de um corpo distinto de magistrados, e não de uma das câmaras do legislativo, como no governo da Grã-Bretanha e deste Estado (...) Dificilmente poderíamos esperar de um corpo que tivesse tido um papel, mesmo que parcial, na aprovação de leis más uma disposição a mitigá-las e moderá-las na aplicação. O mesmo espírito que atuou na sua feitura tenderia a atiar na sua interpretação. Seria menos ainda de esperar que homens que tivessem infringido a Constituição na condição de legisladores se dispusessem a sanar a falha no papel de juízes.” Ibid. p. 494-495 (Artigo LXXXI).

⁴⁸⁸ BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 103-104. “Creio que os defensores da Constituição proposta jamais se unirão aos seus inimigos para questionar o princípio fundamental do governo republicano pelo qual o povo tem o direito de alterar ou abolir a Constituição estabelecida sempre que a considerem incompatível com a própria felicidade; não se pode inferir desse princípio, contudo, que os representantes do povo, sempre que se apossasse da maioria de seus eleitores uma inclinação momentânea incompatível com dispositivos da Constituição vigente, estariam por isso autorizados a violar esses dispositivos; ou que os tribunais estariam mais obrigados a ser coniventes com infrações desse tipo do que com as que resultam inteiramente de conluíus do corpo representativo”. HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Editora Nova Fronteira, 2001. p. 483 (Artigo LXXVIII).

⁴⁸⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 179.

Marbury v. Madison deve ser compreendido neste contexto de disputa entre o pensamento revolucionário e a contra-revolução aristocrática. Como ensina Bercovici, nos Estados Unidos, a célebre decisão de 1803 é apontada como a confirmação da *rule of law*, de um governo das leis e não dos homens. A eleição presidencial de Thomas Jefferson ocorreu em um momento crítico, no qual os americanos, dada a situação revolucionária francesa, encontravam-se diante de um dilema: “reconhecer sua herança revolucionária e apoiar a França ou defender a estabilidade da ordem constitucional”. Neste cenário, a resposta da Corte pode ser compreendida como “um esforço para fixar a identidade americana sob a estabilidade do Estado de direito”.⁴⁹⁰

No contexto político americano, a disputa se corporifica visões opostas de Jefferson e Marshall (e, em última instância, dos federalistas) no que tange às mutações da ordem constitucional: “Jefferson acreditava que os problemas constitucionais não seriam resolvidos por alguma construção sábia, mas pelo apelo ao povo. A vontade do povo deveria ser reintegrada na constituição”. A Corte Suprema conjura a ameaça da política de revolução jeffersoniana, substituindo a ação política pelo direito do *rule of law*: “A Suprema corte de Marshall, a partir de um caso sem grande importância, tenta responder à pretensão de Thomas Jefferson subordinar o poder judiciário ao seu projeto revolucionário”.⁴⁹¹ Acerca das convicções políticas de Jefferson e sua oposição a que o *rule of law* substituísse o governo da maioria, Bercovici faz as seguintes considerações, que merecem ser reproduzidas aqui:

“Jefferson, por sua vez, entendia haver um conflito entre soberania popular e a “aristocracia constitucional” da suprema corte, que absorveu a representação do poder constituinte. A sua alternativa era apelar para a vontade da maioria. Se o governo respeita a vontade da maioria, esta se manifesta nas eleições. Caso contrário, po revolução. Jefferson via sua eleição como um ato revolucionário. Sua visão era oposta à dos convencionais da Filadélfia e dos autores dos *Artigos*

⁴⁹⁰ Ibid. p. 177.

⁴⁹¹ Ibid. p. 177-179. A banalidade do caso fica clara nesta passagem explicativa do caso por Bercovici: “Neste contexto da eleição de Jefferson, como todo o seu significado, ocorre a decisão *Marbury v. Madison*. O caso que grou a célebre decisão, em princípio, era banal. William Marbury havia sido nomeado juiz de paz em Washington ao final do mandato de John Adams. Após a sua derrota para Jefferson nas eleições, Adams nomeou seu secretário de Estado, John Marshall, em 20 de novembro de 1800, *Chief Justice*, além de todos os juízes federais. Jefferson assume a presidência com um poder judiciário hostil (...) A não consumação da nomeação de Marbury pelo novo secretário de Estado, James Madison, vai ocasionar a disputa judicial”. Ibid. p. 178.

