

As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira

The popular constitutionalism and dialogue theories in the perspective of Brazilian constitutional jurisdiction

Rodrigo Mendes Cardoso¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil
rodrigomendescardoso@hotmail.com

Resumo

Este trabalho propõe uma reflexão sobre as conexões que podem ser estabelecidas entre a teoria do constitucionalismo popular, de Larry Kramer; as teorias do diálogo constitucional, de Christine Bateup; o modelo de controle de constitucionalidade proposto por João Mangabeira na Comissão do Itamaraty (1932-1933); e a sistemática da jurisdição constitucional adotada pela Constituição de 1937. O artigo trabalha com a hipótese de que há uma identidade entre, de um lado, as teses centrais das teorias do constitucionalismo popular e do diálogo constitucional e, de outro lado, alguns modelos de revisão parlamentar no controle de constitucionalidade já propostos na década de 1930 e atualmente em debate, no plexo constitucional brasileiro.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade, supremacia judicial, constitucionalismo popular, teorias do diálogo constitucional.

Abstract

This paper proposes a reflection about the connections that can be made between the theory of popular constitutionalism, by Larry Kramer; theories of constitutional dialogue, by Christine Bateup; the model of judicial review proposed by João Mangabeira in the Itamaraty Commission (1932-1933); and the constitutional jurisdiction scheme in Brazil's 1937 Constitution. It discusses the hypothesis that there is an identity between, on the one hand, the central theses of popular constitutionalism and constitutional dialogue and, on the other, some models of parliamentary review of the judicial review that had already been proposed in the late 30s and are currently under discussion in Brazil.

Keywords: judicial review, judicial supremacy, popular constitutionalism, theories of constitutional dialogue.

¹ Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rua Marquês de São Vicente, 225, Gávea, 22451-900, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Introdução

A ideia de *judicial review*² nos remete invariavelmente à noção de que o Poder Judiciário é quem deve interpretar e aplicar a Constituição, por esta ser um texto legal hierarquicamente superior aos demais. Na experiência constitucional norte-americana, o controle de constitucionalidade não foi contemplado na Constituição, mas foi formulado há mais de dois séculos, no caso que ganhou maior notoriedade e repercussão no constitucionalismo contemporâneo: o *classic case Marbury v. Madison*³, em que o *Chief Justice* John Marshall firmou o entendimento de que o papel de interpretar e aplicar a Constituição caberia ao Poder Judiciário.⁴

Na experiência constitucional brasileira, o *judicial review* ganhou repercussão como o modelo hegemônico, a partir das primeiras constituições republicanas. Nesse sentido, veja-se o texto de José Augusto, ao afirmar que o direito norte-americano

é o precursor da grande corrente, hoje vencedora, que dá ao poder judiciário o controle da constitucionalidade das regras legislativas. Não é que a Constituição expressamente haja outorgado ao judiciário tão alta prerrogativa. Ela resultou de interpretação dos tribunais, é filha da jurisprudência, e prende-se a remotos antecedentes históricos, acumulados através do tempo (Augusto, 1933, p. 107).

Invariavelmente, as primeiras críticas à decisão de Marshall consistiam em considerá-la uma “usurpação de poder” pela Suprema Corte, tendo em vista a ausência de preceito expresso na Constituição norte-americana que outorgue ao Poder Judiciário a faculdade de declarar insubsistentes os atos do Congresso. Por outro lado, as decisões do Poder Judiciário ainda estão inteiramente livres de qualquer tipo de controle ou restrição por parte dos demais poderes (Bittencourt, 1949, p. 17-18). A partir de sua consolidação, o controle de constitucionalidade veio sofrendo profundas modificações, que culminaram com o fenômeno recente do ativismo judicial da Suprema Corte norte-americana.

No caso, todo o processo de expansão do poder de interpretação e aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário teve seu ritmo acelerado na medida em que a confiança nos juizes aumentava, frente à aceitação e à indiferença do povo (Kramer, 2006, p. 279-280).

A temática do *judicial review* invariavelmente é objeto de divergências entre teóricos constitucionalistas, mas a sua essência parte de uma premissa comum: a ideia de que o exercício do controle judicial de constitucionalidade é, por natureza, contramajoritário. Assim, enquanto alguns sustentam que o controle de constitucionalidade é desejável exatamente pelo seu caráter contramajoritário, ao argumento de que os direitos constitucionais não estão sujeitos à vontade da maioria, outros criticam o *judicial review* justamente pelo fato de interferir na vontade majoritária, ao argumento de que seriam antidemocráticas as decisões judiciais que invalidam leis e atos governamentais.⁵

Da tensão existente entre esses valores concorrentes surgiram as teorias do constitucionalismo popular, de Larry Kramer, e as teorias do diálogo constitucional, de Christine Bateup, que, invariavelmente, se insurgem contra o monopólio da interpretação constitucional por parte do Poder Judiciário.

