A demonização do judiciário! Lá vem Tushnet atirando na Constituição!

Ainda, e sempre, o debate sobre controle de constitucionalidade da legislação e democracia. Juízes têm legitimidade pra decidir sobre o significado de uma constituição? Quem retoma o tão debatido assunto agora é, de novo, Mark Tushnet. Em *Taking Back the Constitution: Activist Judges and the Next Age of American Law*, recém-lançado, o norte-americano defende, de novo, o "constitucionalismo popular". A pesquisa histórica de Tushnet é boa. O livro, embora não seja assim tão original quanto se tem dito por aí — ah, se o Mark fosse Marcos! —, vale. Sempre vale, claro. É bom saber o que a teoria do direito

O que me chama atenção mesmo, porém, e faço questão de trazer aqui, não é exatamente o livro específico de Tushnet, mas uma de suas colocações recentes em defesa da tese — e tudo aquilo que ela representa: "Com a devida organização e atividade política, o povo tem visões razoáveis sobre o que a Constituição deve significar". Nem conservadores nem progressistas devem temer, diz Tushnet: "Isso torna a discussão sobre a Constituição algo próximo do que é a política".

Opa, opa, opa. É aí que me preocupo. *É exatamente esse o problema.*

Quer dizer que sou contra o povo e a favor de uma elite de juízes decidindo politicamente pelos outros? Não. Porque não é disso que se trata. *Não pode ser* disso que se trata. O erro de Tushnet é exatamente partir dessa premissa. "É tudo política mesmo?" É exatamente por essa racionalidade que chegamos no tipo de buraco que nos deixa céticos com relação à interpretação constitucional. Lá nos EUA. E aqui também.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Na mesma entrevista, Tushnet diz que o livro é de um "otimismo realista", porque acreditaria no povo para renovar a Constituição. O busílis? Esse "otimismo" nasce de um pessimismo quase niilista, que parte do pressuposto de que o Direito não vale de nada, não pode produzir significados autênticos, e que é tudo uma questão de maioria eventual, de vencedores e vencidos na arena da política.

O povo até pode ter visões razoáveis sobre o que a Constituição deve significar, professor Tushnet. O ponto é que a Constituição significa algo. Não é só uma questão daquilo que se acha que deve ser. Existe um "mínimo é" necessário. Se a Constituição não significasse nada, o povo sequer poderia dizer aquilo que acha que ela deve significar…! Irritam-me esses ceticistas!

E mais: "o povo?" Quem é "o povo"? Porque "o povo" reivindicado pelo professor é o mesmo reivindicado por Donald Trump, aquele que Tushnet tem como alvo. Paradoxo dos juristas democratas em tempos de autoritarismo.

Essa é a questão que tenho em mente quando trago a discussão para cá. Em tempos de crise, em tempos de maiorias sendo instrumentalizadas para bagunçar a democracia, é justamente o Direito que não pode ser instrumentalizado. É justamente esse o momento em que o Direito *não pode* virar política. Incrível ter de dizer isso em 2020.

Claro, alguém virá para dizer que é tudo politicagem e que eu estou insistindo numa idealização. É quando admitimos a derrota que aí tudo vira politicagem mesmo. A doutrina deve ser mais responsável. Não se pode assumir a derrota já de saída e entrar no jogo. O que o constitucionalismo precisa é justamente recuperar a possibilidade de uma tradição constitucional autêntica, guiada *por princípio* , não por política. Só será “tudo politicagem” quando a doutrina admitir que é isso mesmo. Quando deixar de exercer o constrangimento epistemológico.

Corremos um sério risco quando compramos a narrativa de demonização do Judiciário. Se a política e a moral corrigem o Direito, quem vai corrigir a política e a moral?

Pois é. Intriga-me (ou não) o modo como esse tipo de discurso acaba "pegando" aqui em Pindorama.

Entre autores como Tuschnet e Issacharoff, fico, de longe, com o segundo. Mas o Brasil tem coisa interessante, sem que precisemos ficar reféns de uma síndrome de caramuru! Há poucos dias Bruce Ackermann pregava uma constituinte exclusiva para o Brasil.

Brasil: campo de experimentos. Também, com o tamanho da síndrome de caramuru, não dá para nos queixarmos se somos invadidos e colonizados teoricamente cada vez mais.

Date Created
13/08/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.