Federalistas (entre os quais, o próprio James Madison), que achavam que o povo deveria ser protegido de si mesmo, e que, portanto, a constituição existia também contra a vontade popular do momento. Jefferson defende que o povo é responsável por si mesmo e que o rule of law não pode substituir o princípio republicano do governo da maioria. Para Jefferson, um Estado de direito independente da vontade popular é uma tirania dos tribunais”.⁴⁹²

Com *Marbury v. Madison*, a Corte arroga-se a representação da opinião do povo, o poder de criar e manter a constituição permanentemente: “A autoridade da constituição é deslocada do texto para a decisão judicial, que controla o seu significado”. Como destaca Érico de Araujo Bastos, a contra-revolução americana valeu-se do *judicial review* para proteger a ordem aristocrática. Bercovici, no mesmo sentido, observa que o sistema de controle de constitucionalidade apresentou-se como substituto da resistência dos cidadãos contra as usurpações do corpo legislativo. Uma solução interna para os conflitos e uma expulsão do poder constituinte da multidão⁴⁹³. O poder constituinte resta encapsulado no poder judiciário: “a Suprema Corte não apenas se apresenta como único espaço legítimo em que se decide a mutação – ou a cristalização – constitucional, mas como sujeito que determina sua forma, a oportunidade e conteúdo”.⁴⁹⁴

Outras duas teorias importantes no presente debate são as teorias de Benjamin Constant, acerca do poder moderador, e de Carl Schmitt, acerca do guardião da constituição. A questão que anima Constant, tal qual Montesquieu, é a limitação da soberania. Ele afirma que a soberania do povo tida como ilimitada é um grau de poder demasiado grande que constitui um mal, quer o exercício da soberania seja confiado a um, a vários ou a todos. Constant afirma que “é falso que a sociedade em seu conjunto possua sobre seus membros uma soberania sem limites”.⁴⁹⁵

⁴⁹² Ibid. p. 179.

⁴⁹³ Ibid. p. 180. BASTOS, Érico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 104.

⁴⁹⁴ Ibid. p. 106.

⁴⁹⁵ CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989. p. 62-63.

Constant, na esteira de Montesquieu, identifica a soberania ilimitada como sinônimo de despotismo: “A soberania popular é entendida por Benjamin Constant como uma soberania sem limites”. Constant insurge-se contra a possibilidade da soberania ilimitada dispor dos direitos individuais dos cidadãos. Para Constant, “A esfera privada deve ficar fora do alcance da soberania (...) A soberania deve ser limitada para preservar a autonomia privada dos cidadãos”.⁴⁹⁶ O conceito de vontade geral, em sua expressão abstrata e em sua expressão concreta (a dúvida fórmula rousseauiana da soberania popular concretizada na radicalidade do processo constituinte no tempo dos *sans-culottes*)⁴⁹⁷, deveria ser limitado para que se evitasse a tirania moderna.⁴⁹⁸

A necessidade de limitação da soberania (popular), ou do poder constituinte, leva Constant a indicar como mecanismos adequados de contenção a representação, o voto censitário, a não intervenção do Estado na esfera de assuntos privados, a divisão de poderes e a criação de uma instância de poder que agisse como autoridade moderadora a fim de garantir a estabilidade do Estado e da constituição liberal.⁴⁹⁹

O sistema representativo permitiria aos modernos liberdade para cuidar de seus interesses privados por não precisarem participar direta e continuamente da

⁴⁹⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 184. “O reconhecimento abstrato da soberania do povo não acrescenta nada na liberdade dos indivíduos e caso se lhe atribua uma dimensão ilimitada pode perder-se a liberdade”. CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989. p. 62.

⁴⁹⁷ BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 118.

⁴⁹⁸ “A soberania foi conferida à sociedade inteira. Desta passou obrigatoriamente à maioria; da maioria às mãos de alguns homens, às vezes às de um só homem”. Ibid. p. 63. Como explica Bercovici acerca da visão de Constant: “A tirania moderna, para ele, era diferente do despotismo tradicional, pois estava fundada na imitação da liberdade e na ilusão do consentimento. Robespierre e Napoleão exerceram seus governos tirânicos sob aparência democrática”. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 184.

⁴⁹⁹ BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 118.

vida pública. A liberdade moderna para Constant estava menos relacionada à participação direta na vida pública e mais relacionada à perseguição de interesses privados e à livre disposição dos bens, à gestão da vida privada sem a ingerência estatal.⁵⁰⁰ O controle sobre a escolha dos representantes era importante para Constant para que se evitasse a introdução de uma lógica igualitária que viesse a ameaçar a liberdade individual. O sufrágio censitário impediria que a classe trabalhadora, considerada incapaz para os assuntos políticos⁵⁰¹, tivesse acesso aos direitos políticos.

