

Introdução

Antes de expor o trajeto do trabalho e o método adotado, devemos percorrer as razões que impulsionaram a escolha do tema.

A adoção das súmulas vinculantes¹ pelo ordenamento jurídico pátrio completará em breve uma década. Muitos foram os que já se debruçaram sobre o tema tanto para ressaltar seus méritos quanto para apontar e criticar seus deméritos. A reforma do judiciário ocasionada pela emenda constitucional 45 de 2004 (veículo de implementação das súmulas vinculantes) também em breve completará uma década. Inúmeros trabalhos abordaram dita reforma, sob os mais variados enfoques. Por que, então, produzir mais um trabalho sobre súmula vinculante?

A súmula vinculante é fruto da proposta de emenda constitucional 500/97, em tramitação conjunta com a proposta de emenda constitucional 96/92, que recebeu inúmeras modificações, e que, ao final, deu lugar à adoção de um substitutivo. Sua adoção definitiva ocorreu em 2004. Proposta da década de noventa, adotada há quase dez anos. Até então, há mais razões para crer que o tema já não apresenta muita relevância. Todavia, a primeira súmula vinculante foi publicada em 2007 e o poder de edição de súmulas tem sido exercido regularmente pelo Supremo Tribunal Federal desde então, já contabilizando 32 súmulas até o momento.

O debate em torno do poder de sumular, um poder em pleno exercício e em franca expansão, é atual porque a reforma do judiciário não se extinguiu em

¹ “Súmula (de *summula*) expressa o diminutivo, o resumo, a menor parte de *summa*, que significa soma. A soma é a jurisprudência, no sentido do *Civil Law* (precedentes reiterados de um tribunal para casos iguais). A súmula vinculante é a mínima parte da jurisprudência dominante da Suprema Corte, que prende ou amarra a obediência dos juízes e tribunais (*vinculum* = laço, atilho, liame). O termo *vinculante* provém da expressão latina que marca a Chiesa di San Pietro *in Vincoli*, mandada erigir por Leão I Magno, no século V, para abrigar parte das correntes que prendiam São Pedro na Prisão Mamertina”. MELO, José Tarcízio de Almeida. *Súmula Vinculante: aspectos polêmicos, riscos e viabilidade*. Disponível em: http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/sumula_vinculante.pdf. Acesso em 12 de abril de 2012. p. 1.

2004. Como bem apontaram muitos estudiosos do tema da reforma nos judiciários da América Latina, as reformas da legislação infraconstitucional também são parte da reforma do judiciário.

Institutos acrescentados à legislação processual pátria como a súmula impeditiva de recurso (artigo 518, parágrafo 1º, CPC), o indeferimento liminar de petição inicial (artigo 285-A, CPC), a repercussão geral no recurso extraordinário (artigos 543-A e 543-B, CPC) e o julgamento de recursos especiais repetitivos (artigo 543-C) são parte da reforma. O novo código de processo civil brasileiro é parte e continuidade da reforma. Eis a atualidade do tema.

O texto de justificação da PEC 15/2011, prevendo que o recurso extraordinário seja ação rescisória extraordinária e que o recurso especial seja ação rescisória especial, deixa clara a relação entre a reforma processual e a reforma de carácter geral operada em 2004: “A Reforma do Poder Judiciário, aprovada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, trouxe importantes inovações dirigidas à racionalização do sistema processual pátrio, entre as quais a súmula vinculante e o instituto da repercussão geral (...) A Reforma de 2004 deixou, contudo, algumas questões pendentes.”²

O estudo crítico acerca do papel da cúpula do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional é de fundamental importância em tempos de reformas que introduzem mecanismos de centralização poderosos, como as súmulas vinculantes.

