

## Constituição e Política - a impossibilidade da realização da Constituição sem a política na Jurisdição Constitucional.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima<sup>1</sup>.

*“Para as relações atuais, significam inamovibilidade e vitaliciedade dos juízes algo completamente diferente. Significam tais termos que estamos obrigados a receptionar o aparelho judiciário atrasado do velho sistema do mesmo modo que foi deixado”<sup>2</sup>.*

### I.

As palavras acima transcritas, noticiam H. Hannover e E. Hannover-Drück, foram proferidas em 1921, pelo Deputado do Parlamento da Prússia, membro do Partido Social-Democrata da Alemanha e redator do *Vorwärts*, Erich Kuttner, quando da publicação de sua brochura “Por que Falha a Justiça” (no original: *Warum vesagt die Justiz*). Kuttner foi assassinado em 1942 no campo de concentração de Mauthausen, mas suas palavras sinalizam uma enorme atualidade. Traduzem, ainda estas palavras, o poder de sedução que o idealismo legal pode gerar e, para utilizar uma expressão moderna e recorrente, de como a “constitucionalização simbólica” pode comprometer o funcionamento de mecanismos constitucionais originariamente concebidos como importantes ferramentas em favor da democracia e da emancipação das sociedades. Reformas democráticas, textos legais dirigentes, legalidade constitucional e infraconstitucional além de ultrapassarem mais do que prometem as forças sociais do referido contexto material em que se operam, não deixam de ser bem-vindas e devem mesmo ser constantemente estimuladas. Tal estímulo não deve e não pode encerrar-se quando de sua redação final, tampouco quando de sua promulgação,

---

<sup>1</sup>Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt. Professor da Universidade de Fortaleza e Procurador-Geral do Município de Fortaleza.

<sup>2</sup>Hannover, Heinrich e Elisabeth Hannover-Drück: *Politische Justiz 1918-1933*, p. 22, No original: “Für die heutigen Verhältnisse bedeutet aber die Unabsetzbarkeit und Unvertetzbarkeit der Richter etwa ganz anderes. Sie bedeutet, daß wir gezwungen sind, den rückstündigen Justizapparat des alten Systems genau so zu übernehmen, wie ihn dieses hinterlassen hat”.

como é o caso das constituições da América Latina do período de sua redemocratização. Na verdade, o curso da história parece deixar relativamente claro que o passo mais difícil provem exatamente do momento posterior, onde, em especial para as nações do chamado terceiro mundo, devem estas nações formularem seus próprios conceitos de estado de direito, seus modelos de operatividade constitucional e política<sup>3</sup>, numa constante atualização daquilo que as conduziu para reformas tão radicais, como a escolha em favor da democracia e do estado dirigente. Neste sentido, a observação de Antonio Negri é oportuna: “o poder constituinte manifesta-se como expansão revolucionária da capacidade humana de construir história, como ato fundamental de inovação, e, portanto, como processo absoluto. O processo desencadeado pelo poder constituinte não se detém. Não se trata de limitar o poder constituinte, mas de torná-lo ilimitado”<sup>4</sup>.

Ocorre que a trajetória pós-constituinte democrática não expõe nenhuma linearidade durante seu desenvolvimento. O passar do tempo introduz novos atores, impõe novos conceitos a exigirem reposicionamento a respeito do que foi originalmente concebido, o que se transforma também em novas formulações discursivas a serem ponderadas, para, posteriormente, disporem da chance de se concretizarem. Aqui, talvez, reside o grande desafio: concretizar as propostas inovadoras, sem abandonar a perspectiva do realismo, a fim de que não se remeta tudo a uma missão do sentimental e moralista idealismo. Será a partir dessa premissa que tentarei brevemente discutir como o idealismo constitucional é importante para a efetivação de direitos fundamentais, inclusão social, democratização da sociedade etc., muito mais em virtude do fato de que sua utilização constante representa o antídoto contra sua própria criação. Se, apenas argumentativamente, pode ser creditado na conta do idealismo a geração dos novos instrumentos democráticos que proliferaram, por outro lado, agora não mais de forma singelamente argumentativa, deve-se cobrar do mesmo idealismo uma outra fatura: aquela do desgaste moralista e abstrato de sua implementação, a que muito

---

<sup>3</sup>Cf. Häberle, Peter: Die Entwicklungsländer im Prozeß der Textdifferenzierung des Verfassungsrechts, p. 295.

