

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v23n46p46-64>

## **O POVO COMO INTÉRPRETE DA CONSTITUIÇÃO: REFLEXÕES SOBRE O CONSTITUCIONALISMO POPULAR**

### ***PEOPLE AS THE INTERPRETER OF THE CONSTITUTION: REFLECTIONS ON POPULAR CONSTITUTIONALISM***

Ana Paula Sabetzki Boeing\*

**Resumo:** Neste artigo será analisado o pensamento de dois autores estadunidenses que trataram do constitucionalismo popular: Michael Serota e Tom Donnelly. Inicialmente será exposta a noção de Competência Interpretativa, desenvolvida por Serota a partir da ideia de fidelidade constitucional, e as suas duas dimensões: o Conhecimento Constitucional e o Raciocínio Constitucional. Em seguida será examinada a ideia de que o povo não possui Competência Interpretativa e que os Ministros da Suprema Corte a possuem. A segunda parte do artigo tratará da agenda apresentada por Tom Donnelly para concretizar o constitucionalismo popular. Em especial, será examinada a proposta de Veto Popular. A pesquisa é qualitativa e emprega o método de abordagem dedutivo. As conclusões apontam que o pensamento de Donnelly e de Serota não são tão contraditórios como possam parecer e que a democratização do processo decisório não necessariamente viola a obrigação de fidelidade constitucional.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo popular. Competência interpretativa. Veto popular. Michael Serota. Tom Donnelly.

**Abstract:** In this paper we will analyze the work of two American authors on popular constitutionalism: Michael Serota and Tom Donnelly. Initially, we will study Serota's notion of Interpretative Competence, which is based on the idea of Constitutional Fidelity and has two dimensions: Constitutional Knowledge and Constitutional Reasoning. Next, we will examine the idea that people do not have Interpretive Competence and that Supreme Court Ministers do. The second part of the paper will deal with Tom Donnelly's agenda for making popular constitutionalism work. In particular, the People's Veto proposal will be analyzed. The research is qualitative and employs the deductive approach method. The conclusion points out that Donnelly's and Serota's ideas are not as contradictory as they may seem, and that the democratization of constitutional decision-making does not necessarily violate the obligation of constitutional fidelity.

**Keywords:** Popular constitutionalism. Interpretative competence. People's veto. Michael Serota. Tom Donnelly.

---

\* Especializada em Direito Constitucional (2013) e graduada em Direito (2010) pela Universidade Federal de Santa Catarina. Participou do Programa de Consórcio Universitário CAPES/FIPSE (Graduação Sanduíche) na George Washington University, com bolsa concedida pela CAPES (2007). Atualmente é Procuradora do Estado do Paraná.

## 1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo popular é uma corrente de pensamento desenvolvida nos Estados Unidos que está associada à ideia de que o povo deveria desempenhar um papel mais ativo na interpretação da Constituição americana. (SEROTA, 2012, p. 1640). Os constitucionalistas populares têm abordagens, metodologias e propostas bastante diversificadas. Em comum está a crença de que a população (e os seus representantes eleitos) deveriam participar do processo decisório constitucional. (DONNELLY, 2012, p. 160-162).

A teoria ficou conhecida com Larry Kramer (2005), autor do livro *The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review*. Com base em uma análise histórica, Kramer sustentou que o constitucionalismo popular era uma prática arraigada na tradição constitucional americana, mas que ao longo do tempo deu lugar à ascensão da Suprema Corte. Ele defendeu o constitucionalismo popular na sua forma mais pura: o intérprete final da Constituição deveria ser o povo e não o Poder Judiciário. (SEROTA, 2012, p. 1640).

Kramer foi bastante criticado. Larry Alexander e Lawrence Solum (2005, p. 1640), por exemplo, afirmam que ele levou a ideia de soberania popular ao seu limite e evidenciou o quão desinteressante é constitucionalismo popular na sua forma pura. Um dos pontos mais criticados na teoria de Kramer consiste na ausência de indicação da forma pela qual ocorreria a transferência da autoridade interpretativa ao povo. Não só Kramer, mas os defensores do constitucionalismo popular em geral não apresentam sugestões concretas sobre a sua forma de implementação. (SEROTA, 2012, p. 1645).

Neste contexto, pretende-se analisar as ideias de dois autores estadunidenses que trataram do constitucionalismo popular: Michael Serota e Tom Donnelly. Serota, em trabalho intitulado *Popular Constitutional Interpretation*, sustenta que a autoridade de interpretar a Constituição não pode ser transferida ao povo, em virtude do seu desconhecimento acerca da Constituição e da sua interpretação. Já Donnelly, em *Making Popular Constitutionalism Work*, apresenta uma agenda positiva para concretizar o constitucionalismo popular.

Na primeira parte deste artigo, será analisado o pensamento de Michael Serota. Inicialmente será exposta a noção de Competência Interpretativa, desenvolvida pelo autor a partir da ideia de fidelidade constitucional. Serão examinadas as duas dimensões da Competência Interpretativa: o Conhecimento Constitucional e o Raciocínio Constitucional. Em seguida, será analisada a ideia de que o povo não possui competência interpretativa e que os Ministros da Suprema Corte a possuem.

