

A IDEIA DE VETO POPULAR (*PEOPLE'S VETO*) DE TOM DONNELLY E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS POSTULADOS DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Luis Alberto Hungaro¹

Resumo: A Teoria do Constitucionalismo Popular defende a autoridade popular do exercício da interpretação constitucional. No entanto, percebe-se que pouco se elaborou quanto à viabilização e aplicação dos referidos preceitos no sistema constitucional americano, quiçá brasileiro. Para tanto, exsurge a ferramenta do veto popular para o fim de aplicação dos fundamentos do *Popular Constitutionalism*, amenizando-se a atual supremacia do *judicial review* e deslocado-se a autoridade para a figura do povo.

Palavras-chave: Constitucionalismo Popular; Veto Popular; Interpretação Constitucional.

THE IDEA OF THE PEOPLE'S VETO FROM TOM DONNELLY AND THE INSTRUMENTALIZATION OF THE CONSTITUTIONALISM POPULAR POSTULATES

Abstract: The Theory of Popular Constitutionalism defends popular authority from the exercise of constitutional interpretation. It is perceived that little was elaborated as to the viability and application of said precepts in the American constitutional system, perhaps Brazilian. In order to do so, it exsurges the tool of the popular veto for the purpose of applying the foundations of Popular Constitutionalism, softening the current supremacy of judicial review and moved the authority to the figure of the people.

Keywords: Popular Constitutionalism; People's Veto; Constitutional interpretation.

1. INTRODUÇÃO

O texto pretende traçar os principais aspectos que envolvem a chamada teoria do constitucionalismo popular e a possibilidade de utilização do veto popular para a instrumentalização e concretização de seus postulados. Para tanto, optou-se por ressaltar, em um primeiro momento, a essência desta corrente doutrinária, que fundamentalmente se relaciona com o exercício interpretativo da Constituição pelo povo em detrimento da Suprema Corte (que atualmente é a autoridade suprema nesta atividade).

Em um segundo momento pretende-se abordar alguns pontos específicos do constitucionalismo popular a partir de dois autores: Michael Serota e Tom Donnelly. No que tange ao primeiro, atentar-se-á aos conceitos de racionalidade constitucional e competência

¹ Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2015-2016). Pós-Graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET/PR (2016-2017). Graduado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Integra o Núcleo de Estudos de Direito Administrativo, Urbanístico, Ambiental e Desenvolvimento da UFPR - PROPOLIS. É pesquisador no grupo de estudos da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST), denominado Desenvolvimento, Infraestrutura e Direito, sob orientação do Prof. Flávio Pansieri. É membro da Comissão de Direito à Cidade e de Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário, ambas da OAB/PR. Sócio no escritório Staut & Fonseca Advogados Associados, com atuação especializada em Direito Administrativo, Econômico, Infraestrutura e Tributário.

interpretativa, ambos decorrentes de análise estatística promovida pelo autor no contexto estadunidense.

Em relação ao Tom Donnelly, utilizar-se-á o seu artigo "*Making Popular Constitutionalism Work*" e a ideia de *People's veto* como ferramentas eleitas para a viabilização da interpretação popular e o abrandamento da supremacia judicial.

Intensa é a discussão acerca da possibilidade de participação popular em questões controversas, atualmente discutidas majoritariamente pelos juízes. Apesar de os postulados do constitucionalismo popular ainda não possuírem institucionalização e instrumentalização necessária para correspondente exercício da interpretação constitucional popular, Tom Donnelly apresenta o chamado veto popular como ferramenta adequada a este propósito, consoante será adiante explorado.

2. ASPECTOS PRINCIPAIS DA TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Pretende-se tratar inicialmente acerca dos principais elementos que caracterizam a Teoria Constitucionalismo Popular, conceituando-se a referida corrente doutrinária a partir dos referenciais teóricos que tratam especificamente sobre o tema. Esse aporte teórico prévio se faz necessário para que posteriormente seja adequadamente compreendida a proposta de veto popular como exercício de controle de constitucionalidade.