O uso das súmulas vinculantes permite que o Supremo Tribunal Federal (STF) confira eficácia vinculante a qualquer tese jurídica e, neste sentido, o instituto trazido pela EC 45/04 ao sistema de jurisdição constitucional brasileiro confere ao STF o poder de determinar à Administração Pública, aos demais

² PEC15/2011. Ademais, em maio de 2011, houve um seminário sobre o impacto da reforma do código de processo civil (CPC) no cenário econômico promovido pelo Ministério da Justiça e pela escola de direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Neste seminário, o tema foi o impacto do novo código no ambiente de negócios no Brasil. O novo CPC é visto por muitos como um instrumento de atração de mais investimentos e créditos para o país, por conferir maior segurança jurídica e previsibilidade ao empreendedor, além de celeridade. Ver notícia publicada no site do Ministério da Justiça. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/cpc/seminario-no-rio-de-janeiro-discute-novo-codigo-de-processo-civil>. Os objetivos que nortearam a reforma em 2004, ao que tudo indica, encontram-se vivos, atuais e influenciando a continuidade de reformas.

órgãos do Poder Judiciário e aos particulares a observância compulsória de sua jurisprudência³.

As razões comumente trazidas para justificar o instituto das súmulas vinculantes gravitam em torno dos benefícios da celeridade e da eficiência na administração da justiça, com a diminuição do número de recursos que chegam ao STF. O argumento do eficientismo, com a simplificação do processo decisório pela centralização da tarefa interpretativa na corte constitucional parte da premissa de que “em uma sociedade de litígios de massa, não é possível o apego às formas tradicionais de prestação artesanal de jurisdição”.⁴

Uma concepção de multidão capaz de autogovernar-se fica solapada por uma compreensão de que o que há é uma massa que necessita de regência do Pai-Tribunal. Tal paternalismo representado na centralização decisória⁵ neutraliza a potência da multidão e obstrui espaços abertos à democracia. O processo democrático é beneficiado quando o espectro de intérpretes da constituição é ampliado e não, pelo contrário, quando a “comunidade dos intérpretes da constituição”⁶ é concebida como que numa menoridade permanente.

³ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 82.

⁴ Ibid. p. 80.

⁵ Neste sentido, há uma nítida opção pela segurança jurídica em detrimento da democracia enquanto liberdade participativa, de auto-constituição do comum: “Apesar da pluralidade de instâncias decisórias, o poder político exercido pelo Estado é essencialmente uno, e não se deve aceitar como plenamente natural que ele produza manifestações incompatíveis entre si. No caso das decisões judiciais, torna-se ainda mais importante que haja a maior uniformidade possível, na medida em que elas constituem atos de aplicação do Direito, e não opções discricionárias.” BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 82. Data vênia, a discricionariedade reside na supressão das divergências, no calar das vozes díspares, na supressão da pluralidade em prol de uma uniformidade ficta e imposta de cima para baixo. Heteronomia e descolamento do real imanente. A concentração do poder político nos 11 magistrados da corte opera, na tensão entre poder constituinte e poder constituído, justamente suprimindo o poder constituinte. E é isto que não é natural. É isto que não é democrático.

⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 30-31. Ainda: “A sociedade é livre e aberta na medida que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido *lato*.” Ibid. p. 40

As súmulas vinculantes podem ser editadas, revistas ou canceladas tão somente pela decisão de dois terços dos ministros do STF.⁷ Além disso, “a constituição e a lei não especificaram o número de decisões que deve anteceder a medida”⁸. Portanto, na prática, fica ao alvedrio do STF o poder de decidir quando uma questão constitucional foi suficientemente objeto de “reiteradas decisões” a ponto de se justificar sua cristalização em súmula vinculante.⁹

O instituto das súmulas vinculantes aliado a outros que são parte de uma mesma tendência, como o controle interno do Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça, também parte da reforma de 2004, e as escolas oficiais de magistratura¹⁰, impactam negativamente a independência funcional dos

⁷ “O quórum qualificado contribui para a legitimidade da vinculação imposta, além de promover segurança jurídica, atestando a estabilidade do entendimento sumulado.” BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 84.

⁸ Ibid. p. 84.