A segunda parte do artigo tratará do pensamento de Tom Donnelly. O autor sustenta que os constitucionalistas populares, em vez de apenas criticarem o poder da Suprema Corte, deveriam desenvolver uma agenda positiva. Assim, serão analisados os principais pontos das reformas propostas por Donnelly, que envolvem medidas que acelerem o sistema político, ampliem a competitividade das eleições, diminuam a distância entre as decisões judiciais e a visão constitucional do povo e aprimorem a confiança e a competência cívica. Será em especial examinada a medida mais ousada proposta por Donnelly: o Veto Popular, que consiste na possibilidade de os cidadãos reverem decisões da Suprema Corte tomadas por cinco votos a quatro. A pesquisa é qualitativa e emprega o método de abordagem dedutivo.

## **2 MICHAEL SEROTA E A COMPETÊNCIA INTERPRETATIVA**

### **2.1 Fidelidade Constitucional e Competência Interpretativa**

Para Michael Serota, a fidelidade constitucional, que significa o ato de ser fiel à Constituição quando da sua interpretação, é essencial a qualquer democracia constitucional. Ela é muito mais do que um comportamento normativamente desejável ou um mecanismo para assegurar direitos individuais. Segundo Jack Balkin, a fidelidade constitucional é uma precondição e o próprio objetivo da interpretação constitucional. (SEROTA, 2012, p. 1649). Assim, Serota (2012, p. 1648-1651) fala em obrigação de fidelidade constitucional ("*constitutional fidelity obligation*"), que significa que todos que exercem autoridade interpretativa, inclusive o povo no contexto do constitucionalismo popular, devem fazê-lo de forma fiel.

Para interpretar fielmente a Constituição não basta o desejo de fazê-lo. É preciso ter aquilo que Serota denomina Competência Interpretativa (*"Interpretative Competence"*). Essa competência tem duas dimensões: o Conhecimento Constitucional (*"Constitutional Knowledge"*) e o Raciocínio Constitucional (*"Constitutional Reasoning"*).

O Conhecimento Constitucional significa o conhecimento básico sobre as fontes tradicionais de argumentos constitucionais - o texto e a estrutura da Constituição, a história e os precedentes - e os princípios que as fundamentam. Nos Estados Unidos a maioria dos juristas e acadêmicos concorda que essas fontes são essenciais a uma interpretação fiel da Constituição. (SEROTA, 2012, p.1651-1652).

Já o Raciocínio Constitucional significa a habilidade de ponderar, analisar e esmiuçar o texto, a estrutura, a história e os precedentes constitucionais em uma forma lógica e orientada pelos princípios da Constituição. O Raciocínio Constitucional está relacionado a duas competências essenciais: a habilidade de pensar de forma lógica e a habilidade de fazer julgamentos de segunda ordem (*"second-order judgments"*). (SEROTA, 2012, p. 1652-1655).

Segundo Daniel Farber and Suzanna Sherry, o raciocínio puramente lógico não é suficiente para a interpretação constitucional, já que dele pode não decorrer um resultado razoável ou verdadeiro. Levando em consideração o nível de discricionariedade relacionado à aplicação da linguagem geral e abstrata da Constituição a situações concretas, o Raciocínio Constitucional requer a habilidade de diferenciação entre argumentos concorrentes em uma maneira independente e objetiva. (SEROTA, 2012, p. 1653).

O nível de independência e objetividade da interpretação constitucional é facilitado por uma competência que é essencial à prática da fidelidade constitucional: a habilidade de fazer julgamentos de segunda ordem. Esse tipo de juízo leva em consideração valores de longo prazo que estão além dos fatos particulares relacionados a um problema individual. Ele se opõe, assim, ao julgamento de primeira ordem (*"first-order judgment"*), cujo objetivo consiste em alcançar a melhor decisão possível para o problema específico em questão. No controle de constitucionalidade, por exemplo, um julgamento de primeira ordem avaliaria apenas

se a lei é desejável. Já o de segunda ordem verificaria se a lei está de acordo com o sentido da Constituição (SEROTA, 2012, p. 1653-1654).

Em suma, Serota sustenta que o cumprimento da obrigação de fidelidade constitucional demanda Competência Interpretativa, ou seja, Conhecimento Constitucional e Raciocínio Constitucional. Em seguida será exposta a ideia de que o povo não possui Competência Interpretativa, argumento que - aliado à noção de que os Ministros da Suprema Corte possuem essa competência - leva Serota a desaprovar as reformas que pretendem transferir ao povo a autoridade para interpretar a Constituição.