Na experiência constitucional brasileira da década de 1930, alguns arranjos institucionais comungam da mesma inquietação, o que pode ser verificado no modelo de controle de constitucionalidade proposto por João Mangabeira na Comissão do Itamaraty (1932-1933), e na sistemática da jurisdição constitucional adotada pela Constituição de 1937. Nesse sentido, o artigo trabalha com a hipótese de que há uma identidade entre, de um lado, as teses centrais das teorias do constitucionalismo popular e do diálogo constitucional e, de outro lado, alguns modelos de controle de constitucionalidade já propostos, e atualmente em debate, no plexo constitucional brasileiro. Para tanto, foram analisadas as teorias de Larry Kramer e de Christine Bateup, condensadas na segunda seção; o modelo de controle de constitucionalidade proposto por João Mangabeira na Comissão do Itamaraty (1932-1933) e o modelo de controle de constitucionalidade previsto na Constituição do Estado

² Segundo Mark Tushnet, o termo *judicial review* refere-se ao “poder qualificado da Suprema Corte dos Estados Unidos de declarar nulas as normas consideradas inconstitucionais; corresponde a uma criação jurisprudencial da Suprema Corte, não prevista na constituição estadunidense. Diferentemente da tradição inglesa do princípio da supremacia do parlamento, no *judicial review* vigora o princípio da supremacia da constituição, segundo o qual juizes e tribunais devem aplicar diretamente disposição constitucional quando o ato normativo em questão for com ela conflitante. Trata-se, assim, da forma pela qual o controle de constitucionalidade é realizado nos Estados Unidos, com as peculiaridades próprias a essa forma de controle judicial de constitucionalidade no âmbito da tradição da *Common Law* praticada naquele país” (Tushnet, 2009, p. 221). Dada a singularidade do instituto, e na mesma linha de Mark Tushnet, optou-se por manter a referida expressão em inglês.

³ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁴ Para melhor compreensão da hipótese formulada, registra-se que, inspirada no modelo norte-americano, a primeira Constituição republicana (1891) inaugurou o controle de constitucionalidade no Brasil, ao retirar do Legislativo o poder de guarda da Constituição e conferir ao Poder Judiciário a competência para deixar de aplicar os atos normativos contrários àquela.

⁵ Segundo Barry Friedman, essa premissa é, em alguma medida, equivocada (Friedman, 2005, p. 123-124).

Novo (1937), condensados na terceira seção; na quarta e última seção deste trabalho, são expendidas as considerações finais em torno da hipótese formulada.

O controle de constitucionalidade na perspectiva de Larry Kramer e de Christine Bateup

Em todas as oportunidades em que a Suprema Corte estadunidense julgou uma questão polêmica de grande repercussão nacional, o debate sobre a aparente tensão entre constitucionalismo e democracia, conhecida como “dificuldade contramajoritária”⁶, veio à tona. Quanto aos autores que tratam da temática, Nimer Sultany os classifica em: (1) “*deniers*” (negam a tensão): Ronald Dworkin, Bruce Ackerman e Frederick Schauer; (2) “*reconcilers*” (reconciliam a tensão): John Hart Ely, Cass Sunstein e Larry Kramer; (3) “*endorsers*” (reconhecem o caráter irreconciliável da tensão, mas a endossam): Frank Michelman, Louis Seidman e Laurence Tribe; ou (4) “*dissolvers*” (dissolvem a tensão através da renúncia ao *judicial review*, dando validade à legislação): Jeremy Waldron, Richard Parker e Mark Tushnet. Enquanto os dois primeiros grupos se alinham ao “discurso da unidade”, os dois últimos integram o “discurso da desunião” (Sultany, 2012, p. 377).

Assim, a busca de respostas que pudessem dar conta da tensão existente entre esses valores concorrentes vem produzindo várias teorias desde o século passado. Dentre essas teorizações, destaca-se o constitucionalismo popular⁷, por ser um moderno movimento progressista de um grupo de constitucionalistas norte-americanos proeminentes (dentre eles Larry Kramer), que invariavelmente dirigem suas críticas à supremacia judicial e ao elitismo da Suprema Corte, no plexo democrático norte-americano.

Nessa linha de raciocínio, constitucionalistas populares reivindicam basicamente uma democracia mais participativa e direta pelo povo, e são céticos e hostis frente às dinâmicas do sistema do *judicial review* norte-americano, que coloca a Suprema Corte como única legitimada para determinar o significado da Constituição (Chemersinsky, 2004, p. 673; Sultany, 2012, p. 410-411). De acordo com Barry Friedman, a crítica do controle judicial de constitucionalidade está em ascensão,

especialmente em nome do constitucionalismo popular. Segundo o autor, a maioria dos constitucionalistas populares não questiona a legitimidade do controle de constitucionalidade, embora pareça compartilhar a noção de que (pelo menos em circunstâncias específicas) o *judicial review* deveria levar em conta os pontos de vista populares sobre o significado da Constituição (Friedman, 2005, p. 125).

Para o que nos interessa neste trabalho, podemos sistematizar a tese central do constitucionalismo popular de Larry Kramer da seguinte forma: trata-se de um desafio à supremacia judicial quanto ao monopólio da Suprema Corte norte-americana na interpretação da Constituição (Gargarella, 2006, p. 1). Colocado nesses termos, o constitucionalismo popular basicamente reivindica uma maior participação dos cidadãos na determinação do significado constitucional, demonstrando, em maior ou menor medida, uma hostilidade às dinâmicas da supremacia judicial, que colocam a Suprema Corte como único ente legitimado a interpretar e aplicar a Constituição.

Nesse sentido, os teóricos do constitucionalismo popular estão reunidos em uma desconfiança comum em face do elitismo da Suprema Corte americana, partindo da premissa de que o governo pertence ao povo, e não a seus representantes, ou ao Poder Judiciário.