<sup>4</sup>Cf. Antonio Negri: O Poder Constituinte, p. 40.

do constitucionalismo brasileiro tem lançado mão, realizando, desta forma, a astuta operação sempre presente na aventura do constitucionalismo domesticado pelo liberalismo/neoliberalismo: oferece-se conquistas apenas no papel, no texto legal, para, mais tarde, no campo do realismo, impedir-se ações realistas que levem a sua efetivação. È aqui que vale a precisa observação de Marx, quando nos lembra, em sua “A Questão Judaica” que o conteúdo constitucional do Estado capitalista não corresponde à realidade em que ele opera: “Além do mais, com a anulação política da propriedade privada não somente a propriedade privada é confirmada, como até pressuposta. O Estado suspende a diferença por força de *nascimento*, de *status*, de *educação*, de *ocupação* à sua maneira, exatamente quando o próprio Estado declara como *apolíticas* as diferenças provenientes de nascimento, status, educação e ocupação; quando ele, sem qualquer consideração, proclama todos iguais e partícipes na *mesma proporção* da soberania popular, concebendo todos os elementos da vida real do povo a partir de seu ponto de vista. Não por acaso que permite o Estado que a propriedade privada, educação, ocupação *atuem* de *seu modo*, e façam propriedade privada, educação, ocupação *especialmente* válidas. (...) Onde o Estado político alcançou sua forma, leva o homem uma vida dupla não somente no pensamento ou na consciência, mas na *realidade*; uma vida no céu outra na terra: a vida na *comunidade política* faz que valha como *comunidade política*; a vida na *sociedade civil* faz com que ele seja uma pessoa privada, que utiliza os outros como meio, a ponto de indignificar-se a si próprio e servir de juguete de forças exteriores. O Estado político comporta-se espiritualmente para a sociedade civil da mesma forma que o paraíso para a terra”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup>Marx, Karl: Zur Judenfrage, pp. 354/355. No original: „Dennoch ist mit der politischen Annullation des Privateigentums das Privateigentum nicht nur nicht aufgehoben, sondern sogar vorausgesetzt. Der Staat hebt den Unterschied der **Geburt**, des **Standes**, der **Bildung**, der **Beschäftigung** in seiner Weise auf, wenn er Geburt, Standes, Bildung, Beschäftigung für **unpolitische** Unterschiede erklärt, wenn er ohne Rücksicht auf diese Unterschiede jedes Glied des Volkes zum **gleichermäßigen** Teilnehmer des Volkssouveränität ausruft, wenn er alle Elementen des wirklichen Volkeslebens von dem Staatsgesichtspunkt aus behandelt. Nichtdestoweniger läßt der Staat das Privateigentum, die Bildung, die Beschäftigung auf **ihre** Weise, d.h. als Privateigentum, als Bildung, als Beschäftigung wirken und ihr **besondres** Wesen geltend machen. (...) Wo der politische Staat seine Wahre Ausbildung erreicht hat, führt der Menschen nicht nur im Gedanken, im Bewußtsein, sondern in der **Wirklichkeit**, im Leben ein doppeltes, ein himmlisches und ein irdisches Leben, das Leben im **politischen Gemeinwesen**, worin er sich als **Gemeinwesen** gilt, und das Leben in der **bürgerlichen Gesellschaft**, worin er

## II.

Numa de suas mais recentes obras, *Democracia e Bonapartismo*, o intelectual italiano Domenico Losurdo descreve a trajetória liberal de compreensão constitucional acerca dos direitos políticos inerentes ao desenvolvimento da cidadania, no sentido de o pensamento liberal limitar a inclusão de grande contingentes sociais nos processos decisórios. Nesta perspectiva, Losurdo sustenta sua descrição em dois significativos momentos do liberalismo para afirmar que a extensão dos direitos políticos, como sufrágio universal, jamais foi endógena ao liberalismo. Em outras palavras: se a versão econômica e política, especialmente, do liberalismo optou por incluir discursivamente nos processos decisórios as camadas sociais estranhas à aristocracia cultural, econômica e política, esta mudança de discurso se deu por pressão externa ao pensamento liberal e, na verdade, o binômio emancipação e “des-emancipação” nunca deixou de representar a polaridade protagonizada pelos liberais, ou seja, cada conquista revolucionária, correspondia a um tipo de reação interna àquela conquista.

Desta forma, à consolidação do sufrágio universal como vitória dos ideais iluministas correspondia a exclusão das mulheres do direito de votar e serem votadas, por exemplo, ao movimento que Losurdo caracteriza como “des-emancipatório”; à realização de eleições livres e com elevado grau de inclusão, correspondem custos milionários de campanhas e a própria democracia de classes à versão comprometedora da republicana regularidade eleitoral que se vive hoje, no Brasil inclusive.

Como disse, os instantes de apoio de Losurdo para recuperar a luta dos liberais em favor de suas idéias são, em primeiro lugar, aquele da constituinte dos Estados Unidos da América e dos desdobramentos deste processo de construção de

---

*als Privatmenschen tätig ist, die andern Menschen als Mittel betrachtet, sich selbst zum Mittel herabwürdigt und zum Spielball fremder Mächte wird. Der politische Staat verhält sich ebenso spiritualistisch zur bürgerlichen Gesellschaft wie der Himmel zur Erde “.*

um país. Losurdo anota em especial as palavras de Hamilton para justificar, pelos *founding fathers*, a exclusão de largas camadas da população dos Estados Unidos da participação política: “A vantagem está certamente do lado dos ricos. Provavelmente, seus vícios são mais vantajosos para a prosperidade do Estado do que aqueles dos carentes. E, entre os primeiros, existe menor depravação moral”<sup>6</sup>. Constata-se, realmente, no *Paper LXXXV*, a defesa dos ricos que Hamilton (Publius) elabora: “Os contínuos ataques que têm ressoado contra os ricos, os bem nascidos e os que ocupam uma posição eminente têm sido de tal natureza que têm provocado a repugnância de todos os homens sensatos”<sup>7</sup>.