## **2.2 O povo e a Competência Interpretativa**

Conforme exposto no tópico anterior, a fidelidade constitucional é inerente à interpretação da Constituição. Dessa forma, a adequação das reformas que pretendem transferir da Suprema Corte à população a autoridade interpretativa depende da capacidade do povo de cumprir a obrigação de fidelidade constitucional. Para tanto, a população deveria possuir o que Serota denomina Competência Interpretativa, que consiste no Conhecimento Constitucional aliado ao Raciocínio Constitucional. A verificação da fidelidade constitucional do povo, segundo Serota, deve ser feita de forma empírica. Partindo dessas premissas, ele defende que os americanos não possuem nenhum dos dois componentes da Competência Interpretativa.

Quanto ao Conhecimento Constitucional, Serota (2012, p. 1656) menciona diversas pesquisas que indicam que o cidadão médio dos Estados Unidos desconhece os aspectos mais básicos da governança. A maioria dos americanos adultos, por exemplo, não sabe apontar as funções desempenhadas pelos três Poderes ou indicar a instituição que controla a política monetária. Um terço das pessoas não sabe sequer nomear um dos três Poderes, enquanto apenas um terço consegue mencionar todos os três.

É também bastante precário o conhecimento dos americanos sobre o Judiciário. Aproximadamente metade das pessoas acredita que os juízes são responsáveis pela execução - em vez de interpretação - da Lei. Mais de um terço crê

que o acusado deve provar sua inocência e que o promotor não precisa provar a culpa. Maioria expressiva (78%) acredita que qualquer decisão proferida por uma corte estadual pode ser revista por um tribunal federal. (SEROTA, 2012, p.1656-1657).

Sobre a Suprema Corte, 22% dos americanos acreditam que ela não pode declarar a inconstitucionalidade de uma Lei e 23% não sabem opinar sobre esse assunto. 53% das pessoas creem que decisões proferidas por uma maioria de 5 a 4 têm um valor jurídico diferente daquelas tomadas de forma unânime, sendo que 23% acreditam que decisões 5 a 4 devem ser referendadas pelo Congresso. A maioria dos americanos não sabe identificar decisões paradigmáticas, como *Roe v. Wade*, *Miranda v. Arizona* e *Webster v. Reproductive Health Services*, enquanto que menos de 10% sabe indicar o nome do Presidente da Suprema Corte. Dessa forma, significativa parcela da população desconhece a Suprema Corte e o trabalho que ela desenvolve. (SEROTA, 2012, p. 1657-1658).

O pior de tudo, porém, é que o povo sabe muito pouco a respeito da Constituição: 72% dos americanos não sabe identificar três direitos da Primeira Emenda, 98% não sabe apontar dois direitos da Quinta Emenda, 80% desconhece o conteúdo da Décima Emenda e a maioria não sabe identificar a quantidade de Senadores estabelecida pela Constituição. Uma pesquisa realizada em 2010 revelou que em apenas 32% das vezes os americanos respondiam de forma correta a perguntas básicas sobre o "Bill of Rights" e as liberdades que ele protege. Se o povo sabe tão pouco a respeito dos aspectos mais básicos do texto constitucional, ele logicamente desconhece a estrutura e a história da Constituição e os princípios necessários à prática da fidelidade constitucional. (SEROTA, 2012, p.1658-1695).

Além de não possuir Conhecimento Constitucional, na visão de Serota a população em geral tampouco dispõe de Raciocínio Constitucional. O povo não é acostumado a fazer julgamentos de segunda ordem e não é treinado a levar em consideração os valores de longo prazo relacionados à fidelidade constitucional. De acordo com Frederick Schauer, as pessoas ordinariamente tentam alcançar a melhor solução para o problema em questão, o que consiste no juízo de primeira ordem. Isso não ocorre, porém, com os juristas, pois as Faculdades de Direito ensinam os

estudantes que a melhor solução para o caso concreto não é necessariamente o melhor resultado no contexto geral. (SEROTA, 2012, p. 1660).

Os defensores do Constitucionalismo Popular poderiam argumentar que, quando a autoridade para interpretar a Constituição fosse transferida ao povo, ele poderia buscar conhecimento e adquirir Competência Interpretativa. Todavia, Serota (2012, p. 1661-1662) afirma que a ciência política demonstra a improbabilidade dessa hipótese. Os americanos, apesar de possuírem o direito a votar, são extremamente desinformados sobre as questões políticas da atualidade e evitam se envolver com assuntos dessa natureza. Para Serota, a ausência de Competência Interpretativa e a aversão a questões políticas demonstram que o povo é incapaz de cumprir a obrigação de fidelidade constitucional relacionada à autoridade interpretativa. Já a Suprema Corte, segundo o autor, possui aquela competência, conforme será exposto no tópico seguinte.

### **2.3 Os Ministros da Suprema Corte e a Competência Interpretativa**

Segundo Serota (2012, p. 1663), os Ministros da Suprema Corte claramente possuem Competência Interpretativa. É importante ter em mente que, para ele, a obrigação de fidelidade constitucional requer apenas que o intérprete possua o entendimento básico das fontes tradicionais de argumentos constitucionais, dos princípios que as fundamentam e tenha a habilidade de fazer julgamentos de segunda ordem. Essas são justamente as competências ensinadas nas Faculdades de Direito e que os Ministros da Suprema Corte exercem regularmente ao fundamentarem suas decisões.