Segundo Larry Kramer, o objetivo da supremacia judicial é maximizar a autoridade dos tribunais, que implica uma atitude de deferência e submissão do povo às suas decisões, para desviar e reduzir a potência do constitucionalismo popular (Kramer, 2006, p. 285). Para o autor, os defensores da supremacia judicial (que veem a democracia como aterrorizante e ameaçadora) normalmente utilizam de argumentos antidemocráticos – amparados em meras intuições e suposições – para justificar que os *justices* devem ter a última palavra na interpretação da Constituição:

El sentido antipopulista moderno presupone que la gente común es emocional, ignorante, está confundida, y es simplista, cuando se la compara con una elite reflexiva, informada y lúcida. La gente común tiende a ser imprudente e irresponsable cuando de política se trata: autointeresada en lugar de imbuida del interés público, arbitraria en vez de primaria, impulsiva y cerrada en vez de deliberativa o lógica. En realidad,

⁶ A expressão “*countermajoritarian difficulty*”, focada na problemática do *judicial review*, foi cunhada e popularizada por Alexander Bickel em sua obra *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, de 1962, e se refere ao seguinte questionamento: como uma pequena minoria (nove juizes), não eleita através de processo democrático, pode interpretar e aplicar a Constituição? (Bickel, 1986; Pildes, 2010; Post e Siegel, 2007, p. 374).

⁷ Segundo Nimer Sultany, o constitucionalismo popular, endossado por teóricos como Larry Kramer e Mark Tushnet, encontra-se entre os discursos de reconciliação (“*discourse of unity – reconciliation*”), pois contesta a exclusividade do Poder Judiciário no ato de interpretar a Constituição, defendendo a participação popular na determinação do significado constitucional (Sultany, 2012, p. 410).

la gente común es más bien como los niños. Y al ser como niños, la gente común es insegura y fácilmente manipulable (Kramer, 2006, p. 296).

Ao refletir sobre o atual ativismo da Suprema Corte americana, Kramer, em sua obra *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*⁸ (Kramer, 2004), faz uma revisão histórica do *judicial review* na perspectiva do constitucionalismo popular, no sentido de aferir como os *Founding Fathers* enxergavam a Constituição estadunidense, para concluir que, na época da fundação, os cidadãos americanos eram os únicos legitimados a dar a palavra final sobre o significado da Constituição. Na sua percepção, o monopólio judicial da interpretação constitucional apresenta-se hoje como algo determinado e inexorável, pois, em algum momento da geração passada, os cidadãos americanos chegaram à conclusão de que o significado da Constituição estava além de seu alcance e que deveria ser deixado nas mãos de outras pessoas, que os protegeriam de si próprios (Kramer, 2006, p. 279-281).

Mesmo lamentando, Kramer reconhece que o próprio povo parece aceitar o papel “moderno” da Suprema Corte, e que não há nenhuma onda de opinião popular contra a insistência desta em dar a palavra final quando da interpretação do significado constitucional. Segundo o autor, os próprios cidadãos não parecem estar ansiosos para voltar às práticas de interpretação constitucional através de mobilizações, marchas ou manifestações, mas parecem estar mais dispostos a aceitar que as decisões da Suprema Corte possam ser anuladas por emendas constitucionais, ou pela própria corte, do que através de expressões não institucionais de insatisfação popular (Alexander e Solum, 2005, p. 1638-1639).

Ao comentar a obra de Kramer, Roberto Gargarella sistematiza a tese central do constitucionalismo popular, catalogando suas premissas comuns, dentre as quais: desafiar a supremacia judicial tirando a Constituição das mãos dos tribunais; recuperar e reconhecer a importância e o peso institucional da participação popular; defender uma interpretação extrajudicial da Constituição; fomentar uma releitura crítica sobre os efeitos do *judicial review*; mostrar como a sociedade in-

flui, reconstrói e, às vezes, mina o valor das decisões judiciais; e impulsionar uma maior participação popular nas decisões políticas (Gargarella, 2006, p. 1-5).

No que diz respeito à primeira premissa, importante salientar que, embora Kramer desafie a supremacia judicial e o monopólio da interpretação constitucional pelos tribunais, o autor reconhece que, na medida em que a aceitação da supremacia judicial se torna cada vez mais evidente no direito constitucional contemporâneo, desaparece quase por completo qualquer tipo de questionamento público da autoridade judicial para dar a última palavra sobre o sentido da Constituição (Kramer, 2006, p. 280-282).

Entre as teorizações que, em alguma medida, se alinham às premissas comuns do constitucionalismo popular, podemos verificar várias perspectivas para a supremacia judicial, que vão desde a sua abolição até a sua legitimação mediante o compartilhamento (com o povo e/ou outros atores institucionais) do poder de interpretar a Constituição. Nesse sentido, enquanto autores como Jeremy Waldron e Mark Tushnet⁹ são considerados “*dissolvers*”, por defenderem a própria abolição da supremacia judicial, dada a sua incompatibilidade com a democracia (Waldron, 2006), Larry Kramer enquadrarse na linha dos “*reconcilers*”, pois propõe a devolução da legitimidade do povo para dar a última palavra na interpretação constitucional mediante soluções conciliadoras que, embora delimitem a competência da Suprema Corte, não a deslegitimam (Sultany, 2012, p. 410-411).¹⁰

Ao defender a derrubada do monopólio do Poder Judiciário quanto à função de interpretação da Constituição, Christine Bateup sistematiza as teorias do diálogo constitucional, buscando uma interação e compartilhamento entre o Poder Judiciário e as instâncias políticas, particularmente na construção do significado da Constituição.¹¹

De acordo com Bateup, as dinâmicas dialógicas invariavelmente enfatizam que o Poder Judiciário não deve ter o monopólio da interpretação constitucional e, conseqüentemente, tendem a aliviar a ansiedade de constitucionalistas populares, que reivindicam uma reafirmação da tradição histórica americana do envolvimento do povo na interpretação constitucional quan-

⁸ Segundo Larry Alexander e Lawrence B. Solum, “*The People Themselves* is a book that says ‘boo’ to the ultimate constitutional authority of the courts and ‘hooray’ to a populist tradition that empowers Presidents to act as ‘Tribunes of the People’ and has even included constitutional interpretation by mob” (Alexander e Solum, 2005, p. 1594).