O constitucionalismo popular representa ideia progressista relacionada ao redelineamento institucional para viabilização da interpretação popular da Constituição, o que vai de encontro ao atual e majoritário sistema pautado na supremacia do *judicial review*. Nesta esteira, imperioso destacar os principais doutrinadores neste tema: Mark Tushnet (que defende a eliminação da autoridade interpretativa das Cortes para invalidar decisões dos poderes Executivos e Legislativos), Larry Kramer e Jeremy Waldron, estes ambos opositores da supremacia judicial na interpretação da Constituição e defensores da noção de povo como autoridade para tanto.² Por último, mas não menos importante, Roberto Gargarella completa o rol de referenciais teóricos sobre o tema, abordando o constitucionalismo popular a partir do contexto latino-americano.

Com efeito, a Teoria Constitucionalismo Popular é delineada em grande parte pela importante obra de Larry Kramer: *The people Themselves*. O autor parte da premissa de que há experiência histórica capaz de evidenciar a competência popular para exercer a

² CHERMERINSKY, Erwin. *In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism*. University of Illinois Law Review, n. 3, pp. 673-690, 2004, p. 675.

titularidade em dar a última palavra quanto à interpretação constitucional. O constitucionalismo popular seria, nesse sentido, um fenômeno histórico que é desconhecido contemporaneamente.³ A importância histórica atribuída ao povo na interpretação constitucional constitui, para o autor, um dos principais fundamentos da Teoria, de modo a considerar o "*judicial review*" uma criação recente que não deve ser vista com naturalidade.

Desde as origens da República estadunidense conferiu-se destaque ao papel do povo no governo, sendo que este último seria guiado explicitamente ao sabor do povo, tornando-se de difícil aceitação o controle judicial de constitucionalidade de leis. A autoridade popular no exercício da interpretação da Constituição, bem como o correspondente controle de constitucionalidade que, segundo o autor, teve início antes do caso *Marbury v. Madison*, adotando-se como objeto de exame (dentre outros), em sua obra, a natureza dessa histórica prática.⁴

Com efeito, foi em 1780, com o futuro (na época) *justice* da Suprema Corte James Iredell, que o controle judicial de constitucionalidade foi objeto de defesa. Para Iredell, os controles existentes naquele contexto se mostravam insuficientes para o questionamento de um ato legislativo, de modo que o *judicial review* seria uma consequência lógica de que a Constituição expressaria como soberania popular.⁵

Desse modo, o *justice* considerava os tribunais não dotados de competência especial para interpretação constitucional, representando meros agentes do povo no exercício desse controle. Diversas foram as reações quanto à possibilidade do Poder Judiciário contestar o "supremo Poder Legislativo" após a elaboração da carta do referido *justice*. Depreende-se, portanto, que a referida historicidade sobre o tema indica que a Teoria Constitucionalismo Popular possui estreita relação com a definição de quem seria o sujeito constitucional detentor da chamada "competência interpretativa".

Quais seriam as autoridades competentes: os juízes ou o povo? A teoria em comento defende que o sujeito competente para a interpretação constitucional é o povo.

Nesse passo, tem-se que a autoridade final para resolver conflitos constitucionais é o povo, haja vista que os agentes do governo seriam regulados e não reguladores. Em decorrência da tese departamentalista de *Madison*, os três poderes exerceriam suas respectivas funções relativas à lei (elaboração, veto e controle de constitucionalidade,

³ KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. NY: Oxford University Press, 2004. p. 05.

⁴ KRAMER, Larry. *The people themselves...*, p. 07.

⁵ KRAMER, Larry. *The people themselves...*, p. 60-61.

referente ao Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente), no entanto seriam apenas ações supervisionadas por uma autoridade comum fixada no povo.⁶

Ao contrário do que é idealizado pelo Constitucionalismo Popular, eis que atualmente o povo é ratificador de preceitos constitucionais, o que atribui à Constituição o caráter de carta de direitos e delega aos juízes tanto a sua interpretação quanto aplicação aos casos concretos.⁷

A ideia da Constituição como direito, isto é, como produto da ação de autores que receberam autorização do povo para produzi-la em seu nome, é defendida por Frank Michelman, a qual determina que a Constituição teria caráter de lei expressamente promulgada, sendo produto sociocultural de aceitação em um país:

"The existential possibility: A constitution is binding as a product of a sociocultural fact of acceptance of it as the country's constitution. Or rather, to speak more precisely, a social fact of this kind (and nothing directive or evaluative or argumentative or otherwise rife with intention) is all that a constitution's bindingness consists in."⁸