É possível, porém, questionar se a Competência Interpretativa não é apenas um mecanismo utilizado pelos Ministros para justificar artificialmente decisões que foram tomadas com base em preferências políticas. De acordo com o modelo atitudinal ("attitudinalist model"), o que predomina no processo decisório dos Ministros são as suas preferências políticas e não a Lei. Neste caso, não haveria motivo para privilegiar a opinião dos Ministros em detrimento das preferências da população. (SEROTA, 2012, p. 1665).



Para Serota (2012, p. 1665-1666), porém, o modelo atitudinal não é adequado. Segundo o autor, a Competência Interpretativa é o fator que mais influencia a atividade de interpretação dos Ministros da Suprema Corte. O impacto das preferências políticas opera principalmente através de uma tendência inconsciente, que, no entanto, é limitada pela Competência Interpretativa. Ele defende essa ideia com base em argumentos da ciência política e da psicologia cognitiva.

No termo de 2010-2011, por exemplo, apenas 10 dos 82 casos julgados refletiram uma divisão entre liberais e conservadores, enquanto que no termo 2011-2012 aquela segmentação representou apenas 5 dos 75 julgamentos. Segundo Michael Bailey e Forrest Matzmann, os Ministros frequentemente proferem decisões que não estão alinhadas com as suas preferências políticas. No mesmo sentido são os estudos de Howard Gilman. (SEROTA, 2012, p.1665-1667).

De acordo com a psicologia cognitiva, as decisões humanas são influenciadas por dois tipos de motivações: os objetivos direcionados e os objetivos de precisão. No primeiro caso se busca alcançar uma conclusão determinada (decisão orientada pelo resultado), enquanto que no segundo o propósito é alcançar uma conclusão precisa, qualquer que ela seja (decisão orientada pelo processo). Os Ministros da Suprema Corte estão sujeitos tanto aos objetivos direcionados - que, no contexto da decisão constitucional, são as motivações políticas -, como aos objetivos de precisão - que são as motivações baseadas na fidelidade à Constituição. (SEROTA, 2012, p.1668-1671).

Serota (2012, p. 1670-1672) sustenta que os objetivos de precisão predominam na atividade dos Ministros. Desde o momento em que ingressam na Faculdade de Direito, eles são constantemente socializados de acordo com as normas tradicionais de decisão judicial, segundo as quais os juízes devem decidir de forma imparcial e devem resolver os casos apenas com base em razões jurídicas. Eles internalizam essas normas e têm, assim, uma forte motivação para aplicar a Lei de forma fiel. Essa motivação é aumentada pelo fato de que os votos dos Ministros são publicados e analisados por outros juristas, agentes públicos, acadêmicos e jornalistas. Por outro lado, os Ministros devem convencer os seus colegas no Tribunal da correção das suas decisões e, além disso, podem ser acusados em um voto



divergente de decidir de forma política. Tudo isso contribui para que eles interpretem fielmente a Constituição.

É claro que eventualmente as preferências políticas têm um papel de destaque na Suprema Corte. Porém, segundo Serota (2012, p. 1667-1668), quando a importância da fidelidade constitucional é analisada em face da ausência de competência interpretativa do povo, até mesmo um modelo híbrido de tomada de decisão na Suprema Corte - no qual Competência Interpretativa e preferências políticas influenciam os Ministros em alguma medida - é preferível à alternativa do constitucionalismo popular.

### **3 A AGENDA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR DE TOM DONNELLY**

#### **3.1 Para além da crítica à Suprema Corte**

Diferentemente de Michael Serota, Tom Donnelly tem uma visão positiva sobre o constitucionalismo popular. Para Donnelly, é importante a reabilitação do pensamento de Larry Kramer, autor mais diretamente associado àquela corrente de pensamento. Kramer sofreu diversas críticas pela abstração de sua teoria, que não indicaria a sua forma de implementação, e pelo seu radicalismo, que enfraqueceria a autoridade do Poder Judiciário e resultaria em uma tirania majoritária. (DONNELLY, 2012, p. 163).

Segundo Donnelly (2012, p. 178), o pensamento de Kramer não é tão radical como a sua retórica parece sugerir. A sua principal falha foi o foco exagerado na ascensão do Poder Judiciário, em detrimento de todos os outros desafios do constitucionalismo popular. Kramer não só criticou severamente uma instituição popular (a Suprema Corte), mas também ignorou a agenda mais ampla do constitucionalismo popular. Para Donnelly, os constitucionalistas populares deveriam fazer mais que apenas atacar a supremacia judicial. Eles deveriam se concentrar nos aspectos do sistema constitucional que prejudicam a autonomia do povo.