Um segundo momento de Losurdo e sua crítica aos liberais efetiva-se a partir das observações sobre a obra de Walter Bagehot (*Physics and Politics or Thoughts on the Application of the Principles of ‘Natural Selection and Inheritance’ to Political Society*, publicada em 1872, em Londres<sup>8</sup>). Para Bagehot, a unidade entre legislativo e executivo deveria servir à Coroa e seus exércitos, quando assim de fizesse necessário e exigisse a razão de estado. Para os fundadores da república dos Estados Unidos, a separação entre executivo e legislativo não traduzia uma visão oposta à matriz inglesa. Losurdo assim explica esta aparente contradição: “(...) apesar da diversidade da linguagem, o que conta é a preocupação com os graves riscos que um poder legislativo forte e fortemente influenciado pelas massas populares faz correr a propriedade e as relações econômicas existentes. O contrapeso àquilo que respeitadores delegados à Convenção da Filadélfia condenam como “despotismo legislativo” e o ideólogo de Luís Napoleão tacha de “onipotência parlamentar” é constituído, tanto na Inglaterra, quanto na América e na França, pela drástica personalização do poder, a ser confiado a um líder capaz de neutralizar politicamente a multidão”<sup>9</sup>. O trabalho

---

<sup>6</sup>Losurdo, Domenico: Democracia e Bonapartismo, Ed. UFRJ e UNESP, 2004, RJ/SP, p. 102.

<sup>7</sup>Hamilton, Alexander: O Federalista, LXXXV, p. 353.

<sup>8</sup>A matriz conservadora de Bagehot é evidente também quanto às possibilidades de inclusão de todos nos processos decisórios políticos do Estado: “*Two great classes of people, the slaves and women, were almost excluded from such qualities; even the free population, doubtless contained a far greater proportion of very ignorant and very superstitious persons than we are in the habit of imagining*” (in: *Physics and Politics*, p. 171).

<sup>9</sup>Id. ib., p. 117.

de Domenico Losurdo contém uma interessante crítica ao bonapartismo político, recuperado pela globalização neoliberal, onde a participação política é reduzida cada vez mais ou a questões meramente conjunturais ou transformada em desafio técnico acessível a poucos, o que resultaria no mesmo. Não tenho a intenção de explorar este tema e recorro ao trabalho de Losurdo apenas como início de um breve debate que pretendo trazer sobre o papel do idealismo constitucional e a necessidade da teoria política, em especial nos momentos de governos transformadores.

O que se depreende da análise do fluxo e contra-fluxo protagonizado pelo pensamento liberal, para além da precedente crítica ao liberalismo e sua versão reatualizada pelas propostas da globalização econômica de Losurdo, é o fato de que o momento político das constituições e do direito constitucional somente ganham em materialidade após a gênese constitucional, ou seja, concluído o processo constituinte é que as tensões políticas se formam e se revelam como desafio para toda a sociedade. Não afirmo que o instante constituinte esgota-se com o término de uma assembleia constituinte, mas penso que as proposições durante o processo constituinte possuem uma natureza distinta daquela de sua materialização com o passar dos anos. As problemáticas da escravidão, da segregação racial e da igualdade de todos na história constitucional americana é apenas um bom exemplo: a mesma constituição legitimou a escravidão; superou-a, porém admitindo a segregação racial, para, já nos anos cinquenta do século XX, condenar toda forma de desigualdade racial.

Parecem-me possíveis, assim, algumas anotações. Primeira: o discurso constituinte contém uma tensão com algum grau de idealidade. Nesta direção, proposições inovadoras insinuam que sua eficácia somente se confirmará por intermédio do acúmulo futuro da experiência política que daí decorrerá. O desgaste de uma constituição dirigente – como aquelas da América Latina dos anos 80 - não decorre da inefetividade comprovada pela distância entre as extensas listas de direitos sociais e a realidade. Este desgaste tem sua explicação mais razoável no