Como em Montesquieu, a separação de poderes é entendida como fundamental para se evitar o despotismo da assembléia de representantes. Ao conflito entre os poderes, a resposta de Constant é semelhante à de Montesquieu (e a dos *Federalistas*, da qual difere, contudo, por não prever um poder moderador no estilo judicial): o recurso à moderação. A garantia da constituição, em Constant, seria feita pelo “*pouvoir neutre ou préservateur*”⁵⁰²: “O guardião ideal

⁵⁰⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 183. “Em seu discurso de 1819 sobre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, Benjamin Constant afirma que a confusão entre os dois tipos de liberdade gerou os males da Revolução Francesa. A soberania exercida diretamente pelos cidadãos na antiguidade é contraposta à soberania exercida de modo fictício, pela representação, na modernidade. A democracia antiga é desmistificada, pois tratava-se de uma sociedade escravocrata e sem direitos individuais, com o indivíduo sacrificado ao todo. A liberdade dos modernos possuía diversa base social, com relações sociais mais complexas, que colocaram a perseguição dos próprios interesses e a livre disposição dos bens como prioridades para os cidadãos.”

⁵⁰¹ “Aqueles a quem a indigência mantém numa eternal dependência e condena a trabalhos diários, não têm maior informação que as crianças sobre os assuntos públicos, nem têm maior interesse do que os estrangeiros na prosperidade nacional, cujos elementos não conhecem e de cujos benefícios só participam indiretamente (...) É preciso, pois, além do nascimento e da idade legal, um terceiro requisito: o tempo livre indispensável para informar-se e atingir a retidão de julgamento. Somente a propriedade assegura o ócio necessário à capacitação do homem para o exercício dos direitos políticos”. CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989. p. 118.

⁵⁰² “Não é demais ressaltar que Benjamin Constant elabora as linhas mestras do seu conceito de poder moderador à época do Termidor, momento contra-revolucionário em que teóricos liberais, como Sieyès, se dedicaram a engendrar um arranjo institucional para neutralizar novas manifestações do poder constituinte. Era preciso preservar a ordem liberal, colocando a salvo a constituição de 1795, o que explica ter Constant denominado inicialmente o poder moderador como poder preservador ou neutro”. BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 120.

da constituição de Constant era o rei, que, com o “*pouvoir royal*”, reinaria sem governar e garantiria o equilíbrio e a ordem em caso de exceção”.⁵⁰³

“A monarquia constitucional nos oferece, como já disse, esse poder neutro tão necessário para o exercício normal da liberdade. O rei, num país livre, é um ser à parte, superior às divergências de opiniões, cujo interesse maior é a manutenção da ordem e da liberdade, inatingível por toas as paixões da condição comum, daqueles que estão temporariamente investidos de poder (...) O monarca flutua, por assim dizer, acima das contradições humanas”.⁵⁰⁴

Na concepção de Constant, os conflitos entre os poderes deveriam ser solucionados por um poder superior que por sobre eles pairasse. Um poder com iniciativa política própria que arbitrasse os conflitos entre as autoridades constituídas do Estado e sancionasse as reformas constitucionais. Um poder neutro e imparcial, distante das paixões dos homens comuns. Um poder discricionário⁵⁰⁵, um “*pouvoir d’arrêt*”⁵⁰⁶, que atua na exceção, como freio a pretensões usurpadoras dos poderes constituídos, preservando a ordem constituída, guardando a constituição contra os excessos apaixonados dos demais poderes.⁵⁰⁷ O poder moderador, como a única esfera inviolável de segurança e de imparcialidade,⁵⁰⁸ deve filtrar a vontade geral e decifrar seu significado.

⁵⁰³ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 185-186.

⁵⁰⁴ CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989. p. 77.

⁵⁰⁵ “não toca ao poder neutro um sistema rígido de regras ao qual esteja vinculado. Ele possui discricionariedade para, uma vez posto diante de uma situação de crise institucional, recompor a paz e a estabilidade da ordem constitucional valendo-se dos meios que julgar adequado.” BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 121.

⁵⁰⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 185.

⁵⁰⁷ BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 121.

⁵⁰⁸ CONSTANT, Benjamin. *Princípios políticos constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989. p. 77.

A neutralidade do monarca, a quem compete o exercício do poder moderador, depende de sua irresponsabilidade, em contraposição, os ministérios exerceriam um poder ativo e responsável. Nas palavras de Constant: “Constitui, efetivamente, a meu ver, a chave de toda organização política. O poder real (...) é um poder neutro e o dos ministros é um poder ativo (...) O poder real precisa estar situado acima dos fatos”.⁵⁰⁹ A imparcialidade do monarca depende, pois, da não cumulação do exercício do poder neutro com exercício do poder executivo.⁵¹⁰