Kramer diagnosticou dois problemas da cultura constitucional dos Estados Unidos: a supremacia judiciária e a inércia dos cidadãos. Esses fenômenos estão, logicamente, conectados. Na visão de Kramer (2005), aquela supremacia surgiu

quando os americanos deixaram de desempenhar um papel ativo na decisão constitucional. Embora Kramer exagere o grau de agressividade da Suprema Corte, Donnelly afirma que ele está correto ao identificar a inércia dos cidadãos como um problema profundo para o constitucionalismo popular. Kramer, porém, dedicou pouco tempo para explorar a forma pela qual a estrutura do sistema constitucional contribui para a apatia do povo. (DONNELLY, 2012, p. 178).

Os Estados Unidos foram concebidos como uma República em que o poder de diversas facções se neutralizasse reciprocamente. Porém no sistema atual há uma divisão acirrada apenas entre dois partidos. Segundo Donnelly (2012, p. 178-179), isso acarreta paralisia legislativa, a qual, por sua vez, diminui o ativismo da população em pelo menos duas maneiras. Em primeiro lugar, ela acarreta sentimentos de desilusão, desconfiança e alienação entre os cidadãos. Em segundo, ela confere poder à Suprema Corte.

Embora o índice de aprovação do Congresso tenha caído drasticamente nos últimos anos, o apoio público à Suprema Corte se manteve alto e estável. Isso dificulta o questionamento das práticas do Tribunal por parte dos agentes públicos eleitos. Além disso, qualquer forma de contestação à Corte demandaria o comprometimento de ambos os partidos, o que dificilmente se concretiza em uma situação de forte polarização partidária. Nesse contexto, Donnelly (2012, p. 179-180) apresenta uma agenda para o Constitucionalismo Popular.

### **3.2 A agenda para o Constitucionalismo Popular**

Tom Donnelly (2012, p. 180,181, 185) sustenta que os constitucionalistas populares, em vez de concentrarem-se apenas nos problemas decorrentes de uma Corte poderosa, deveriam avançar por meio de uma agenda comprometida com a autonomia popular e o constitucionalismo. Ele defende que o constitucionalismo popular é melhor concebido como uma revolução institucional focada na reforma do sistema constitucional para a promoção da competência cívica, do ativismo dos cidadãos e da responsividade eleitoral.

Dessa forma, Donnelly (2012, p. 186) defende uma agenda que inclua reformas que: a) acelerem o sistema político; b) ampliem a competitividade das

eleições; c) diminuam a distância entre as decisões judiciais e a visão constitucional do povo; d) aprimorem a confiança e a competência cívica. Essa agenda objetiva, de um lado, facilitar o governo das coalisões vitoriosas e, de outro, favorecer a substituição dessas mesmas coalisões caso elas não satisfaçam o povo americano.

### 3.2.1 Aceleração do sistema político

O primeiro ponto da agenda diz respeito a medidas que contenham a paralisia legislativa. Conforme mencionado no tópico anterior, a paralisia diminui o ativismo da população ao provocar sentimentos de desilusão, desconfiança e alienação e ao conferir poder à Suprema Corte.

Assim, as reformas devem acelerar o sistema político e atribuir poder ao Congresso para que haja em conformidade com a sua visão constitucional. Para tanto, Donnelly propõe duas medidas: a) a eliminação das práticas de obstrução (“filibuster”), por meio das quais os congressistas impedem que uma medida seja levada à votação; b) a defesa do poder do Congresso em face de investidas do Judiciário. (DONNELLY, 2012, p. 181).

A proposta de Donnelly, segundo ele próprio afirma, não é radicalmente majoritária. Trata-se de pequenas medidas que objetivam neutralizar as anomalias causadas pela paralisia legislativa. Assim, o bicamellarismo, o veto presidencial e o controle de constitucionalidade permaneceriam importantes no sistema por ele concebido. Esse sistema, porém, deveria assegurar que a visão constitucional dos governantes refletisse aquela da população. (DONNELLY, 2012, p. 181-182).

### 3.2.2 Competitividade eleitoral

Apesar de o Congresso americano ser extremamente impopular, os seus membros são reeleitos mais de 90% das vezes. Para que o constitucionalismo popular realmente funcione, deve haver freios eleitorais sempre que o sistema constitucional tem um desempenho abaixo do esperado. Assim, as reformas devem promover a competitividade eleitoral, especialmente na Câmara dos Deputados americana. Donnelly sugere duas medidas: a) alteração no financiamento das

campanhas, para que sejam disponibilizados recursos adicionais aos novos candidatos; b) aumento do número de distritos eleitorais competitivos. (DONNELLY, 2012, p. 182-183).

### 3.2.3 Reforma judiciária

Anualmente a Suprema Corte decide alguns casos controvertidos por uma maioria estreita. Às vezes essas decisões refletem a opinião da vasta maioria dos americanos, mas outras vezes elas são bastante impopulares. (DONNELLY, 2012, p. 183).