⁹ “Embora a exigência constitucional de reiteração não possa ser desprezada, cabe ao próprio STF avaliar em que momento determinada questão encontra-se madura para ser sumulada” Ibid. p. 84-85. Ainda, em nota de pé de página: “O Ministro Sepúlveda Pertence chegou a sugerir, *obiter dictum*, que seriam necessárias “pelo menos umas três decisões, com relatório lido”. V. STF, DJU, 9 dez. 2005, CC 7.204/MG, Rel. Min. Carlos Britto. Uma das críticas públicas às súmulas vinculantes como a do uso de algemas ou a do nepotismo foi, precisamente, a escassez de precedentes necessários a preencher o requisito constitucional de “reiteradas decisões”.

¹⁰ “O novo consenso formado a partir do final dos anos 90 demonstra que a eficácia do modelo econômico proposto depende de um Estado forte e com instituições sólidas e eficazes atuando em “parceria” com o mercado, sendo o Judiciário fundamental, pois é quem vai julgar a aplicabilidade das novas leis de ajuste da economia e dos contratos, de modo que sua estabilidade e previsibilidade importam na maior possibilidade do investidor calcular o risco de “aportar recursos” no país. Diversos documentos produzidos pelo Banco Mundial demonstram as propostas de como implementar as políticas de reforma do Estado e da economia e a absorção desses valores é revelada nos mais diversos setores da atividade estatal e, inclusive, nas decisões dos Tribunais. Quanto aos Tribunais, as novas medidas propõem mais do que o simples convencimento do magistrado pela via da absorção da ideologia neoliberal difundida por meio dos documentos, pesquisas e textos que veiculam os valores propostos, hoje se fala, explicitamente, em capacitação e treinamento dos juízes quanto à aplicação das novas leis. Tal tema é de extrema relevância neste momento em que acabamos de aprovar reforma constitucional que prevê a criação da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, a ser criada junto ao TST (inciso I do § 2o do artigo 111-A da CF) e a equivalente Escola Nacional que funcionará junto ao STJ (art. 105, parágrafo único, I) com atribuição para regular os cursos de preparação e aperfeiçoamento da magistratura, obrigatórios para o vitaliciamento e promoção na carreira. O aprofundamento desse debate tem relevância hoje, também, pela crise do paradigma do conhecimento científico positivista e suas repercussões no pensamento jurídico e pela crise do Judiciário diante das exigências da sociedade complexa, na qual, não só os agentes econômicos, mas também diversos atores sociais e políticos têm buscado no Judiciário resposta para suas pretensões, muitas vezes deslocando para este poder a arena dos debates antes travados em outros espaços públicos ou privados.” FREITAS, Graça Maria Borges de. *A reforma do judiciário, o discurso econômico e o desafio da formação do magistrado hoje*. Rev. Trib. Reg. Trab. 3a Reg., Belo Horizonte, v.42, n.72 p.31-44, Jul./Dez. 2005. p. 32.

magistrados, principalmente os de primeira instância. Este aspecto do problema já afigura-se como justificativa suficiente para este estudo.

Pode parecer um contrassenso afirmar, como fez Cláudio Baldino Maciel¹¹, que as súmulas vinculantes fazem parte de um projeto destinado a diminuir a expressão político-institucional do Poder Judiciário, porque, afinal, o poder da Cúpula do Judiciário foi estupidamente aumentado com este mecanismo. Todavia, na realidade, o que não falta é lucidez nesta constatação, posto que o fortalecimento da cúpula ocorreu em detrimento do restante do Poder Judiciário, com a limitação aguda da independência funcional dos magistrados de 1ª e 2ª instâncias (especialmente de 1ª) pela exigência de obediência ao Supremo Pai-Tribunal.¹²