fato de inexistir, na sociedade respectiva, forças políticas comprometidas com sua implementação ou mesmo forças que não sejam capazes, novamente como diz Losurdo, de fazerem frente ao projeto “des-emancipatório” que sobreviverá também a qualquer momento constituinte progressista e incluyente. Gilberto Bercovici, aponta na mesma direção: desarmadas, as sociedades da América Latina com suas constituições da redemocratização pouco podem interna e externamente em termos de expansão de suas previsões democratizantes, na medida em que a despolitização da economia, a influência espacial do capitalismo financeiro transformou estas nações em receptoras voluntárias/involuntárias de ajustes macroeconômicos que satisfizessem as exigências dos mercados centrais<sup>10</sup>. Uma segunda anotação: esta dinâmica reforça a convivência dos elementos emancipatórios e “des-emancipatórios”, o que exige, novamente das sociedades da América Latina, a mobilização política e contínua de seus atores que histórica e objetivamente insistiram na construção da democracia constitucional. Decorrem desta segunda constatação duas derivadas: a) a de que o sentido constituinte não previu toda a força da globalização, com sua versão ancorada na supremacia do mercado a imobilizar governos, mesmo aqueles com vocação histórica contrária à globalização; b) esta realidade exige desta sociedade comprometida com a construção da democracia constitucional uma alternativa à compreensão do momento constituinte. Desde que setores sociais mais desfavorecidos desejem retomar temas como soberania, inclusão, efetivação da igualdade democrática e limitação do poder dos mais ricos, parece difícil propor alternativas à ação política que não enfrente uma análise da constituinte e de seu sentido aplicado ao novo desafio.

Em outras palavras: ao fluxo entre emancipação e “des-emancipação” dos tempos do liberalismo clássico, corresponde hoje a tensão entre as democracias constitucionais periféricas de busca de inclusão e as exigências da globalização,

---

<sup>10</sup>Bercovici, Gilberto: Constituição e Estado de Exceção Permanente – Atualidade de Weimar, p. 170ss.

limitativas da ação destes Estados. Portanto, uma tentativa de emancipação constitucional obstaculizada pelo parâmetro macroeconômico neoliberal.

O desafio de manter a tentativa emancipatória somente poderá ser conduzido na sua direção original por meio da busca do realismo constitucional, possível de ser detectado em cada uma das distintas realidades políticas construídas pelas constituições dirigentes, e sob governos que se reivindicuem transformadores, se se recorre ao realismo da política. Neste contexto, a cautela em não confundir ações conjunturais com pontos estruturais representa uma forma discursiva a ser considerada, já que a sobrevivência de uma constituição dirigente depende também do convencimento da sociedade de que esta constituição ainda vigora e que sua simbologia referencial não foi esquecida. Naturalmente que o raio de uma tal ação política inclui instrumentos da sociedade – intelectuais, partidos políticos por exemplo – mas também engloba setores do próprio Estado, nas mãos de um governo sinceramente comprometido com a manutenção da idéia constituinte, como os poderes Legislativo e Judiciário, especialmente se se dispõe de uma corte controladora da constitucionalidade das medidas de governo. Muito se fala em necessidade de humanização da globalização ou de adoção de uma vertente social de seus efeitos. Não tenho a pretensão de discorrer sobre a eventual impossibilidade de a globalização vir a adquirir um caráter social ou humanizador, já que a evidência de dados econômicos sugerem de maneira razoavelmente clara que a pobreza no mundo cresceu e a concentração de renda em favor das sociedades ricas aumenta cotidianamente. O que gostaria de ressaltar, por outro lado, é que enxergo, para a possibilidade de confronto com as exigências econômicas dos mercados globalizados, na necessidade de um acúmulo concreto de forças políticas em torno de um projeto de emancipação como base na constituição dirigente, o elemento realista e viabilizador do desencadeamento das ações a manterem a fidelidade política ao sentido do texto constitucional. Este pressuposto requer a readaptação do sentido original da constituição dirigente não na direção neoliberalizante, com o fortalecimento dos elementos “des-emancipatórios”, mas exigindo a reformulação realista da estratégia de manutenção do compromisso

inicial da constituição dirigente, pelo prosaico fato de que a tentativa neoliberal também mudou sua forma de atuar realisticamente. Registro apenas como tendência: não vejo necessariamente como rompimento do pacto da constituição dirigente alterações em seu sentido original; tais alterações podem mais ser um indicativo da percepção moderna de que os embates para incluir amplos setores sociais estranhos ao processo de produção de bem-estar estão a pedir outros posicionamentos, outra forma de ação política democrática e realisticamente transformadora. Da mesma forma, uma postura nesta direção não traduz o abandono dos compromissos mesmo revolucionários ou da violação aos direitos e garantias constitucionais, conquistas igualmente revolucionárias, ressalte-se. É preciso não esquecer que o repensar do papel do Estado deve favorecê-lo, notadamente nas sociedades periféricas. Teses que concebem o Estado distinto da sociedade, ignorando os laços recíprocos entre um e outra, representam muito mais um realismo cínico do que mesmo uma sustentação teórica. Não há como se imaginar, nos dias atuais da realidade brasileira, que os conglomerados internacionais – e não o Estado - exercerão papel fundamental na eventual redução das desigualdades ou poderão realizar a tarefa de distribuir riquezas em favor de nossos contingentes sociais pobres. Por outro lado, a reflexão da filosofia da história bem menciona a evolução das teorias de acordo com a modernização de seus contextos e pressupostos. Já desde Engels adverte-se do perigo que o idealismo revolucionário pode gerar: o esgotamento de qualquer possibilidade concreta de ação revolucionária, consolidado por força da não compreensão materialista dos novos desafios que se impõem<sup>11</sup>.