Apesar de o sistema constitucional funcionar bem e de as decisões daquele Tribunal largamente incorporarem a visão do povo americano, é impossível reverter no curto prazo uma decisão impopular, ainda que ela tenha dividido os membros da Corte. Esse quadro é agravado pela aposentadoria irregular dos Ministros. Eles com frequência permanecem em atividade o tempo necessário a que o Presidente certo indique o sucessor. Dessa forma, a Corte reflete de forma imperfeita as visões constitucionais dos governantes ao longo do tempo. (DONNELLY, 2012, p. 183-184).

Diante desse quadro, Donnelly (2012, p. 184) propõe o fim dos mandatos vitalícios dos Ministros da Suprema Corte. Essa medida, que já é popular entre os americanos, garantiria que cada Presidente pudesse nomear certo número de Ministros. Isso também limitaria o esforço dos membros da Corte para escolher os próprios sucessores. Ao longo do tempo haveria maior controle da população sobre as decisões do Tribunal, na medida em que as decisões melhor refletiriam a opinião pública (ou pelo menos a visão dos Presidentes recentes).

Donnelly também propõe um mecanismo para que o povo possa rever decisões da Corte proferidas por uma maioria estreita em questões constitucionais relevantes. Essa questão será objeto do tópico 2.3.

### 3.2.4 Aprimoramento da confiança e competência do povo

Ao longo de décadas os cientistas políticos têm qualificado o cidadão médio de politicamente ignorante e inativo. Ele não apenas desconhece a maioria das

questões da agenda pública, mas também sabe muito pouco sobre os fundamentos do sistema constitucional. Para Donnelly, a noção de constitucionalismo popular seria bastante irreal se o nível do "popular" ou do "constitucional" exigido fosse muito elevado. (DONNELLY, 2012, P. 184-185).

Nesse contexto, Donnelly (2012, p. 185) defende que os constitucionalistas promovam uma agenda que aprimore a confiança e a competência do povo em questões constitucionais. As propostas mencionadas acima têm justamente esse objetivo. Além disso, o autor sugere a utilização do ensino nas escolas, dos fóruns públicos e da mídia para promover uma agenda que auxilie a cultura constitucional contemporânea a superar a fase da veneração aos fundadores dos Estados Unidos e à supremacia judicial.

### **3.3 O Veto Popular**

A proposta mais ousada de Donnelly é o Veto Popular ("People's veto"), que consiste na possibilidade de a população rever decisões da Suprema Corte tomadas por cinco votos a quatro em matérias relevantes.

A primeira discussão a respeito do Veto Popular ocorreu em 1912, quando Theodore Roosevelt apresentou a sua Carta para a Democracia ("Charter for Democracy") à Convenção que reformaria a Constituição do Estado de Ohio. Descontente com decisões judiciais que haviam afastado a aplicação de leis trabalhistas, Roosevelt defendeu reformas que assegurassem à população a última palavra em questões constitucionais importantes. Possivelmente se tratou da maior defesa do constitucionalismo popular oferecida por um grande político americano (DONNELLY, 2012, p. 186).

No centro da agenda de Roosevelt estava a possibilidade de o povo rever decisões da Suprema Corte que fossem tomadas por uma maioria estreita. A independência do Judiciário seria preservada na maioria dos casos, mas o povo passaria a ser considerado o intérprete final da Constituição. Os americanos, segundo Roosevelt, seriam os mestres e não os servos da maior Corte do país. (DONNELLY, 2012, p. 186-187).

Na proposta de Donnelly, após a Corte proferir uma decisão por cinco votos a quatro, o Congresso, mediante o voto de uma maioria qualificada, poderia submeter a questão a referendo nacional. Assim, o povo só interviria em casos nos quais se alcançasse um consenso bipartidário de que a Corte errou. Isso faria com que a população fosse chamada a decidir somente questões especialmente controvertidas ou importantes, além de assegurar que a preocupação com as decisões da Corte transcendesse as linhas partidárias. (DONNELLY, 2012, p. 188-189).

Para Donnelly (2012, p. 188), as decisões tomadas por cinco votos a quatro frequentemente ocorrem quando uma maioria está tentando alterar posições anteriores da Corte. Assim, o veto possibilitaria a intervenção da população antes que a maioria pudesse promover a mudança. Por outro lado, os americanos geralmente valoram as decisões judiciais pela estabilidade que elas proporcionam, tendo em vista a importância associada à honra dos precedentes. Dessa forma, na maioria dos casos, o relativo consenso legal - exteriorizado pelo voto de ao menos seis ministros - prevaleceria, sem a possibilidade de intervenção popular. O sistema só seria alterado em casos nos quais houvesse duas construções constitucionais excepcionalmente plausíveis.

Segundo Donnelly (2012, p. 188-189), é importante a existência de tempo suficiente entre a decisão da Corte e o referendo nacional, o que possibilitaria uma deliberação consciente por parte da população. Dessa forma, a votação apenas ocorreria após um período de discussões públicas, possivelmente conduzidas pelos próprios Ministros.