⁹ Mark Tushnet, em sua obra *Taking the Constitution Away from the Courts*, defende a eliminação da autoridade do Poder Judiciário para invalidar decisões legislativas e executivas (Tushnet, 1999).

¹⁰ Segundo Chemerinsky, autores como Larry Kramer, Parker Richard e Jeremy Waldron apresentaram argumentos contra o *judicial review*, reivindicando um papel mais modesto para os tribunais, e a recolocação do povo como o único intérprete possível da Constituição (Chemerinsky, 2004, p. 675).

¹¹ Embora não conste da classificação de Nimer Sultany (2012, p. 2), podemos enquadrar a proposta de Christine Bateup entre as que se adequam ao “*discourse of unity – reconciliation*”, por reconciliar a aparente tensão entre democracia e constitucionalismo.

to ao *judicial review* (Bateup, 2006, p. 1-2). Ao defender uma interlocução entre as Cortes e os outros atores constitucionais, refutando o monopólio judicial na interpretação da Constituição, as teorias dialógicas atenuam aquilo que Bickel indicou como “dificuldade contramajoritária”. Nessa linha, Conrado Hubner Mendes sustenta que as teorias dialógicas

Defendem que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares *expertises* e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre as instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais (Mendes, 2011, p. 31).

Na tarefa original de apresentar uma tipologia das distintas teorias do diálogo constitucional surgidas nas últimas décadas, Bateup objetiva demonstrar como essas teorias reagem à dificuldade contramajoritária para, ao final, apresentar uma teoria própria, que efetivamente resolva o déficit democrático do *judicial review*. São duas as categorias de teorias dialógicas sistematizadas pela autora: as teorias do método judicial (*theories of judicial method*) e as teorias estruturais do diálogo (*structural theories of dialogue*). Enquanto a primeira, mais prescritiva, envolve a perspectiva – endógena – de teorias da decisão judicial e da capacidade das Cortes em fomentar comportamentos do legislador, a segunda, mais descritiva, leva em conta uma dinâmica – exógena – do diálogo constitucional no âmbito dos arranjos institucionais.

Dentre as teorias do método judicial, Bateup destaca as teorias do aconselhamento judicial (*judicial advice-giving*), as teorias centradas no processo (*process-centered rules*) e o minimalismo judicial (*judicial minimalism*).

As teorias do aconselhamento judicial sugerem que as cortes devem utilizar uma série de técnicas pró-ativas de interpretação e de tomadas de decisão, a fim de recomendar cursos particulares de ação para os outros poderes. Segundo Bateup, existem duas técnicas importantes de utilização das teorias do aconselhamento judicial, que visam assegurar que os atores políticos aprendam as visões das cortes sobre o significado constitucional. A primeira, conhecida como “*constitutional road maps*”, salienta a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das leis pelas cortes, acompanhada de um aconselhamento, de modo a possibilitar uma

atuação corretiva dos outros poderes, em especial o legislativo, quando da produção de normas. A segunda técnica envolve a hipótese das cortes, mesmo não declarando a inconstitucionalidade das leis, usar estratégias que possam incentivar os outros poderes a rever a legislação vigente, a fim de repará-las (Bateup, 2006, p. 17-18).

As teorias centradas no processo, por sua vez, buscam motivar as Cortes a dedicar especial atenção quanto à qualidade das dinâmicas deliberativas dos outros poderes (especialmente o Legislativo), de modo a verificar se as suas decisões políticas foram o resultado de uma deliberação adequada e em sintonia com os valores constitucionais. Existe uma variedade de teorias centradas no processo, merecendo destaque a doutrina do “segundo olhar” (*second look*), a ser empregada quando o Legislativo age com pressa ou descuido no que diz respeito ao tratamento de direitos fundamentais. Não obstante os adeptos dessa teoria confiarem na capacidade e competência do Legislativo para interpretar a Constituição, eles reconhecem a possibilidade de, eventualmente, não ser dada a devida atenção aos valores constitucionais, tendo em vista as mais variadas razões, como limitações de tempo ou pressões eleitorais e partidárias. Nessas circunstâncias, as Cortes deveriam envolver o Legislativo em um diálogo, forçando-o a reconsiderar suas decisões com o nível adequado e suficiente de importância aos valores constitucionais substantivos, de forma fundamentada e consciente (Bateup, 2006, p. 23-26).

Já a teoria do minimalismo judicial, que tem Cass Sunstein como o principal defensor contemporâneo, sugere que a Corte deve adotar a estratégia de dizer não mais que o necessário, deixando o máximo possível não decidido. Em síntese, essa autocontenção jurisdicional das Cortes parte da perspectiva de que as decisões devem ser estreitas e superficiais (Sunstein, 1999, p. 10-14). Esse modelo “fraco” de controle de constitucionalidade (*weak-form judicial review*) pode ser atribuído inicialmente a Alexander Bickel, que ligava uma gama de técnicas judiciais de “não decisão”, as chamadas “virtudes passivas” (*passive virtues*)¹², à ideia do diálogo constitucional (Bateup, 2006, p. 27).