A bases do pensamento liberal não se encerram na atividade de concepção e alteração constitucional. Tais reflexões adentram o território das constituições e nos momentos atuais um de seus mais desejados ancoradouros tem sido o tema da

---

<sup>11</sup>Cf. a introdução, de autoria de Friedrich Engels e escrita em 1895, à obra de Marx „As Lutas de Classes na França, especialmente pp. 524ss. (no original: *Einleitung zu Marx' "Klassenkämpfe in Frankreich"*, in: Karl Marx – Friedrich Engels Werke, Bd. 22, Dietz Verlag, Berlin, 1963, pp. 506-527).

jurisdição constitucional, sua natureza, sua forma de exercício e aplicação interpretativa dos textos constitucionais.

Talvez por esse motivo soe inteiramente razoável a afirmação de que um dos mais significativos requisitos para a cultura democrática constitucional é aquele do reconhecimento da condição da jurisdição constitucional como uma jurisdição política. Afirmar que todos os julgadores possuem suas preferências político-ideológicas não representa novidade alguma. Ninguém é neutro, até mesmo pelo fato de que a neutralidade traduz a adesão ao *status quo*, ou seja, a aceitação da realidade política objetiva que se tem. E a esta singela adesão imputa a história muito da crueldade que o homem produziu, tornando atual a lembrança de Montaigne em seus “Ensaio”, de que a “covardia é a mãe da perversão”. Se por um lado ninguém consegue se desvencilhar de suas preferências, de outro lado não há como deixar de exigir dos homens e mulheres que compõem cortes constitucionais a imparcialidade, especialmente quando esta importa no abandono das convicções políticas pessoais do julgador. Precisamente na impessoalidade das ações enquanto organismos do Estado é que consiste a realização do princípio republicano, expresso na Constituição Federal.

A política democrática nada tem de condenável. Desejaria, porém, ressaltar que a política democrática que hoje se tem no Brasil, assim como aquela em diversas sociedades do planeta que se reivindicam democratas, é uma democracia de classes, mas que se apresenta como se de todas as classes fosse, como adverte Alex Demirovic<sup>12</sup>. Recorro, novamente, a Horkheimer para, a despeito da razoável qualidade da democracia brasileira, não se deve deixar de criticar seus limites, suas contradições que dificilmente serão superados num sistema capitalista. Talvez se

---

<sup>12</sup>Alex Demirovic sobre o assunto: “Correspondentemente, não critica Poulantzas o fato de que o Estado burguês não é um Estado neutro enquanto é ele na verdade um Estado de classes. Segundo seu pensamento, a contradição está localizada na explicação de que o Estado se apresenta como um Estado de classes da burguesia, incluindo ao mesmo tempo todas as classes (id., in: Bürgerliche Demokratie - Ein historischer Kompromiß?, p. 503). No original: „Dementsprechend kritisiert Poulantzas nicht, daß der bürgerliche Staat sich als neutraler Staat gibt, während er in der Wirklichkeit Klassentaat wäre. Seiner Meinung nach ist der Widerspruch der, daß der Staat sich als Klassenstaat der Bourgeoisie präsentiert, gleichzeitig aber das ganze Volk zu dieser Klasse rechnet“).

demonstre mais irreal e utópico imaginar que a democracia como jogo da igualdade e da emancipação humana onde homens e mulheres tenham consciência de sua verdadeira condição é possível no capitalismo do que a construção socialista democrática das sociedades. Dizia que a política democrática nada tem de condenável e adiciono que não se deve temer uma jurisdição constitucional politizada, não partidarizada. O que poderia, então, significar a politização da jurisdição constitucional?

Desejar uma corte constitucional formada a partir das tensões sociais que melhor se deixam traduzir por meio da representação do Legislativo nada mais corresponde do que à satisfação de uma exigência democrática. E a democracia é uma imposição objetiva ao Estado Brasileiro, já que o art. 1º da Constituição não deixa dúvidas: a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. Expressada desta maneira, o aplicador do direito no Brasil não tem opções: deve ele procurar o sentido democrático da situação que tem diante de si e então decidir. E para saber o que é democracia e o que não é, o acúmulo histórico e a teoria política são instrumentos que não podem estar ausentes. Como se constata, o direito constitucional nada mais é do que direito político. Desta forma, percebe-se no Brasil e em outras experiências que considerável número de bons juízes constitucionais, portadores de interpretações constitucionais mais amplas, tiveram sua origem nos parlamentos ou na advocacia. A visão adquirida por meio das disputas políticas sedimenta uma educação democrática que parece não se encontrar noutros espaços da sociedade política. Assim é que a formação dos tribunais constitucionais deve atentar para a qualidade da cultura democrática, para o passado daqueles que integrarão tais cortes, de forma a ver na sua atuação a garantia dos pressupostos da teoria política da democracia. Neste primeiro momento de reflexão, uma jurisdição democraticamente politizada significaria o reconhecimento institucional de que em qualquer sociedade existem forças opostas – ou mesmo excludentes entre si – a disputarem permanentemente a construção da hegemonia com seus semelhantes e contra seus adversários. É necessário que se deixe claro que o acúmulo destas tensões integra o presente, de forma a se mostrar