Esta noção acima defendida se contrapõe ao que os referenciais teóricos do constitucionalismo popular entendem, vez que a responsabilidade pela elaboração, interpretação e aplicação da Constituição é do povo, não dos juízes.⁹

Não se está a dizer que o constitucionalismo popular pretende a eliminação completa do *judicial review*, mas contraria a supremacia judicial e a figura do sujeito interpretativo fixada tão somente no juiz.¹⁰ A concentração deste exercício decorre da compreensão de que o povo não estaria apto a essa atividade, seja por ser emocional, ignorante ou simples, seja por não possuir "racionalidade constitucional", a tese esta defendida por Michael Serota e que será analisada em tópico específico.

Finalmente, importa fixar que, para Larry Kramer, a Suprema Corte não é a autoridade maior em relação ao Direito Constitucional, e sim o povo.

Mark Tushnet, por sua vez, parte da premissa de que a revisão judicial não seria capaz, por si só, de garantir os direitos constitucionais que estejam em situação de possível

⁶ KRAMER, Larry. *The people themselves...*, p. 109.

⁷ MICHELMAN, Frank. Constitutional Authorship. In. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Larry Alexander Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

⁸ MICHELMAN, Frank. Constitutional Authorship. In. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Larry Alexander Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998).

⁹ KRAMER, Larry. *The people themselves...*, p. 29.

¹⁰ KRAMER, Larry. *The people themselves...*, p. 208.

violação. O autor utiliza uma série de argumentos históricos para demonstrar que o Poder Judiciário singularmente não seria capaz de garantir a chamada *thin Constitution* (que representaria os princípios e valores constitucionais).¹¹ A interpretação popular, nesse particular, forneceria balizas orientadoras e seria responsável por auxiliar o Poder Judiciário nos momentos de crise institucional.

Roberto Gargarella, ao elencar critérios que identificam os diversos autores do Constitucionalismo Popular (os quais se somam a Mark Tushnet e Larry Kramer), informa como uma de suas bases o exercício da interpretação extrajudicial, na qual o povo teria a tarefa de supervisionar e corrigir a apreciação do governo sobre as Leis, o que é observado especificamente por Ackerman em *We The People*.

A noção de democracia imposta pelo *Popular Constitutionalism* é fundamental para a posterior compreensão e relação do veto popular ao controle de constitucionalidade, sendo que a persuasão e o diálogo racional, ideias vinculadas à concepção deliberativa de governo, inexistem no atual modelo de *judicial review* em exercício no Brasil.¹² Ao defender um *nuevo constitucionalismo dialógico*, Gargarella entende que as soluções dialógicas enquadradas no sistema tradicional de freios e contrapesos entre os três Poderes restringiriam a consolidação de novas ideias e práticas apresentadas pela teoria em comento, fazendo-se necessária uma nova organização institucional que superasse a clássica estrutura de *check and balances*. Segundo o autor, as soluções dialógicas prometem encerrar as tradicionais objeções democráticas do *judicial review*, auxiliando na promoção da democracia constitucional.¹³

Interessante ressaltar que a Teoria ora utilizada como ideal ou diretriz também sofreu algumas críticas, dentre as quais se destaca a de Robert Post e Reva Siegel. Os referidos autores divergem de Larry Kramer e diferenciam o Constitucionalismo Popular do Democrático, sendo este último pautado na confiança dos cidadãos na sensibilidade democrática do ordenamento constitucional, não se contrapondo à supremacia judicial e tendo por objetivo a preservação da autoridade da Lei Fundamental.

¹¹ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University, 1999. p. 11-12.

¹² GARGARELLA, Roberto. Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el "Constitucionalismo Popular" frente a La teoriade Carlos Nino. In: Gargarella et alli. *Homenage a Carlos Santiago Nino*. Buenos Aires: La Ley, p. 203-218.

¹³ GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*. *Revista Argentina de Teoria Jurídica*, vol. 14, n° 2, Diciembre de 2013. p. 03.

Nesta esteira, Post e Siegel compreendem o controle de constitucionalidade realizado pelos Tribunais não caracterizado como definitivo, tampouco seriam as Cortes os únicos locais de discussão da matéria constitucional.¹⁴

A despeito das críticas postas à teoria, nota-se que, em síntese, o constitucionalismo popular atribui ao povo a função de controle sobre a interpretação e aplicação da Constituição, em total oposição à ideia de supremacia judicial (e não do *judicial review* em si) e da outorga aos juízes da autoridade final e suprema de dar a última palavra em matéria de interpretação constitucional.