Quanto às teorias estruturais do diálogo, Bateup aponta as teorias da construção coordenada (*coordinate construction theories*), as teorias dos princípios jurídicos (*theories of judicial principle*), as teorias do equilíbrio (*equilibrium theories*) e as teorias da parceria (*partnership theories*).

¹² Segundo Conrado Hübner Mendes, no lugar das “virtudes passivas”, Sunstein cria um vocabulário novo de expressões que sintetizam o minimalismo: “deixar coisas não decididas” (*leaving things undecided*), “acordos teóricos incompletos” (*incompletely theorized agreements*) e “uso construtivo do silêncio” (Mendes, 2011, p. 120).

As teorias da construção coordenada invariavelmente identificam uma repartição entre os poderes quanto à tarefa de interpretação da constituição. Contrariamente à tradição da supremacia judicial, essas teorias admitem a possibilidade de interpretação extrajudicial em uma dinâmica em que a Corte é um intérprete a mais. Enquanto autores como Larry Alexander e Frederick Schauer apontam o perigo da teoria da construção coordenada desencadear uma situação de anarquia interpretativa, Neal Devins e Louis Fisher recusam essa oposição sugerindo uma relativa independência entre os poderes na interpretação constitucional, de modo que o Judiciário e os outros poderes devam interagir de forma dialógica para moldar o significado da Constituição (Bateup, 2006, p. 34).

Teorias dos princípios jurídicos, ao conferir um papel especial ao Poder Judiciário, propõem que juízes desempenham uma função dialógica singular, baseada em sua habilidade e competência institucional especial em relação a questões de princípio. O diálogo surgiria na hipótese de controle, pelos poderes políticos, de eventual erro na interpretação judicial de tais matérias. Bateup identifica duas possibilidades a partir dessa perspectiva: (a) Princípios e controle político sobre a Corte (*principle and political checks on the court*). Apesar da habilidade especial do Judiciário para preservar e proteger princípios, a possibilidade de erro na interpretação constitucional deve ser levada em consideração, cabendo aos poderes políticos o dever de fiscalizar o desempenho dessas competências por parte dos juízes; (b) Princípio e articulação legislativa da política (*principle and legislative articulation of policy*). Em oposição ao foco no papel do Legislativo na correção da atuação jurisdicional das Cortes, essa perspectiva se concentra na contribuição do Legislativo na interpretação constitucional, tendo em vista a sua habilidade institucional para manejar políticas públicas (Bateup, 2006, p. 41-56).

As teorias do equilíbrio, que têm Barry Friedman (2004, 2005), Robert Post e Reva Siegel (2007) entre os seus principais defensores, invariavelmente salientam a importância da opinião pública e destacam a capacidade das Cortes em facilitar e fomentar um largo debate acerca do significado da Constituição. Na mesma linha, a teoria da parceria, que também busca estimular um

diálogo amplo na sociedade, propõe a necessidade de implementação de arranjos institucionais capazes de absorver as distintas contribuições de cada poder (sem qualquer hierarquia ou privilégio entre eles), que se resumiria em um efetivo diálogo constitucional. Assim, enquanto a teoria do equilíbrio foca o papel do Poder Judiciário na facilitação e promoção do debate constitucional em toda a sociedade, a teoria da parceria chama a atenção para os arranjos institucionais que possibilitam a interação dialógica entre o Poder Judiciário e as demais instâncias políticas. Para Bateup, a compreensão satisfatória do diálogo constitucional emerge da fusão dinâmica e da sistematização dos modelos dialógicos do equilíbrio e da parceria.¹³ Nesse sentido, ao mesmo tempo em que se propõem interações institucionais entre o Poder Judiciário, as instâncias políticas e a sociedade (em que as Cortes atuam como uma das instâncias de discussão), as decisões judiciais desempenham uma função importante no sistema constitucional, pois acionam uma ampla discussão de toda a sociedade sobre os valores constitucionais (Bateup, 2006, p. 57-84). Para que a tradicional concepção monológica de interpretação constitucional, adstrita ao Poder Judiciário, possa ser superada, o grande desafio é identificar modelos institucionais criativos que possam permitir o diálogo constitucional entre todos os atores políticos.

O modelo proposto por João Mangabeira na Comissão do Itamaraty e o adotado na Constituição de 1937

A Assembleia Constituinte de 1933 foi precedida de um anteprojeto elaborado por uma comissão criada por Getúlio Vargas¹⁴, através do Decreto nº 21.402¹⁵, que posteriormente ficou conhecida como a “Comissão do Itamaraty”, influenciada pela Constituição de Weimar (1919) e pela Constituição da Espanha republicana (1931). Palco de inúmeros debates sobre questões fundamentais da organização política brasileira, esta comissão desenvolveu seus trabalhos em um contexto de descrença nas dinâmicas da jurisdição constitucional norte-americana, que reivindicava a ado-

¹³ Bateup não negligencia os desafios e as dificuldades de adaptação que essas teorias podem enfrentar, como a supervalorização dos arranjos institucionais dialógicos e a falta de engajamento das cortes, dos poderes políticos e da sociedade.