Carl Schmitt utilizou-se da teoria do poder neutro para legitimar um soberano que pairasse sobre a sociedade alemã e fosse capaz de decidir politicamente nos momentos de exceção. Schmitt destaca a diferenciação entre *auctoritas* e *potestas* na teoria de Constant⁵¹¹, fundamental para legitimar a posição do presidente do Reich no Estado constitucional parlamentar. Enquanto na monarquia constitucional alemã, o monarca reinava e governava⁵¹², no Estado sob a égide da constituição de Weimar, ao presidente do Reich caberia um tipo especial de autoridade, a de terceiro neutro, apenas ativo em caso de emergência: “a função peculiar do terceiro neutro não consiste em atividade contínua de comando e regulamentar, mas, primeiramente, apenas intermediária, defensora e reguladora, e só ativa em caso de emergência”.⁵¹³

Tal qual Constant, Schmitt compreende que o judiciário não é o poder adequado para o exercício da função de moderação. O poder judiciário seria um

⁵⁰⁹ Ibid. p. 74. E acrescenta: “Esta criação permite o desdobramento dos desentendimentos sem nenhum perigo, sempre que não excedam certos limites, e que, quando o rei se manifesta lhe põe fim por meios legais, constitucionais e não arbitrários. Todo esse imenso benefício se perde, se se rebaixa o poder do monarca ao nível do poder executivo, ou se eleva este nível ao nível do monarca”. Ibid. p. 77.

⁵¹⁰ “Todo poder arbitrário se opõe à natureza do poder real. Assim sempre acontece uma destas suas coisas: ou este poder se converte em atributo da autoridade ministerial, ou o próprio rei, deixando de ser neutro, se torna numa espécie de ministro mais temido porque une à inviolabilidade que possui atribuições que nunca deveria possuir”. Ibid. p. 87.

⁵¹¹ “Para a história de conceitos da teoria do Estado, parece-me ser especialmente de interesse o fato de que a bipartição entre *auctoritas* e *potestas*, a qual considero uma distinção fundamental de pensamento estatal europeu, também possa ser reconhecida nessa doutrina de Benjamin Constant”. SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 197.

⁵¹² “Na Alemanha, a diferenciação entre *régner* e *gouverner* não foi compreendida nem de forma teórica, pois a diferenciação entre *auctoritas* e *potestas* estava há muito esquecida, nem de forma prática, pois o monarca da monarquia constitucional de estilo alemão realmente reinava e “governava”. Ibid. p. 197.

⁵¹³ Ibid. p. 200.

poder fraco justamente por apresentar mais *auctoritas* que *potestas*.⁵¹⁴ Schmitt defende, pois, o presidente do Reich como guardião da constituição, pois a função moderadora não deveria ser confiada a nenhum dos poderes existentes, mas a um poder especial neutro ao lado dos outros poderes, em relação de coordenação com eles.⁵¹⁵ A função peculiar do terceiro neutro é, ademais, “indispensável”: “Aqui ela é, como já sabia Benjamin Constant (...) um *pouvoir préservateur*, um “poder preservador”.”⁵¹⁶

Muito embora critique a neutralidade que o liberalismo atribui ao ordenamento jurídico, Schmitt utiliza-se do neutro. Schmitt não admite a imputação de soberania ao texto constitucional, a uma abstração, pois a soberania residiria na decisão concreta do Führer.⁵¹⁷ Contudo, utiliza-se da teoria do poder neutro de Constant para localizar e legitimar a posição do Führer no Estado constitucional parlamentar alemão.

Outra crítica de Schmitt se afigura de importância central ao trabalho e nos reconduz à ontologia e à política spinozana. Schmitt aponta que a função constitucional de um guardião da constituição visa a substituição do direito de resistência ou do que denomina “direito de emergência revolucionário”. Destaca que um guardião da constituição no sentido institucional torna o direito geral à insubordinação supérfluo.⁵¹⁸ O controle de constitucionalidade, como instrumento do exercício da função de guarda da constituição pelos tribunais pode, portanto, ser entendido como substitutivo do direito de resistência da multidão.

⁵¹⁴ Ibid. 199-200.

⁵¹⁵ “As divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência não podem ser decididas, no geral, judicialmente”. Ibid. p. 193.

⁵¹⁶ Ibid. p. 200.

⁵¹⁷ “Mais do que um Estado de direito, o nacional-socialismo consagraria um Estado de Justiça (...) Carl Schmitt recusa o positivismo sob a dominação nazista, defendendo uma espécie de direito natural vivo que, a todo momento, poderia alterar o sistema de legalidade, assegurando a Hitler o poder discricionário absoluto (...) O Führer protege o direito, como fonte imediata do direito e da justiça, podendo decidir sobre tudo. Ele é o juiz supremo do povo. No caos jurídico do Terceiro Reich, o ordenamento concreto de Schmitt não supera seu decisionismo. A multitude de ordens concretas significa que uma série de instituições tradicionais foram traduzidas em regras jurídicas, mas quem define o conteúdo de cada ordem, bem como quem pode criar novas ordens, é a decisão do Führer. A legalidade, assim, é destruída pela legitimidade, identificada com a vontade arbitrária do Führer”. BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 318.