importante na configuração dos embates que se travam nas sociedades. Desta maneira, não há como, democraticamente, negar-se o passado de qualquer destas sociedades e de suas contradições. Somente uma conservadora pós-modernidade nega esse passado, na expectativa de destruir tudo o que foi elaborado anteriormente, para se impor como alternativa única de construção possível da governabilidade. Neste ponto, a jurisdição constitucional, em quase todo o mundo, desponta como importante palco de explicitação das divergências, uma vez que, a título ilustrativo, temas como privatizações, flexibilização de legislação do trabalho etc., chegam às portas das cortes constitucionais, insistindo em confirmar o rompimento com a cultura política que os produziu, não somente no desejo de tornar tais garantias obsoletas, mas mesmo de condená-las à posição marginal da história. Não sem razão é que se assistiu, no Brasil, reiteradas vezes o discurso do “fim da Era Vargas”, para qualificar os novos tempos em que o Brasil precisava ingressar, sob pena de fracasso enquanto nação e sociedade no cenário mundial.

A politização democrática da jurisdição constitucional significa também um esclarecimento de seus limites, objetivando a definição de suas regras antes do início do jogo político, e não a anti-democrática alteração dessas regras quando o jogo já tenha sido iniciado. Discorro aqui sobre o segundo momento a que me referi, ou seja, a realização da referida jurisdição constitucional em si, baseada em critérios da teoria política da democracia. No Brasil e em outros países que optaram pelo modelo de controle jurisdicional da constitucionalidade percebe-se a dilatação do âmbito de atuação das cortes encarregadas da tarefa. Entre nós, a partir das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, a atuação do Supremo Tribunal Federal trouxe de uma outra forma para arena judicial questões políticas que usurparam as atribuições dos representantes democraticamente eleitos, funcionando o nosso Tribunal Constitucional como a instância última da validade das normas. As regras que se estabeleceram para o jogo político em 5 de outubro de 1988 – e o Supremo Tribunal Federal é membro do rol de atores dessa Constituição – não vigoram mais: pertinência temática, pré-questionamento, efeito vinculante em ação declaratória de constitucionalidade e, agora, também em ação direta de inconstitucionalidade,

arguição de descumprimento de preceito fundamental, definição do que preceito fundamental, interpretação conforme a constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, todos estes novos temas e possibilidade que integram o controle concentrado da constitucionalidade no Brasil são novidades que integram o ordenamento jurídico constitucional e infra-constitucional após 1988. Todos este temário corresponde à tentativa de se atribuir uma positiva certeza à tarefa de se controlar a constitucionalidade, retirando-lhe o que se tem de mais interessante: a tensão política, isto é, excluindo-se, quando da apreciação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, a demonstração inequívoca dos contrários evidentes na sociedade brasileira. É, na verdade, a busca da afirmação de que o texto normativo de forma autônoma pode resumir toda a vida social. Não é por acaso discussões sobre controle da constitucionalidade no Brasil versam muito mais sobre os temas que enumerei acima do que propriamente sobre o mérito das questões apresentadas ou sobre a matéria que se tem na ordem do dia da pauta dos tribunais. Uma leitura menos desatenta da jurisprudência brasileira – e não me refiro somente àquela do Supremo Tribunal Federal, mas também a dos Tribunais de Justiça estaduais, dos Tribunais Superiores e do Superior Tribunal de Justiça – indica que questões processuais dominam a reflexão do Poder Judiciário, em desfavor de questões materiais.

A despolitização do controle de constitucionalidade não somente é desfavorável à construção verdadeiramente democrática da própria jurisdição constitucional. Referida postura é, antes de mais nada, comprometedora da qualidade de uma democracia. Na medida em que questões políticas alcançam as cortes constitucionais, no instante em que estas cortes não são fortemente identificadas em sua composição com a heterogeneidade das tensões sociais, a discussão dos temas políticos que a elas chegam, agora, sim, atingem um nível de abstração que pouco diálogo com as demandas constitucionais concretas da sociedade se relacionam. Neste sentido, a jurisdição constitucional não tem mais como se apegar apenas a parâmetros da dogmática jurídica quando da realização de sua tarefa de exercer uma jurisdição política. Reconhecer, então, o relevante papel

de uma política democrática com a explicitação do dissenso em virtude dos antagonismos sociais significa recuperar o político. Dessa forma, a jurisdição constitucional não tem como ultrapassar os limites dos poderes que não somente foram legitimamente eleitos, mas com direta participação do povo. Afinal, é a jurisdição constitucional, por exemplo, um poder constituído sem a representatividade do Poder Legislativo. Sob este ângulo, pontos como interpretação conforme a constituição ou declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, não podem, em si, ganhar em autonomia, transformando questões materiais em abstrações metafísicas desconectadas da vida política e social que se tem diante dos olhos.