¹⁴ Com a Revolução de 1930, Getúlio Vargas é escolhido Chefe do Governo Provisório e edita o Decreto nº 19.398, atribuindo-se o exercício dos poderes Executivo e Legislativo.

¹⁵ Em 14 de maio de 1932, o Governo Provisório edita o Decreto nº 21.402, convocando, para 03 de maio de 1933, eleições para uma Assembleia Nacional Constituinte e criando uma Comissão Constitucional (Comissão do Itamaraty) para elaborar o anteprojeto de Constituição. A Comissão do Itamaraty era Integrada por Mello Franco (Presidente), Assis Brasil, Antônio Carlos Prudente de Moraes Filho, João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Arthur Ribeiro, Agenor de Rourc, José Américo, Oswaldo Aranha, Oliveira Vianna, Góes Monteiro e Themístocles Cavalcanti (Secretário da Comissão Geral).

ção do modelo europeu de controle abstrato de constitucionalidade, de inspiração kelseniana. A referida preocupação, sobretudo quanto ao caráter não vinculante das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, pode ser percebida em inúmeros debates da comissão, valendo transcrever um trecho do pronunciamento de um de seus membros:

O Sr. Carlos Maximiliano diz que o pensamento inicial foi o de impedir essa iniquidade evidente, no caso de ser julgada inconstitucional uma lei ou um ato do Executivo pelo Poder Judiciário, continuasse esse preceito a prejudicar a todos, forçando a propositura de inúmeras ações sumárias especiais, para chegarem ao mesmo resultado. Procurou-se então uma fórmula para converter em realidade essa aspiração geral (Azevedo, 2004, p. 574).

Ante a possibilidade de adoção de um modelo de controle de constitucionalidade abstrato das normas, nos moldes europeus, João Mangabeira deixava evidente, em artigos publicados na imprensa, a sua profunda desconfiança com relação ao poder que poderia ser conferido ao Supremo Tribunal Federal:

Conferindo ao Supremo Tribunal a atribuição incomparável de decretar a inconstitucionalidade das leis, e, por isso mesmo traçar, em última instância, aos outros Poderes, à União e aos Estados os limites das respectivas competências, óbvio que a Nação se deveria premunir contra os possíveis abusos dessa faculdade formidável. Porque nenhuma ditadura seria mais abominável, que a desses juízes vitalícios e irresponsáveis diante da Nação, que não encontraria, em muitos casos, contra os desmandos de tais ministros, outro recurso que a revolução, tão moroso e complicado, num dia de crise ou de perigo, o da reforma constitucional, ante o povo exaltado pelos crimes da oligarquia judiciária (Mangabeira, 1934, p. 112).

Em meio a essas preocupações, João Mangabeira propõe a adoção de um desenho institucional inovador na jurisdição constitucional, mediante o compartilhamento do controle de constitucionalidade entre o Supremo Tribunal Federal e as outras instâncias políticas e populares, nos seguintes termos:

Art. Uma lei da Assembleia Nacional só poderá ser declarada inconstitucional quando votarem neste sentido, pelo menos, dez ministros do Supremo Tribunal. Verificado este caso, o presidente do Supremo Tribunal remeterá, dentro de 48 horas, uma cópia da decisão ao Presidente da República. Se este concordar com o julgamento, expedirá, dentro de 48 horas, um decreto declarando a lei revogada. Se nisso não aquiescer comunicará a sua opinião, com a cópia da sentença à Assembleia Nacional ou à Comissão Permanente em sua ausência. E, se uma ou outra, por dois terços de votos, discordarem da sentença, o dissídio entre o Supremo e os outros poderes do Estado será resolvido por um plebiscito. Se a Assembleia ou a Comissão se conformarem com a sentença ou não a recusarem por dois terços, a lei ficará “ipso-fato” revogada.¹⁶

Como se vê, a proposta de João Mangabeira prevê um arranjo institucional que promove a interação na construção do significado da Constituição, a ser realizada pelos poderes judiciário, legislativo e executivo. Nesse aspecto, ao propor a quebra do monopólio do Poder Judiciário quanto à função de interpretar a Constituição, Mangabeira acaba elaborando dinâmicas institucionais que, embora propostas na década de 1930, guardam profundas semelhanças com as recentes teorias dialógicas de Christine Bateup.

Por outro lado, ao prever a participação popular, através de um plebiscito, em caso de dissenso entre as instâncias políticas quanto à decisão do Supremo Tribunal Federal, a proposta de Mangabeira se aproxima da tese de Larry Kramer sobre o constitucionalismo popular. Nesse sentido, vê-se que tais propostas comungam as mesmas linhas revolucionárias, especialmente quando representam um desafio à supremacia judicial e reivindicam uma maior participação popular na determinação do significado constitucional.