⁵¹⁸ SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 31-32.

Como vimos, em Maquiavel, o povo é entendido como o mais apto a guardar a liberdade por ter menos esperança de usurpá-la e, em Spinoza, a transferência plena de direitos é uma impossibilidade ontológica e política visto que o próprio *conatus* ou essência humana é identificado com o direito natural. Tanto para que o príncipe ou monarca quanto para que o povo vivam em paz e em liberdade e estejam mais sob jurisdição de si próprios, as milícias devem ser controladas pelo povo que, em exercício do direito de resistência e vigilância permanente, deve guardar a liberdade.⁵¹⁹

Spinoza institucionaliza o direito de resistência, que é concebido como inerente à prática política, exercido, portanto, de forma permanente, na normalidade. Em Maquiavel, por sua vez, como vimos, os conflitos geram a boa ordem. A guarda da constituição e o exercício do controle de constitucionalidade pelos tribunais, ao contrário, opera como solução interna de conflitos que retira o direito de resistência da rotina ou da normalidade política.

Estas considerações são importantes quando se pretende entender e questionar a legitimidade da função de guarda da constituição e o exercício do poder de revisão judicial ou controle de constitucionalidade. Vimos que na máquina federalista, o recurso ao povo se torna supérfluo pela solução interna de atribuição do monopólio interpretativo aos tribunais. Vemos agora em Schmitt que outra forma de olhar para a questão da guarda da constituição é como espoliação do direito de resistência do povo. Nas duas soluções a guarda da liberdade é entregue ao poder judiciário e não ao povo e o povo é protegido de si mesmo.

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

O debate acerca da guarda da constituição teve ressonância no Brasil. O poder moderador operou oficialmente no Brasil até a derrubada no Império. Durante o Império, o Imperador era, consoante artigo 98 da Constituição de 1824,

⁵¹⁹ Remetemos o leitor às explicações dadas no item 2.1 deste capítulo acerca da institucionalização do direito de resistência, da divisão do exercício do poder no *Imperium* e da democracia como forma absoluta e mais natural de governo.

a chave de toda a organização política. Após a derrubada do Império, correspondentes funcionais do poder moderador podem ser identificados na política dos Estados ou dos governadores; na figura do presidente da república durante o período de Getúlio Vargas e no Supremo Tribunal Federal.⁵²⁰ Analisar extensivamente cada um destes períodos políticos e a história da função moderadora no Brasil ultrapassaria o escopo deste trabalho. Aqui nos concentraremos exclusivamente no debate em torno da guarda da constituição.

O debate mais intenso em torno da necessidade de um órgão que fizesse as vezes de poder moderador ocorreu por ocasião da Revolução de 30 e da ruptura do pacto oligárquico.⁵²¹ O anteprojeto da constituição de 1934 previa o judiciário como “chave da abóbada da constituição política”.⁵²² Ao Supremo Tribunal Federal caberia a função de “ser o grande *poder político*, contendo o Legislativo e o Executivo nas orbitas que a Carta Constitucional lhes traça, e contra os excessos de ambos”⁵²³. O grande poder político do Estado teria em seus julgamentos a mais alta lei do país. O Supremo Tribunal seria um “*paramount power*” e seus julgamentos configurariam “*the highest law of the land*”⁵²⁴.

Diversamente, o artigo 96 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 previa que a Câmara dos Deputados poderia remover a inconstitucionalidade de lei declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Francisco de Campos, Ministro da Justiça de Getúlio Vargas, em defesa do novo regime e da autoridade especial do chefe do executivo em casos emergenciais, rejeita a concepção segundo a qual ao judiciário caberia a última palavra na interpretação constitucional.

⁵²⁰ Para um percurso mais ou menos detalhado da função moderadora no Brasil: ver BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. Conforme coloca o autor: “o Brasil emergiu como nação independente, moldado pela teoria do poder moderador e, desde então, tem sua história pontuada por aspectos que remontam a uma propalada necessidade de moderar a democracia, de salvar o “povo” de si mesmo.” Ibid. p. 156.

⁵²¹ Ibid. p. 142-143.

⁵²² MANGABEIRA, João. *Em torno da constituição*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934. P. 100.

⁵²³ Ibid. p. 99.

⁵²⁴ Ibid. p. 100.