¹¹ “No caso da reforma do Poder Judiciário no Brasil, coincidentemente as linhas mestras dos projetos apresentados no Parlamento nacional, com o beneplácito do governo federal, são em tudo similares às propostas do Banco Mundial, bastando-se, para chegar a tal conclusão, a mera leitura do documento ora analisado e a dos projetos reformadores.” MACIEL, Cláudio Baldino. *O juiz independente no Estado Democrático*. Revista Cidadania e Justiça publicada no 1º semestre de 2000. p. 70. Ainda: “O mesmo documento admite que as reformas serão “alterações sistêmicas, de longo termo, ao invés de reformas superficiais passíveis de serem revertidas”. Este, assim, é o interesse do Banco Mundial: a mudança estrutural de nossos Judiciários, profunda o suficiente para não poder ser revertida. Isto porque, ainda segundo a visão do Banco, a economia de mercado “demanda um sistema jurídico eficaz para governos e setor privado, visando a solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes e as transações mais complexas, as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância”. E, digo eu, mais importantes e eficazes serão, aos olhos da dita agência econômica, se forem mais previsíveis na incapacidade que tenham de impor limites, ainda que constitucionais, à circulação anárquica de capitais na busca única do lucro em nossos respectivos países.” Ibid. p. 71.

¹² Muitos são os estudos acerca da reforma do judiciário, da relação entre esta e a globalização e da influência de organismos supranacionais e dos valores de mercado, tais como previsibilidade e eficiência, como norte das reformas. Uma digressão no tema foge, contudo, ao escopo limitado desta dissertação. Para um apanhado representativo da bibliografia a respeito do tema ver, entre outros: ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. *Direito, Economia e Desenvolvimento: a influência do banco mundial nas recentes reformas do judiciário brasileiro*. Monografia. Universidade Estadual de Maringá, 2010; SANTOS, Marcelo. *O poder norte-americano e a América latina no pós-guerra fria*. São Paulo: FAPESP, 2007; CANDEAS, Ana Paula L. S. *Juízes para o mercado? – Os valores recomendados pelo Banco Mundial para o judiciário em um mundo globalizado*. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Ciência Política e Relações Internacionais, Universidade de Brasília, 2003; SADEK, Maria T. *Poder Judiciário: perspectivas de reforma*. Revista opinião pública, Campinas, v. X, n.1, p. 11-33, maio/2004; PORTO, Julia F. *Acesso à justiça: Projeto Florença e Banco Mundial*. Dissertação de Mestrado. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009; MACIEL, Cláudio Baldino. *O juiz independente no Estado Democrático*. Revista Cidadania e Justiça publicada no 1º semestre de 2000; MACIEL, Cláudio Baldino. *A reforma do poder judiciário e a influência do Banco Mundial*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas, São Paulo, n.11, p. 66-76, 2000; FERREIRA, Cloves Augusto Alves Cabral. *Globalização e Poder Judiciário: Os valores considerados na reforma do Poder Judiciário no Brasil*. Florianópolis, 2005. Dissertação de Mestrado. 159 p.

Para além do panorama brasileiro após a reforma do judiciário, outras tentativas de confisco do poder constituinte, que ao fim e ao cabo, foram ratificadas pelas cortes constitucionais, justificam nosso estudo, seja a fraude eleitoral ocorrida nos Estados Unidos da América quando da controversa vitória de George W. Bush sobre Al Gore, o golpe de Estado ocorrido em Honduras em 2009 ou a atuação da Suprema Corte norte americana em 21 de janeiro de 2010, no julgamento do caso *Citizens United v. Federal Election Commission*, no qual a corte reverteu o entendimento que proibia corporações de gastar livremente no apoio de candidatos políticos. Para a Suprema Corte, a liberdade de expressão justificaria que o financiamento por corporações de propaganda política não pudesse ser limitado. O próprio Presidente Obama se pronunciou contrário ao entendimento, ressaltando seu caráter pouco democrático. Em resposta à decisão da Suprema Corte, o Congresso introduziu o *DISCLOSE Act (Democracy is Strengthened by Casting Light On Special Elections Act)*. Este projeto de emenda ao *Federal Election Campaign Act* passou pela Câmara dos Representantes, mas não virou lei.