Para o autor, a perspectiva da Suprema Corte mudaria. Os Ministros passariam a buscar entre si um consenso mais amplo em vez de proferirem decisões por uma maioria estreita. O Veto Popular, além disso, poderia encorajá-los a escrever em uma maneira mais direta e acessível ao cidadão médio. Por outro lado, os Ministros que presumidamente perderiam certo caso teriam um incentivo adicional para votarem pela sua aceitação para julgamento pela Corte, já que haveria a possibilidade de revisão pela população. Isso é importante num contexto em que a pauta da Corte vem diminuindo, tanto em termos de quantidade quanto de relevância dos casos julgados. (DONNELLY, 2012, p. 193-194).

O veto popular permitiria que o povo se situasse acima da Suprema Corte na hierarquia constitucional, mesmo que a Corte permanecesse com a última palavra em quase todos os casos. Ainda que a população não revertesse uma única decisão da Corte, remanesceria a importância simbólica de colocar o povo no topo daquela hierarquia. Além disso, a questão constitucional seria incluída diretamente na agenda pública e tiraria o cidadão comum da sua inércia cívica. Com o tempo a população passaria a se perceber como intérprete da Constituição em casos controvertidos. Os efeitos a longo prazo dependeriam da intenção entre o Judiciário, os poderes eleitos e o povo americano. (DONNELLY, 2012, p. 188-189).

A objeção mais forte à proposta consiste na ameaça de uma tirania da maioria, o que seria agravado pela ignorância cívica da maioria dos cidadãos. Nos referendos estaduais, por exemplo, a linguagem das cédulas é confusa, a população comparece de forma limitada e as opiniões dadas são superficiais. Donnelly sustenta que a sua proposta enfrenta essas questões. (DONNELLY, 2012, p. 188-190).

Ao contrário do que ocorre em muitos referendos estaduais, no Voto Popular os cidadãos concentrariam sua atenção em uma questão constitucional específica para um caso particular apresentado. Os fatos relacionados ao caso auxiliariam as pessoas a visualizar os efeitos das possíveis construções jurídicas. (DONNELLY, 2012, p. 190).

Além disso, apenas questões muito relevantes - ao contrário dos questionamentos obscuros que muitas vezes são formulados nos referendos estaduais - satisfariam o critério da maioria qualificada no Congresso e, assim, poderiam ser objeto do Veto Popular. O cidadão apenas teria que focar a sua mente em um número limitado de questões constitucionais ao longo do tempo. Essas questões poderiam até mesmo ser mais simples do que o voto típico para um mandato eletivo, que demanda do eleitor o conhecimento acerca do histórico do candidato e dos poderes do cargo. (DONNELLY, 2012, p. 190-191).

Por outro lado, o povo poderia votar na opinião da maioria ou em qualquer voto vencido. Isso implicaria um processo decisório mais focado e transparente do que ocorre em outros contextos políticos. Não seria difícil aos americanos encontrar fontes de informação confiáveis, apesar da provável existência de campanhas financiadas em defesa das posições em disputa. (DONNELLY, 2012, p. 190).



Com a implementação do Veto Popular, Donnelly espera que os Ministros da Suprema Corte desempenhem um papel importante na educação do povo. Ele também acredita que o processo ampliará o interesse individual e produzirá resultados que são mais compatíveis com a soberania popular do que decisões tomadas por 5 votos a 4. Os cidadãos passariam a prestar mais atenção no trabalho ordinário da Corte e se sentiriam mais confortáveis para lidar com questões constitucionais. A mídia passaria a questionar se determinada questão iria a voto popular e, logo após uma decisão 5 a 4, pesquisas de opinião seriam feitas para indagar se a população deseja rever a decisão. O povo pensaria com mais frequência e de forma mais profunda em questões constitucionais. Essa dinâmica aproximaria o cidadão da Constituição e promoveria o seu engajamento constitucional. (DONNELLY, 2012, p. 192-193).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Neste artigo se analisou o pensamento de Michael Serota e Tom Donnelly acerca do Constitucionalismo Popular. Em Serota, a noção de fidelidade constitucional desempenha um papel central. Ele sustenta que a legitimidade de qualquer autoridade interpretativa depende da sua habilidade de interpretar fielmente a Constituição. Para tanto, é necessário possuir Competência Interpretativa, que consiste no Conhecimento Constitucional (conhecimento básico sobre as fontes tradicionais de argumentos constitucionais e os princípios que as fundamentam) aliado ao Raciocínio Constitucional (habilidade de ponderar, analisar e esmiuçar o texto, a estrutura, a história e os precedentes constitucionais em uma forma lógica e orientada pelos princípios da Constituição).

Dessa forma, a adequação das reformas que pretendem delegar ao povo aquela autoridade dependeria do conhecimento da população acerca da Constituição e da sua interpretação. Para Serota, essa é a questão mais importante que os constitucionalistas populares deveriam discutir. Na sua visão, os americanos não possuem Competência Interpretativa e, além disso, dificilmente irão obtê-la. Para fundamentar a sua conclusão, Serota apresenta pesquisas que evidenciam o desconhecimento da população acerca do texto constitucional. Os números são

bastante surpreendentes: 98% dos americanos não sabe apontar dois direitos da Quinta Emenda, 80% desconhece o conteúdo da Décima Emenda e a maioria não sabe identificar a quantidade de Senadores estabelecida pela Constituição.