Francisco de Campos argumenta que a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade das leis não é um atributo essencial ou universalmente reconhecido ao judiciário. Segundo ele, é um atributo do poder judiciário de tipo americano. Argumenta que a constituição americana foi produto de um pequeno número de grandes legistas e que a supremacia do judiciário com a prerrogativa de guarda supremo da constituição que lhe foi conferida não passou de arranjo ou construção imaginada por legistas. Sendo os legistas, por natureza, conservadores, os arranjos por eles criados são dominados pelo espírito estático de garantia que assegure a permanência e a estabilidade.⁵²⁵

Segundo Francisco Campos, pelo temor às instituições democráticas, aos legistas que formularam a teoria da constituição americana coube criar “um super-poder, de caráter permanente e sem nenhuma dependência para com os movimentos de opinião”. Para Francisco Campos, conferir ao judiciário o poder final de interpretação constitucional é, pois, conferir-lhe um poder de moderar, de inibir os ímpetus democráticos.⁵²⁶ Esclarece que a verdade é que o mecanismo de controle judicial de constitucionalidade das leis tinha como finalidade exclusiva não a proteção do povo, mas a dos interesses criados ou da ordem de coisas estabelecida.⁵²⁷ O controle judicial de constitucionalidade sem a possibilidade de remoção da inconstitucionalidade pelo parlamento constituiria, pois, um bloqueio à democracia, pois a supremacia do judiciário seria, em realidade, uma supremacia política arquitetada para conservar a ordem estabelecida contra a evolução das instituições democráticas.⁵²⁸

Érico de Araujo Bastos ressalta a curiosa concepção de democracia de Francisco Campos. Segundo o autor, ao longo do texto da constituição de 1937, o parlamento foi transformado “em pouco mais que um conselho orçamentário”.

⁵²⁵ CAMPOS, Francisco. *O estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Livraria José Olympio Editora, 1941. p. 104.

⁵²⁶ BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. P. 143.

⁵²⁷ CAMPOS, Francisco. *O estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Brasília: Livraria José Olympio Editora, 1941. p. 105.

⁵²⁸ Ibid. p. 107.

Ensina que o parlamento proposto por Francisco Campos distanciava-se do povo, devendo inclusive a câmara dos deputados ser eleita por sufrágio indireto.

Observa ademais que, ao disciplinar o estado de emergência, o texto constitucional de 1937 possibilita o governo por meio de estado de exceção permanente: a constituição autoriza o presidente a dissolver o parlamento e declara, ela mesma, imediatamente dissolvida a câmara dos deputados e o senado federal, permitindo que o presidente governe por decreto-lei até que plebiscito fosse convocado (pelo próprio presidente) para convalidação da nova constituição.⁵²⁹ Francisco Campos defende, pois, o governo permanente de Getúlio Vargas, em uma teoria similar a do poder neutro elaborada por Schmitt.⁵³⁰

“Com a transplantação, para o Brasil, do regime federativo e do princípio da supremacia do Poder Judiciário, pela prerrogativa a este concedida de declarar a inconstitucionalidade das leis e dos atos do Executivo, nasce e floresce em terras brasileiras o prestígio incomparável da mais típica e original das instituições americanas: a Corte Suprema dos Estados Unidos. Através de uma esplendida pregação cívica, muito contribuiu RUI BARBOSA para elevá-la, entre nós, à categoria dos mitos. Armado de grande erudição (...) e com a visão deformada pelas “afinidades morais da paternidade” da Constituição republicana, calcada no texto elaborado pelos convencionais da Filadélfia, transmitiu o baiano ilustre a seus contemporâneos e praticamente legou até os nossos dias um retrato da Corte Suprema americana como um tribunal sempre destemido perante o Executivo, preferindo inalteravelmente *comprometer-se* a evitar riscos pessoais. Referindo-se ao caso *Marbury v. Madison*, disse Rui: “A cúpula do Capitólio de Washington não mede certamente a altura, a que se elevou, desde esse momento, aquela fortaleza inacessível, erigida a Constituição americana, como um espigão de serra, no alto da maior cumeada moral, a cujos pés haviam de torvelinhar impotentes os ventos da revolução, e bruxulear, no fundo dos partidos, os fogos-fátuos rasteiros do interesse, acendendo a superfície do pântano os seus sofismas efêmeros”. Acompanhando MARSHALL, “que enfeixa nas mãos toda a autoridade da nova Republica, supor-se-ia acompanhar a própria Justiça numa encarnação genial, destinada a dar aos homens uma visão da divindade do seu

⁵²⁹ BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 144. Érico aponta, ainda, que muito embora Francisco Campos critique o resquício de poder moderador, não parece desarrazoado identificar no Estado Novo traços do poder moderador na modalidade pensada por Carl Schmitt: “A influência que o pensamento de Schmitt exerceu sobre a teoria de Francisco Campos é evidente. Na concepção de Schmitt, o poder moderador não se separa da função presidencial. Ele constitui um tipo especial de autoridade que o chefe do executivo necessita possuir pra lidar com questões de autoridade que o chefe do executivo necessita possuir para lidar com questões emergenciais para as quais o modelo liberal, e sua arrastada deliberação parlamentar, não se mostrou eficaz (...) Este poder neutro, portanto, confere ao chefe do executivo, autoridade de decidir politicamente em caso de estado de exceção, sem as amarras impostas pelo parlamento.” Ibid. p. 145-146.