Além disso, há indícios de ampliação no uso do *judicial review* como instrumento de controle dos atos do parlamento frente aos limites constitucionais. Houve uma expansão do controle de constitucionalidade concentrado (e, em grande parte, abstrato) com a adoção das cortes constitucionais em várias partes do mundo (modelo Kelseniano). John Ferejohn e Pasquale Pasquino ressaltam a adoção do modelo na Áustria, na Alemanha, na Itália, na Espanha e no Leste Europeu (após 1989).¹³ No mesmo sentido, Mark Tushnet ressalta que o aspecto forte do sistema de controle de constitucionalidade norte-americano inspirou as cortes constitucionais adotadas por várias nações após a segunda guerra

¹³ “...a Áustria, no período após a Primeira Guerra Mundial, e a Alemanha e a Itália, após a Segunda Guerra Mundial (além de Portugal e Espanha após o colapso dos regimes fascistas), adotaram constituições que se distanciaram do modelo parlamentarista hierarquizado em importantes aspectos. Considera-se apropriado chamar estes regimes de kelsenianos, em homenagem ao eminente jurista austríaco que criou este modelo institucional. Cada uma das constituições europeias reflete, à sua maneira, a ideia central de kelsen de que o controle de constitucionalidade deve ter uma função mais legislativa do que judiciária.” FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. *Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; Moreira, Luiz (org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 53.

mundial.¹⁴ Houve, ademais, a recente criação de uma corte constitucional na Inglaterra. Já no âmbito da União Européia, a *European Court of Justice* exerce funções de *judicial review* em relação à incorporação pelos países (harmonização e aproximação das leis) e ao cumprimento das diretivas da comunidade européia.¹⁵

O fato de que uma corte composta de apenas 11 (onze) membros não eleitos, mas apontados politicamente com base em critérios tão questionáveis quanto aristocráticos como *notável saber jurídico*, tem o poder, cada vez mais exclusivo, de interferir em questões políticas e de o fazer travestida pela sabedoria da toga, operando a transmutação de decisionismo em técnica e ciência, já justifica a investigação a que se propõe este trabalho.

O estudo da súmula vinculante é importante porque ela não é um mecanismo desgarrado, fruto de um evento estanque, mas parte de um processo de reforma contínua. O presente trabalho não se deterá, contudo, sobre a análise da reforma do judiciário ou do processo de recepção¹⁶ do sistema de precedentes, por fugirem, ambos, aos objetivos mais específicos aqui perseguidos e pela complexidade envolvida na análise de seu contexto político e econômico.

Este trabalho se desenvolve com uma finalidade em vista: comparar a súmula vinculante com o precedente norte-americano para, a partir das diferenças

¹⁴ “For example, the German Constitutional Court, perhaps the world’s leading constitutional court after the U.S. Supreme Court, is a strong-form court.” TUSHNET, Mark. *Alternative Forms of Judicial Review*. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259>. Acesso em 15 de abril de 2012. p. 2784.

¹⁵ Na decisão *Commission of the European Communities v. French Republic* (abril de 2002), em julgamento de suposta má transposição da diretiva 85/374/EEC pela França, a Corte Européia negou a possibilidade de um estado membro de manter ou estabelecer mecanismos jurídicos em divergência com as medidas harmonizadoras da comunidade (medidas para o estabelecimento e funcionamento do mercado interno). Naquela ocasião, a corte proibiu o governo francês de manter mecanismos mais protetivos aos consumidores do que os adotados pela diretiva. O caso *Aventis Pasteur SA v. OB*, de 2009, envolve questão semelhante e ainda pende julgamento.

¹⁶ “A expressão *recepção de direitos* indica a adoção, por um sistema jurídico, em sentido amplo ou restrito, de institutos, regras e princípios oriundos de outro(s) sistema(s). Muitos empregaram expressões diferentes para designar o mesmo fenômeno ou a fim de especificar modalidades de sua manifestação, tais como: transplantes legais, importações jurídicas, empréstimos legislativos, etc.” TAVARES, Ana Lucia de Lyra. *Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado*. Revista Direito, Estado e Sociedade. N. 14. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Janeiro-julho, 1999. p. 94.

fundamentais entre os dois mecanismos, apresentar a súmula vinculante como um instrumento de acirramento da tensão entre o poder de revisão judicial e a democracia e, portanto, de fechamento aristocrático do sistema jurídico-político.