Parece que um dos problemas centrais relativamente à politização do controle da constitucionalidade no Brasil efetivado, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal reside na articulação das determinações previstas legais de concederem largos poderes à interpretação constitucional. A experiência prática sugere, pelo menos até pouco tempo, que se aguarde, quase como que por acaso, que a consciência pessoal dos integrantes do Supremo Tribunal Federal realize a opção entre compreender a Constituição de 1988 como um instrumento necessariamente político - e daí estabelecer o seu sentido também político - ou, por outro lado, estamos todos conformados com a mera aplicação dos limites da dogmática jurídica; aplicação formulada que se liberta do contexto político-social da Constituição, como se esta postura não fosse incompatível, como afirmei, com a determinação impositiva e de ordem constitucional de aplacar-se a democracia evidenciada pelo acúmulo histórico de cada sociedade.

Conjugadas a possibilidade do exercício da jurisdição constitucional sem a politização exigida pela Constituição com a ausência do reconhecimento de que os membros do Supremo Tribunal Federal devem deixar claro suas posições políticas, outro resultado não se poderia ter a não ser o do déficit na consolidação de nossa democracia e do próprio caráter democrático que a jurisdição constitucional poderá vir a ter.

Analisada sobre a perspectiva de jurisdição constitucional democraticamente politizada, a tarefa de um tribunal constitucional para a democracia no Brasil terá muito mais com o que se debater do que com temas amenos como “inclusão no capitalismo”, “controle social do Estado” ou “domesticação do mercado”. “Todos esses são temas em aberto e de importância estratégica, cuja irresolução reflete bem as dificuldades” dos que anseiam pela transformação da sociedade brasileira, constituindo-se, pelo menos, na busca de aproximação do texto constitucional à realidade, como, por exemplo, possibilita a aplicação segundo uma teoria estruturante do direito, refletida pelo nosso mestre aqui presente, Friedrich Müller.

Será esta tarefa necessária e, mais que isso, em que contexto pode ela ser realizada, uma vez que se afirmou que carecem os tribunais constitucionais de legitimidade em sua representatividade?. A resposta, como não poderia de outra forma ser, parece residir na teoria político-constitucional. Formados os tribunais constitucionais por membros objetiva e concretamente comprometidos com as transformações e a firme convicção de que a extrema desigualdade, no caso brasileiro, representa a fonte de grande parte de nossos principais problemas, seu engajamento rumo à superação de tais desafios será decisivo, resolvendo, pelo menos em parte, o problema da legitimidade. É que a sintonia com aos problemas da sociedade mediada pela política democrática legitima estes membros. Ao praticarem uma política constitucional interpretativa democrática, por outro lado, estabelecem membros e a própria corte constitucional um abandono de noções abstratas, ingressando no terreno do concreto, da explícita realidade que se vive. Neste ambiente, os problemas da aplicação, efetivação e interpretação dos direitos e garantias fundamentais converte-se em tema vivo, produzido não meramente como um problema exclusivo da linguagem onde nela se encontrariam todas as soluções. Esta reformulação atinge outros níveis que necessitam ser discutidos. Refiro-me expressamente ao problema da causa do idealismo, onde a aplicação, efetivação e interpretação constitucional, problematizadas exclusivamente por

intermédio dos meandros da linguagem do texto constitucional, pouco podem oferecer. Não quero me deter na possível avaliação de que esse mecanismo de interpretação constitucional possui um evidente ponto ideológico, na direção de extrair da discussão sobre controle da constitucionalidade a tensão política, mais fortemente detectada nos tempos de globalização. Isso me parece razoavelmente claro. Gostaria de não deixar dúvidas quanto ao aspecto de que o idealismo a que recorri tem dificultado mais do que auxiliado a solução dos impasses que qualquer sociedade moderna se encontra, claro que em diferentes formas e gradações.

Para além da insuficiência em solucionar realisticamente os desafios que se impõem ante qualquer tribunal constitucional por meio do exercício do controle da constitucionalidade, esse idealismo desvia o foco das origens dos problemas, impossibilitando que essas cortes enxerguem na sua intervenção no sistema político uma ferramenta capaz de, no mínimo, advertir as sociedades das exigências que ainda estão por se realizar. Mas essa não é a única deficiência do idealismo que identifiquei. Ainda concebida sobre a matriz idealista, a jurisdição constitucional pode entender que sua dissociação da finalidade político-democrática pode impor qualquer sentido normativo a tudo e a todos, como se inexistissem barreiras de todas as ordens a, em certos casos, aconselhar a presença do Estado como elemento motor da redução da desigualdade. Este detalhe ganha em importância ante o problema da internacionalização das economias nacionais e da demanda social interna que países, como o Brasil enfrentam o cruel dilema de conciliar, sem, no entanto, ver-se o Estado brasileiro imobilizado por força de decisões de controle da constitucionalidade que desprezam o diálogo realista democrático com o político interno de suas sociedades.