⁵³⁰ Érico Araújo Bastos ressalva, contudo, que: “consistiria equivoco desmedido ler este momento histórico apenas pelas lentes do poder moderador de viés schmittiano” Ibid. p. 146.

poder.” Escrevendo como advogado e tendo sempre em vista a defesa de uma causa, ainda que a da Nação brasileira, punha RUI a Corte Suprema dos Estados Unidos nesse nível supra-terreno e supra-humano a fim de incitar a nova Justiça Federal, organizada pelo dec. N. 848, de 11 de outubro de 1890, a haurir força e entusiasmo nos exemplos do seu grande modelo e a agir como pedra angular do novo sistema, como poder soberano e moderador, mantenedor do equilíbrio, regularidade e independência dos outros poderes e assegurador do livre exercício dos direitos do cidadão (...) Por força da adoção do regime federativo no Brasil, tornaram-se a Constituição, a jurisprudência e as autoridades constitucionais americanas, a partir da doutrinação de RUI BARBOSA, fontes de interpretação entre nós. Nenhum debate constitucional importante, desde então e até hoje, nenhum constitucionalista ou publicista que se preze, nenhuma grande decisão do Supremo Tribunal Federal passou ou passa sem a citação de precedentes ou de constitucionalistas americanos.”⁵³¹

Importante ressaltar, por fim, que o Supremo Tribunal Federal foi idealizado, em sua Gênese, como herdeiro das funções do poder moderador: “No processo de elaboração da Constituição de 1891 suscitou-se estruturar o STF como instituição que, tal qual a Suprema Corte americana, mediasse os conflitos e temperasse os excessos democráticos”.⁵³² A Constituição de 1891 não previa o poder moderador e, neste vazio, a atribuição do papel de guardião da constituição coube ao Supremo Tribunal Federal⁵³³: “A Constituição de 1891, que (...) foi elaborada sob inspiração do direito constitucional norte-americano, reservou ao

⁵³¹ RODRIGUES, Leda Boechat. *A corte suprema e o direito constitucional Americano*. Revista Forense, 1958. P. 11-13.

⁵³² Ibid. p. 158. “ Com o fim do Império (1822-1889) e a proclamação da República no Brasil (1889), através do Decreto nº 1, de 15.11.1889, revogou-se a Constituição Imperial brasileira de 1824 e iniciaram-se os trabalhos para a confecção de um novo texto constitucional, o que veio a se consolidar com a promulgação da Constituição Republicana de 1891. Esta teve como maior inspiração o sistema constitucional americano, cuja influência se deu em grande parte através da incorporação ao diploma constitucional brasileiro das ideias propostas por Rui Barbosa, grande conhecedor daquele sistema. Basta mencionar alguns institutos básicos da Constituição Federal de 1891, tais como o federalismo, a democracia e o presidencialismo, para constatar quão forte foi a influência do direito norte-americano na Lei Magna brasileira. Com efeito, tal influência foi bastante marcante também no que tange (i) à adoção expressa do sistema tripartite de poderes – abandonando-se a fórmula quadripartida inspirada em Benjamim Constant e incorporada na Constituição de 1824 – e (ii) à previsão do Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do poder judiciário”. CARNIELE, Eduardo Vieira. *Estudo comparado entre a suprema corte Americana e o supremo tribunal federal na constituição de 1891*. Revista Direito, Estado e Sociedade - n.30 – p. 22 a 32 - jan./jun. 2007. p. 22.

⁵³³ Érico Araújo Bastos destaca que, na realidade, a função de moderação foi assumida pela política dos governadores: “A constituição material da recém instituída república brasileira, no entanto, induziu Campos Sales à adoção da política dos Estados como substituto funcional do Poder Moderador para operar uma mudança conservadora e consolidar a oligarquia no poder”. Ibid. p. 158.