De todo modo, a proposta de João Mangabeira acabou não sendo incorporada na Constituição de 1934, e sequer no anteprojeto da Comissão do Itamaraty, reforçando o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, exercido desde a proclamação da República. Ademais, a supremacia judicial já se apresentava, sobre terras brasileiras, como uma tendência daquela época, como denota o texto de José Augusto, ao afirmar que

¹⁶ Posteriormente João Mangabeira alterou a redação da referida emenda, que apenas inverteu o primeiro destinatário da decisão declaratória de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: “Art. A inconstitucionalidade de uma lei federal só poderá ser declarada pelo Supremo Tribunal, quando neste sentido votarem, pelo menos, dois terços dos seus membros. § 1º Verificado este caso, o presidente do Supremo Tribunal enviará, dentro de dez dias, uma cópia da decisão ao presidente da Assembleia Nacional; e se esta aquiescer no julgamento, ou dele não dissenter por dois terços da totalidade dos seus membros, a lei será revogada. O mesmo ocorrerá, se reunida a assembleia, nada resolver dentro de trinta dias. § 2º Se a Assembleia, por dois terços da totalidade dos seus membros, discordar da decisão, comunicará o fato, dentro de 24 horas, ao Presidente da República. E se este, dentro de 5 dias, nada resolver ou aceitar o julgado, a lei ficará revogada. Se, porém, concordar com o voto da Assembleia, o dissídio entre o Supremo Tribunal e os outros poderes do Estado, será resolvido por um plebiscito” (Azevedo, 2004, p. 537, 572).

O órgão mais idôneo para julgar e decidir dessa inconstitucionalidade, a lição está nos mais ilustres tratadistas, e vai ganhando terreno nas Constituições mais modernas e avançadas, é a justiça, é o poder judiciário. A questão da conformidade da lei com a constituição é uma questão de direito, e assim nada mais lógico que às autoridades judiciárias se entregue a competência para resolvê-la e julgá-la (Augusto, 1933, p. 105).

Não obstante a adoção, no texto final da Constituição de 1934, de um dispositivo que inclui o Senado Federal no desenho institucional da jurisdição constitucional¹⁷, grande parte das linhas revolucionárias do anteprojeto, incluídas as propostas que reivindicavam a adoção do modelo europeu de controle de constitucionalidade, não foram àquela incorporadas. No caso, a Constituição de 1934, para além de manter o sistema difuso, introduzido pela Constituição de 1891, acabou estabelecendo um *quorum* de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais¹⁸ e introduziu a ação de inconstitucionalidade para fins de intervenção federal, a ser proposta pelo Procurador-Geral da República perante a Corte Suprema¹⁹.

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, por sua vez, na parte reservada ao Poder Judiciário e, especialmente, ao modelo da jurisdição constitucional brasileira, guarda algumas semelhanças com a proposta apresentada por João Mangabeira na Comissão do Itamaraty, mormente no que diz respeito ao compartilhamento, entre o Supremo Tribunal Federal e outras instâncias políticas, da guarda da Constituição. É o que previa o parágrafo único do artigo 96:

No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Redigida por Francisco Campos, a Constituição de 1937 inaugura a ditadura do Estado Novo, ficando conhecida como a Constituição “Polaca”, tendo em vis-

ta a influência da Constituição autoritária da Polônia. Ao expor uma profunda desconfiança em relação ao caráter contramajoritário da jurisdição constitucional, Francisco Campos já anunciava, ainda no século XX, o que viria a ser conhecido como as teorias do constitucionalismo popular:

O controle judicial de constitucionalidade das leis é, sem dúvida nenhuma, um processo destinado a transferir do povo para o Poder Judiciário o controle do Governo, controle tanto mais obscuro quanto insuscetível de inteligibilidade pública, graças à aparelhagem técnica e dialética que o torna inacessível à compreensão comum. A supremacia do Judiciário não é, pois, como procura fazer acreditar uma ingênua doutrina que atribui ao método jurídico um caráter puramente lógico e objetivo, uma supremacia aparente. É, ao contrário, uma supremacia política, porque a função de interpretar, que redundava na de formular a Constituição, é a mais alta ou a mais eminente das funções políticas. O controle judicial de constitucionalidade das leis, ao invés de constituir uma proteção ao povo, era um expediente sabiamente engendrado para o fim de impedir ou moderar as reivindicações populares, ou colocar sob o controle dos interesses criados ou da filosofia conservadora dos beneficiários da ordem estabelecida a evolução das instituições democráticas, privando-as das virtualidades dinâmicas que lhes são inerentes (Campos, 1983, p. 172-177).

Nesse sentido, essa inovadora dinâmica de jurisdição constitucional tende a satisfazer os anseios democráticos de constitucionalistas populares, que reivindicam o envolvimento do povo na interpretação constitucional. Deixando de lado a circunstância de seu contexto (Estado Novo) e de não ter vigorado de fato, a Constituição de 1937 inovou em seu modelo de jurisdição constitucional ao defender a derrubada do monopólio do Poder Judiciário quanto à função de interpretação da Constituição. Ademais, ao prever uma interação e compartilhamento entre o Supremo Tribunal Federal e outras instâncias políticas, particularmente na construção do significado constitucional, a Constituição de 1937 também guarda estreitas semelhanças com as teorias dialógicas de Christine Bateup.

Atualmente, tanto as propostas revolucionárias da década de 1930 quanto as teorias de Kramer e Bateup

¹⁷ Constituição de 1934, Artigo 91: “Compete ao Senado Federal: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

¹⁸ Constituição de 1934, Artigo 179: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.

¹⁹ Constituição de 1934, Artigo 12: “A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] IV - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; [...] § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade”.

parecem influenciar o Parlamento brasileiro, uma vez que tramita perante a Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição nº 33 (PEC nº 33/2011), propondo profundas mudanças no modelo de controle de constitucionalidade, especialmente no que diz respeito à possibilidade de revisão parlamentar nessa tarefa.²⁰

Considerações finais

As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo constitucional, como já abordado, propõem o desvencilhamento de toda concepção que prevê o monopólio judicial na determinação do significado da Constituição. O grande desafio para essas teorias é articular dinâmicas alternativas para o controle de constitucionalidade, através de um compartilhamento de poder, que integre efetivamente o Legislativo, o Executivo e a comunidade no processo de interpretação constitucional. Não obstante esse aparato teórico, centrado na superação da postura tradicional monológica de interpretação da Constituição (centrada no Poder Judiciário), poucas são as propostas de arranjos institucionais na perspectiva dessas teorias.