Instrumentos de elevado caráter centralizador e uniformizador como as súmulas vinculantes são instrumentos que intensificam a função de filtro democrático de cunho aristocrático que a corte suprema pode desempenhar. Somam-se às súmulas, as reclamações, a repercussão geral, as ações constitucionais de controle concentrado de constitucionalidade, mecanismos processuais infraconstitucionais de caráter uniformizador, controle de produtividade e formação uniforme de magistrados pelas escolas oficiais.

Tendo em vista tal finalidade, o método adotado é o comparatista. O direito constitucional comparado será utilizado como ferramenta analítica e as variáveis de comparação foram escolhidas a fim de que a finalidade apontada seja alcançada. As três variáveis exploradas nos possibilitarão apontar as diferenças estruturais entre os dois institutos.

Contudo, alguma referência à recepção do sistema de vinculação a precedentes será necessária, não com o intuito de analisar o processo de recepção, mas com o intuito de entender o porquê das diferenças encontradas e da peculiaridade da súmula vinculante enquanto forma de precedente judicial.

É importante sublinhar, ademais, que a crítica aqui empreendida é uma crítica formal. Não há pretensão de análise sistemática do conteúdo de todas as súmulas vinculantes editadas até o presente momento. Todavia, algumas súmulas vinculantes, consideradas mais relevantes para nossa demonstração, serão identificadas como evidência dos argumentos desenvolvidos.

Quanto ao marco teórico escolhido, as observações que se seguem são importantes para a compreensão da crítica desenvolvida e do percurso escolhido para o desenvolvimento da dissertação.

A escolha recaiu sobre um marco teórico compatível com os objetivos centrais do trabalho, uma análise das súmulas vinculantes em seu aspecto formal e a demonstração de que as súmulas vinculantes representam elemento que acirra a tensão entre poder de revisão judicial e democracia.

Marcos teóricos pertencentes à tradição liberal poderiam ser utilizados e já seriam suficientes para demonstrar os aspectos deletérios à democracia (liberal) ligados à súmula vinculante. Dentro do paradigma liberal, as súmulas vinculantes podem ser criticadas por representarem uma ameaça ao princípio da separação de poderes ou mesmo à independência funcional dos magistrados.¹⁷ É defensável, a título exemplificativo, que se compreenda o modelo procedimentalista ou deliberativo de democracia defendido por Jurgen Habermas (que não abandona totalmente o que chama de paradigma liberal, mas o transmuta em paradigma procedimental, após ponderá-lo com elementos do que identifica como paradigma social do direito¹⁸) como violado pelo poder excessivo conferido ao STF pelas súmulas vinculantes.

Contudo, a escolha por empreender uma crítica para além da lógica liberal, do constitucionalismo e da democracia liberal, se explica pelo intuito de expressar o elevado grau de tensão existente entre a súmula vinculante e a democracia. A crítica liberal já perceberia o atrito existente entre a súmula vinculante e o princípio da separação de poderes e serviria para caracterizar a súmula vinculante como inconstitucional. Mas o marco teórico escolhido nos leva além e permite perceber a tensão não entre princípios jurídicos e normas constitucionais ou poderes de mesma natureza, mas entre poderes de natureza diversa e atores de natureza diversa. Permite-nos entender a súmula vinculante como ilegítima em uma democracia.

Optamos por estabelecer um marco conceitual a partir de Antonio Negri e da ideia de subjetivação política. Percebemos o direito como um instrumento que

¹⁷ Isto porque aqui se pretende partir de questão anterior a um mero desequilíbrio na harmonia dos três poderes constituídos, pretende-se ter como pano de fundo um panorama crítico e consciente dos modos pelos quais concepções políticas e econômicas liberais pretendem moldar e limitar a manifestação do poder constituinte e da política. Em sentido semelhante: BASTOS, Érico Araújo. *O oráculo do poder constituinte: Reminiscências do poder moderador na atuação do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2010. p. 11.

¹⁸ “O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 242.

não pode ser visto como divorciado de seu entorno, da vida e das forças em jogo.¹⁹ O marco teórico utilizado permite uma tal análise por sua dimensão de imanência.²⁰ Apesar de, conforme razões já apontadas, não se desenvolver no presente trabalho a crítica política e econômica possível à reforma do judiciário, acredita-se numa perspectiva que chame atenção ao caráter instrumental do direito e da constituição e exponha a tensão central do trabalho para além dos limites da norma jurídica.