Por outro lado, a ciência política e a psicologia cognitiva sugerem que, apesar de os Ministros da Suprema Corte serem influenciados por preferências políticas, a Competência Interpretativa é a principal motivação das suas decisões. Embora essa conclusão não constitua um suporte irrestrito à prática do controle de constitucionalidade, para Serota ela valida a rejeição das reformas que pretendem delegar ao povo a autoridade interpretativa da Constituição.

Já Tom Donnelly acredita que o constitucionalismo popular é possível. Segundo ele, a primeira fase de constitucionalistas populares concentrou seus estudos de forma exagerada na ascensão e agressividade do Poder Judiciário. Assim, Donnelly sustenta que a teoria deve avançar por meio de uma agenda comprometida com o aprimoramento das competências dos cidadãos e com uma reforma institucional.

São quatro os pontos principais da agenda reformista de Donnelly: a) a paralisia legislativa deve ser contida e o sistema político acelerado, por meio de medidas como a eliminação das práticas de desobstrução e a defesa do poder do Congresso em face das investidas do Judiciário; b) a competitividade eleitoral deve ser promovida através do aumento do número de distritos eleitorais competitivos e da disponibilização de recursos adicionais ao financiamento das campanhas de novos candidatos; c) deve haver uma reforma judiciária que diminua a distância entre as decisões judiciais e a visão constitucional do povo, o que ocorreria por meio da implementação do Veto Popular e do término dos mandatos vitalícios dos Ministros da Suprema Corte; d) a confiança e a competência da população em questões constitucionais deve ser aprimorada, mediante o auxílio das escolas, dos fóruns públicos e da mídia.

A adoção do Veto Popular é a proposta mais ousada de Donnelly. Ao povo seria atribuído o poder de rever decisões da Suprema Corte tomadas por 5 votos a 4, desde que uma maioria qualificada do Congresso votasse pela submissão da questão a referendo nacional. Assim, os Ministros permaneceriam com a última palavra na quase totalidade das questões constitucionais, pois os únicos casos submetidos ao

povo seriam aqueles que dividissem a Corte e ainda contassem com uma maioria qualificada no Congresso favorável à reconsideração pública. A população votaria depois de um período de discussões públicas, possivelmente conduzidas pelos próprios Ministros.

Donnelly pretende que o povo divida a responsabilidade decisória com a Suprema Corte e ao longo do tempo passe a se perceber no topo da hierarquia constitucional. Questões constitucionais seriam incluídas diretamente na agenda pública e tirariam o cidadão comum da sua inércia cívica. O Veto Popular iria educar, engajar e conferir poder ao povo. Trata-se de uma das possíveis formas concretas de fazer o constitucionalismo popular funcionar.

O objetivo da agenda de Donnelly, segundo ele próprio afirma, consiste em manter um elevado nível de independência judiciária e, ao mesmo tempo, promover diversos caminhos (novos e antigos) para o ativismo constitucional da população. Para ele, é desnecessário que alguém tenha uma visão contrária à Suprema Corte ou superestime a capacidade do cidadão comum para aceitar que os americanos deveriam desempenhar um papel mais direto e deliberativo no processo decisório constitucional.

A opinião de Donnelly e Serota não são tão contraditórias como elas possam parecer. É claro que não se pode transferir a autoridade para interpretar a Constituição a um ator que desconhece os aspectos mais básicos do texto constitucional. Isso não exclui, porém, a implementação de medidas que democratizem o processo decisório. O Veto Popular é uma proposta que tem justamente esse objetivo. Mas há outras medidas que podem ser cogitadas. David Pozen (2010), por exemplo, defende as eleições dos juízes como uma forma de concretizar o constitucionalismo popular. As audiências públicas também poderiam servir a esse propósito, desde que as discussões nela ocorridas fossem efetivamente levadas em consideração no momento da decisão constitucional. Em suma, a democratização do processo decisório não necessariamente viola a obrigação de fidelidade constitucional.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXANDER, Larry; SOLUM, Lawrence B. Popular? Constitutionalism? **Harvard Law Review**, Cambridge, 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=692224>. Acesso em: 28 jul. 2019.

DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work. **Harvard Public Law Working Paper**, Cambridge, n. 11-29, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1962580>. Acesso em: 28 jul. 2019.

KRAMER, Larry D. **The people themselves**: Popular Constitutionalism and Judicial Review. Oxford: Oxford University Press, 2005.

POZEN, David. Judicial Elections as Popular Constitutionalism. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 110, p. 2047-2134, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1708253>. Acesso em: 28 jul. 2019.

SEROTA, Michael. Popular Constitutional Interpretation. **Connecticut Law Review**, Connecticut, v. 44, n. 5, 2012. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1807226>. Acesso em: 28 jul. 2019.

---

Recebido em 29/07/2019.

Aceito em 16/10/2019.