Supremo Tribunal Federal um papel de destaque no que se refere à guarda da Constituição”.⁵³⁴

O fato de que, em seu nascedouro, a Corte Suprema tenha sido inspirada pelo ideal da moderação e idealizada como guardiã da constituição não significa, contudo, necessariamente que sua versão atual seja a consagração do projeto constituinte de 1891.⁵³⁵ Todavia, o fato de que o ideal moderador que informava a Suprema Corte norte-americana se fez presente na gênese do Supremo Tribunal Federal é um dado relevante para a análise de seu funcionamento, especialmente quando observamos que “a adoção do controle de constitucionalidade concentrado pelo texto de 1988, diversamente do ocorrido em 1891, confere mais poder e, portanto, mais condições para a atuação do Supremo como equivalente funcional do poder moderador”.⁵³⁶

Érico Araujo Bastos observa, ademais, outros pontos relevantes para se pensar a estrutura e a atuação do Supremo Tribunal Federal. O tribunal é composto por apenas onze membros, detentores de mandato vitalício e indicados pelo Presidente da República, mediante convalidação do Senado (estrutura semelhante à norte-americana). O autor destacou, ainda, que os ministros egressos da ditadura militar foram mantidos na composição do Tribunal. Quanto a uma possível mudança de rumo a partir de sua composição apenas por membros cujo acesso se deu sob as regras da nova constituição, Érico conclui: “Analisando o conteúdo do ativismo praticado pelo STF, percebe-se que a alternância na forma não reflete necessariamente o compromisso com a democracia que a constituição demanda”.⁵³⁷

⁵³⁴ LEITE, Fábio Carvalho. *1891: A constituição da matriz político-institucional da república no Brasil*. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2002; p. 136. Para um trabalho conciso que destaca a inspiração de Rui Barbosa em Montesquieu e nos Federalistas para pensar a função de controle de constitucionalidade das leis na nova república ver: MARMELSTEIN, George. *Quanto tudo começou: surgimento da jurisdição constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://georgemlima.blogspot.com>. Acesso em 15 de abril de 2012.

⁵³⁵ BASTOS, Erico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 158.

⁵³⁶ Ibid. p. 159.

⁵³⁷ Ibid. p. 164.

Longe de adotar uma postura determinista, contudo, o autor se propôs a analisar os caminhos trilhados pelo Tribunal desde a promulgação da constituição de 1988, a fim de identificar reminiscências de práticas de bloqueio da democracia. Seu percurso o permitiu perceber que a feição liberal que tem marcado a atuação do Tribunal pouco se compatibiliza com o conteúdo da Constituição Cidadã. O autor cita Boaventura de Souza Santos e sua alegação de que está em marcha uma contrarrevolução jurídica em alguns países latino-americanos.⁵³⁸ Acreditamos que a tudo isto se relaciona a reforma do judiciário (e, conseqüentemente a súmula vinculante), porém, como desde o início se alertou, o contexto político e econômico da reforma não será objeto do presente trabalho.

“Boaventura ressalta que o ativismo judicial pode ter viés eminentemente conservador, contrário à competência que a Constituição atribui ao Supremo. O neoconstitucionalismo, teoria que prega a concessão de maiores poderes aos tribunais, conquanto esteja preocupado em conferir arsenal para concretização dos princípios constitucionais, não produziu respostas eficazes para conter o risco de os tribunais superiores tomarem de assalto o poder constituinte, reescrevendo a Constituição ao seu talante. A questão não pode resumir-se ao apelo à maturidade da corte, eventualmente obtida com o passar do tempo; o problema reside na própria forma pela qual este tribunal se estrutura e sua solução passa pelo aprimoramento de mecanismos institucionais que coloquem a atuação do Supremo sob o controle da comunidade; mecanismos institucionais que atrelem e reconduzam o controle de constitucionalidade a uma concreta manifestação do poder constituinte”.⁵³⁹

Como explica Érico Araujo Bastos, o importante é pesquisar mecanismos que reconduzam o controle de constitucionalidade ao sujeito do poder constituinte⁵⁴⁰ (e isso não significa afirmar que o STF esteja atuando como guarda da constituição e poder moderador tal qual idealizado em 1891). Como apontamos em nossa introdução, este não é, contudo, o intuito deste trabalho, que termina no início, questionando a legitimidade das súmulas vinculantes e entendendo-as

⁵³⁸ “Entendo por contrarrevolução uma forma de ativismo judiciário conservador que consiste em neutralizar, por via judicial, muito dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas Constituições”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A contrarrevolução juridical in Folha de S. Paulo*, 04 de dezembro de 2009. Apud BASTOS, Érico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado. Programa de pós-graduação em direito do Departamento de direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. p. 166.

⁵³⁹ Ibid. p. 168.

⁵⁴⁰ Ibid. p. 159.

como elemento acirrador da tensão entre o controle de constitucionalidade brasileiro e a democracia.