Nos primeiros dois capítulos, traçaremos um panorama teórico que, lançando as bases para a compreensão da análise a que se procederá, nos permitirá localizar o mecanismo das súmulas vinculantes dentro de um sistema mais amplo de contenção democrática no qual sobressai o papel desempenhado pela Corte Constitucional.

Tal panorama será composto das seguintes discussões teóricas necessárias para a crítica: o conceito de poder constituinte e a tensão entre este e os poderes constituídos; uma crítica à constituição mista orientada pelo princípio da neutralização do conflito em contraste com a constituição dinâmica orientada pelo princípio do conflito; e uma exposição do debate acerca da função de guarda da constituição atribuída à cúpula do poder judiciário em detrimento da opção de recurso ao povo enquanto guardião da liberdade.

No terceiro capítulo, explicaremos nossa posição central de que a súmula vinculante contribui para que nosso sistema de revisão judicial seja *super forte*. A referência aqui é à obra do constitucionalista norte-americano Mark Tushnet. Segundo Tushnet, o sistema americano de revisão judicial pode ser classificado

¹⁹ A forma jurídica não é simples reflexo de uma pura ideologia, o direito é fruto e existe numa história e numa realidade concreta, se desenvolve para muito além de um sistema conceitual, mas como um sistema de relações. Conforme bem expõe Pachukanis, a forma jurídica é um produto da mediação real das relações de produção: “O objetivo prático da mediação jurídica é o de dar garantias à marcha, mais ou menos livre, da produção e da reprodução social que, na sociedade de produção mercantil, se operam formalmente através de uma série de contratos jurídicos privados. Não se pode atingir este objetivo recorrendo unicamente ao auxílio de formas de consciência, isto é, através de momentos puramente subjetivos: é necessário, por isso, recorrer a critérios precisos, a leis e a rigorosas interpretações de leis, a uma casuística, a tribunais e à execução coativa das decisões judiciais. É por esta razão que não podemos limitar-nos na análise da forma jurídica à “pura ideologia”, negligenciando todo este aparelho objetivamente existente. PACHUKANIS, E. B.. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: editora acadêmica, 1988. p. 12-13.

²⁰ A tensão entre imanência e transcendência será explorada no contexto do primeiro capítulo.

como um sistema de revisão judicial forte (*strong-from judicial review*). O sistema de revisão judicial americano seria forte porque nele prevalece a interpretação razoável da corte em detrimento da interpretação também razoável do corpo de representantes políticos. O constitucionalista identifica nisto uma tensão entre o papel judicial de garantia da prevalência das limitações constitucionais e a democracia.

Com base na análise do autor, tomaremos a liberdade de classificar nosso sistema de revisão judicial, principalmente após o advento da EC 45/2004 e do mecanismo das súmulas vinculantes, de super forte. Isto porque em nosso sistema, como se demonstrará no trabalho, a tensão é ainda maior.

Por fim, procederemos à comparação entre os mecanismos da súmula vinculante e do *stare decisis*. Neste capítulo, não se objetiva apenas comparar, de forma a aprofundar o conhecimento do nosso próprio sistema, mas, sobretudo, apontar as distinções entre a súmula vinculante e o modelo que inspirou sua criação.

A escolha das variáveis de comparação foi orientada por este objetivo de identificação das diferenças e são estas diferenças que servirão de suporte à nossa conclusão de que a súmula vinculante contribui para um acirramento da tensão entre o poder de revisão judicial e a democracia.