Por fim, digno de nota para a identificação da complexidade da tensão entre idealismo e realismo e o abandono da interpretação constitucional de bases meramente argumentativas – que muito e que em si só tudo encerra, é a reflexão, no Brasil, realizada por Lênio Streck<sup>13</sup>, para quem a “nova crítica do direito”

<sup>13</sup>Streck, Lênio Luiz: Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, p. 848ss.

procurará por uma visão do que tem sido historicamente – materialmente, portanto – encoberto, a fim de se redimensionar o papel do Estado, de sua primazia a realização constitucional inovadora. Observadas o conjunto sob esta ótica, não há como deixar de ser bem recebida referida compreensão, cujo componente emancipatório é integrante da própria atividade científica, o que sugere claramente o abandono do idealismo moralista que ainda persiste no constitucionalismo brasileiro e, em boa parte, refletindo-se na jurisdição constitucional. Não será somente por este motivo que uma nova percepção do direito desta matriz é importante, principalmente da aplicabilidade para efetivação das normas constitucionais. A partir de tal formulação crítica que requer a redefinição do papel do Estado ante uma normatividade democrática e dirigente é que, mantendo-se o viés democrático, estão postas as ferramentas que possibilitarão tanto a ação do Estado, de forma dirigente, como o papel da jurisdição constitucional; esta possuindo como critério norteador a política democrática, o que significa em outras palavras a evidente sugestão de que as cortes constitucionais funcionarão sem ultrapassar o legislador, eleito pelo povo em voto direto, igual e secreto.

Como tal capacidade de resposta tem por fundamento, em qualquer caso, o pacto constituinte originário agora redimensionado, esta mesma capacidade política abandona o idealismo constitucional. Assim, os problemas de manutenção de sentido constitucional por intermédio da compreensão mecânica da normatividade ou do mero discurso semiótico, cedem espaço para o realismo de ações concretas e dialógicas. A política democrática includente é que manterá a força constitucional, não a retórica idealista. Parece um equívoco histórico continuar crendo na autonomia de disposições libertárias: esta autonomia é construída no âmago da política, da construção e superação do conflito com o qual toda sociedade verdadeiramente democrática convive. Se se espera das novas instituições elaboradas em momentos constituintes de recuperação democrática a tarefa de sua realização, incorre-se no engano que o sedutor idealismo oferece, ou seja, o de que o conflito deve ser extinto a qualquer custo, como se pudesse ele ser extirpado do tecido social sem que suas reais causas sejam redimensionadas.

#### Referências Bibliográficas.

- Bagehot, Walter*: Physics and Politics or Thoughts on the Application of the Principles of 'Natural Selection and Inheritance' to Political Society, Henry S. King & Co., London, 1972.
- Bercovici, Gilberto*: Constituição e Estado de Exceção Permanente – Atualidade de Weimar, Editorial Azouge, Rio de Janeiro, 2004.
- Demirovic, Alex*: Bürgerliche Demokratie - Ein historischer Kompromiß? Zu einigen Problemen der Staatstheorie Nicos Poulantzas', *in*: Archiv für Recht und Sozialphilosophie, vol. 1987, LXXIII/Heft 4, 4. Quartal, Franz Steiner Verlag, Wiesbaden/Stuttgart, pp. 495-518.
- Engels, Friedrich*: Einleitung zu Marx' "Klassenkämpfe in Frankreich", *in*: Karl Marx – Friedrich Engels Werke, Bd. 22, Dietz Verlag, Berlin, 1963, pp. 506-527.
- Häberle, Peter*: Die Entwicklungsländer im Prozeß der Textdifferenzierung des Verfassungsrechts, *in*: Verfassung und Recht in Übersee, 23. Jahrgang, 3. Quartal 1990, hrsg. von Brun-Otto Bryde und Philip Kunig, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1990, S. 225-296.
- Hamilton, Alexander*: O Federalista LXXXV, *in*: O Federalista – Um Comentário à Constituição Americana, Alexander Hamilton, John Jay, James Madison, trad. Reggy Zanconi de Moraes, Ed. Nacional de Direito, RJ, 1959, pp. 352-357.
- Hannover, Erich u. Elisabeth Hannover-Drück*: Politische Justiz 1918-1933, mit Beiträgen von Fritz Bauer u. Richard Schmid, Attica, Hamburg, 1977.
- Marx, Karl*: Zur Judenfrage, Marx-Engels Werke, Bd. 1, Dietz Verlag, Berlin, 1977, pp. 347-377.
- Losurdo, Domenico*: Democracia e Bonapartismo, Ed. UFRJ/UNESP, RJ/SP, 2004.
- Negri, Antonio*: O Poder Constituinte – Ensaio sobre as alternativas da modernidade, trad. Adriano Pillati, DP&A Editora, Rio de Janeiro, 2002.
- Streck, Lênio Luiz*: Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2004.