No caso, tanto a proposta de João Mangabeira para a Comissão do Itamaraty (1932-1933) quanto a Constituição do Estado Novo (1937) oferecem modelos de controle de constitucionalidade que servem aos anseios democráticos das teorias do constitucionalismo popular e do diálogo constitucional. Mesmo não tendo vigorado de fato, as propostas revolucionárias da década de 1930, juntamente com as teorias de Kramer e de Bateup, são importantíssimas para o debate constitucional contemporâneo, inclusive parecem influenciar recentes arranjos tendentes a aproximar o princípio democrático e a proteção judicial de direitos previstos da Constituição da República de 1988.

Obviamente, tendo em vista as mazelas da democracia liberal nas sociedades contemporâneas, não se trata apenas de devolver formalmente ao povo o poder de interpretar a Constituição. Para o êxito das propostas do constitucionalismo popular e do diálogo constitucional, é necessário recuperar e reconhecer a importância e o peso institucional da participação popular, ampliando os espaços públicos de deliberação sobre o significado da Constituição.

Referências

- ALEXANDER, L.; SOLUM, L.B. 2005. Popular? Constitutionalism? *Harvard Law Review*, 118. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=692224>. Acesso em: 28/06/2013.
- AUGUSTO, J. 1933. *O anteprojeto de Constituição em face da democracia*. Rio de Janeiro, Schmidt, 240 p.
- AZEVEDO, J.A. de M. 2004. *Elaborando a Constituição Nacional: atas da Subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933*. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 1078 p.
- BATEUP, C.A. 2006. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review* 71:1109-1180.
- BICKEL, A. 1986. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven, Yale University Press, 306 p.
- BITTENCOURT, C.A.L. 1949. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro, Forense, 166 p.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em: 20/07/2013.
- CAMPOS, F. 1983. *O Estado Nacional e outros ensaios*. Brasília, Câmara dos Deputados, 267 p.
- CHEMERINSKY, E. 2004. In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism. *University of Illinois Law Review*, 2004(3):673-689. Disponível em: http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1398. Acesso em: 08/06/2013.
- FRIEDMAN, B. 2005. Constitucionalismo popular mediado. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 6(1):123-160. Disponível em: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/06Juridica06.pdf. Acesso em: 26/09/2014.
- FRIEDMAN, B. 2004. The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review. *University of Cincinnati Law Review*, 72:1257. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=632462. Acesso em: 25/05/2014.
- GARGARELLA, R. 2006. El nacimiento del "constitucionalismo popular". *Revista de Libros*. (Derecho, 112). Disponível em: <http://www.revistadelibros.com/articulos/el-nacimiento-del-constitucionalismo-popular>. Acesso em: 25/06/2013.
- KRAMER, L.D. 2004. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford, Oxford University Press, 363 p.
- KRAMER, L.D. 2006. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid, Marcial Pons, 329 p.
- KRAMER, L.D. 2009. Democracia deliberativa e constitucionalismo Popular: James Madison e o 'Interesse do Homem'. In: A.C.A. BIGONHA; L. MOREIRA (orgs.), *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 85-147.
- MANGABEIRA, J. 1934. *Em torno da Constituição*. São Paulo, Editora Nacional, 333 p.
- MENDES, C.H. 2011. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, Saraiva, 256 p.
- PILDES, R.H. 2010. Is the Supreme Court a "Majoritarian" Institution? (December 31, 2010). *Supreme Court Review*, 2010. NYU School of Law, Public Law Research Paper no. 11-01. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1733169>. Acesso em: 25/06/2013.
- POST, R.C.; SIEGEL, R.B. 2007. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. *Faculty Scholarship Series*, 169. Yale Law School. Dis-

²⁰ Trata-se da Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011, de autoria do Deputado Nazareno Fonteles (PT/PI), cuja admissibilidade foi reconhecida pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em 24 de abril de 2013. Dentre os seus dispositivos, o que mais se assemelha aos modelos revolucionários da década de 1930, e às teorias de Kramer e de Bateup, é aquele que propõe a alteração do artigo 102, § 2º, da Constituição de 1988. Segundo a proposta, tendente a reduzir o protagonismo das instâncias judiciais no *judicial review*, "as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular" (Câmara dos Deputados, 2011).

ponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169. Acesso em: 07/06/2013.

SULTANY, N. 2012. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, 47(2):371-455. Disponível em: <http://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/2009/06/Sultany.pdf>. Acesso em: 08/06/2013.

SUNSTEIN, C. 1999. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Harvard University Press, 290 p.

TUSHNET, M. 1999. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, Princeton University Press, 242 p.

TUSHNET, M. 2009. Ceticismo sobre o *Judicial Review*: uma perspectiva

dos Estados Unidos. In: A.C.A. BIGONHA; L. MOREIRA (orgs.), *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, p. 221-241.

WALDRON, J. 2006 The Core of the Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115(6):1346-1406. Disponível em: <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/Courses/Waldroncore.pdf>. Acesso em: 28/06/2013.

Submetido: 27/02/2014

Aceito: 10/06/2014