O *stare decisis* é elemento de previsibilidade e estabilidade do sistema nos países de *common law*.²¹ Contudo, mecanismos como o *overruling* e o

²¹ A fim de explicar as razões para a doutrina do *stare decisis* ou sistema de vinculação a precedentes, Peter Wesley-Smith destaca como uma razão central o requisito de certeza e previsibilidade no direito. Como explica o autor, a necessidade de previsibilidade é de longa data: “Blackstone recognized the value of keeping ‘the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge’s opinion’; Lord Eldon thought it ‘better the law should be certain than that every judge should speculate on improvements in it’; Parke J in *Mirehouse v. Rennell* asserted the necessity of applying rules of law ‘for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty’(...) Goodhart believed the need for certainty was both the cause of and the justification for the English system of precedent; without it justice would remain fluid and unstable”. O autor aponta ademais que ‘the policy of encouraging certainty still prevails’ (a política de encorajamento do elemento de certeza ainda prevalece - tradução livre), e referindo-se à liberação dos juízes de primeira instância da obrigação formal de respeitar os precedentes: “in 1980 the Privy Council (...) stated: ‘Their Lordships consider that if this became the accepted practice of the courts the law would become so uncertain that no-one could ever know what the law was or where he stood. This would certainly be very much contrary to the public good.’” WESLEY-SMITH, Peter. *Theories of Adjudication and the Status of Stare Decisis*. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 84-85.

distinguishing, bem como a realidade de um sistema federal (no caso norte-americano) e de um sistema de controle de constitucionalidade realmente difuso diminuem a rigidez da regra de respeito a precedentes.

No sistema judicial norte americano, o controle judicial de normas é realizado em sede de prova judicial, podendo ser a norma rejeitada, mas não possuindo o judiciário a prerrogativa de proferir mandados para o legislador. Ademais, o modelo americano pode ser, no que tange à posição institucional do tribunal constitucional, classificado como um regime de separação de poderes, no qual a Suprema Corte apenas pode exercer o controle de constitucionalidade das leis quando a discussão ocorrer no âmbito de casos concretos e controversos, que possibilitem a discussão em qualquer outra corte.

Outras justificativas, traçadas a partir das diferenças entre os mecanismos da súmula vinculante e do *stare decisis* norte-americano, serão identificadas no capítulo dedicado à comparação, mas esta breve explicação já nos permite perceber o porquê do efeito de acirramento da tensão que a regra de vinculação a precedentes provoca em um sistema que não possui os mesmos mecanismos de flexibilização da regra e as mesmas características jurídico-políticas do sistema norte-americano.

Em nossa conclusão, um apanhado geral dos temas tratados em cada capítulo nos levará à afirmação de que o sistema de revisão judicial super forte extrapola a tensão e permite que a cúpula do poder judiciário atue como titular do poder constituinte. Desta forma, a súmula vinculante não é apenas inconstitucional, como uma análise liberal nos permitiria concluir, mas é ilegítima, pois anti-democrática.

Prospectivamente e em um esforço para se pensar alternativas ao modelo atual, apontaremos para o fato de que a revisão judicial e o sistema de precedentes surgiram de forma costumeira no sistema norte-americano, fruto da prática e da interpretação das cortes, e de que, em nosso ordenamento jurídico, o sistema de vinculação a precedentes é fruto de importação, introduzido por meio de emenda à constituição.

O costume tende a naturalizar, mistificar e cobrir pelo manto do sagrado, já a lei pode até fazer o mesmo, mas basta uma emenda para modificá-la. O artigo 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser suprimido por emenda.

Todavia, alertamos que a remoção do elemento acirrador não é um fim, mas um começo. Acreditamos ser necessário que instrumentos de democratização dos poderes de estado sejam pensados e repensados. Acreditamos ser necessário, no que tange ao poder judiciário, que os critérios de seleção e promoção de magistrados, principalmente quanto à ascensão às Cortes superiores, sejam repensados e que instrumentos como o *recall* ou destituição de cargo eletivo sejam considerados.

O processo de democratização da política brasileira pode, enfim, ser freado ou impulsionado (até certo ponto ou limite) pelo direito. A pergunta central é: Qual caminho seguiremos?

Não é o objeto desta dissertação prever que caminho seguiremos ou pensar e repensar os instrumentos de democratização. Pararemos no começo. Mas esperamos que a discussão sirva de elemento propulsor de novas questões e que contribua para os que se propuserem a pensar novos instrumentos e a repensar velhos instrumentos de democratização.