Compreendida a noção principal da teoria do constitucionalismo popular, passar-se-á à análise de dois pontos específicos sobre o tema, quais sejam, a ideia de competência interpretativa popular, exposta por Michael Serota em *Popular Constitutional Interpretation*, e as propostas de reformas institucionais elaboradas por Tom Donnelly em *Making Popular Constitutionalism Work*.

3. AS IDEIAS DE COMPETÊNCIA INTERPRETATIVA POPULAR DE MICHAEL SEROTA E A DE VETO POPULAR (*PEOPLE'S VETO*) DE TOM DONNELLY

Michael Serota utiliza largamente dados estatísticos para abordar a competência popular para interpretação constitucional, demandando-se a substituição da atual supremacia judicial desta atividade. O autor parte de duas análises da competência interpretativa para tecer algumas conclusões relacionadas, de um lado, ao povo e, de outro lado, aos juízes.

Em relação ao primeiro lado, Michael Serota comenta que não há significativo conhecimento constitucional dos cidadãos para esse exercício, de modo que o americano médio saberia muito pouco quanto aos aspectos fundamentais do governo e do sistema jurídico americano. Para fundamentar esta afirmação, Serota indica que 98% dos americanos não saberiam identificar dois direitos da importante quinta emenda norte-americana. Isso, por sua vez, levaria a conclusão de que o povo constitui, quando considerado o conhecimento sobre o conteúdo jurídico da Constituição, apenas um corpo de potenciais intérpretes.¹⁵

¹⁴ POST, Robert, SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, n. 131, S.l., Yale Law School Public Law & Legal Theory, Research Paper Series, p. 373-440, 2007. p. 374-375)

¹⁵ Assim comenta o autor: "*The literature on constitutional literacy demonstrates that the people know surprisingly little about the very document over which popular constitutionalists would assign the interpretive authority.*". (SEROTA, Michael. *Popular Constitutional Interpretation*, v. 44, Conn. L. Rev. 1627 [2011-2012]. p. 1658).

Para além do conhecimento, o autor trata também do chamado *constitutional reasoning*, defendendo que a racionalidade humana normalmente impediria a realização de ponderações nas tomadas de decisões, levando-se ao cometimento de erros básicos.¹⁶ Segundo Michael Serota, o raciocínio constitucional exercido pelos cidadãos estaria impregnado destes erros lógicos básicos, o que representaria um problema para os teóricos do constitucionalismo popular, pois as decisões legais devem levar em consideração valores como justiça e equidade, que são de difícil apreensão popular.

Importante citar o seguinte trecho de sua obra:

"Insofar as Constitutional Reasoning is concerned, however, the people's presumptive lack of logical reasoning skills may only be part of the problem facing popular constitutionalists. While the ability to think logically is a necessary part of Constitutional Reasoning, as discussed supra Part III.B, it does not constitute the whole of it. So even assuming the people were perfectly rational, they still might lack Constitutional Reasoning. A closer look at the manner in which second-order judgments depart from the practical first-order decisions of everyday life reveals why. (...)Comments such as these, and others like them, suggest that the people may lack the training necessary to enable them to account for the type of long-term values that constitutional fidelity requires.¹¹⁵ And because this accounting is essential to faithfully interpreting the Constitution, the foregoing analysis suggests that the people also lack the second dimension of Interpretive Competence, Constitutional Reasoning."¹⁷

O autor encerra este primeiro cotejo (entre a competência interpretativa e o povo) ressaltando os argumentos supramencionados, que teoricamente retirariam a competência interpretativa popular, pois uma reforma constitucional e consequente delegação da autoridade interpretativa ao povo poderia alterar esse cenário de falta de conhecimento e raciocínio adequado.¹⁸

Em segundo cotejo, relacionado à competência interpretativa dos juízes, argumenta-se em favor da inexistência de espaço do chamado "Direito-como-política", isto é, os *justices*, para o autor, não tomariam decisões com base em suas preferências políticas, o que é demonstrado por dados estatísticos coletados durante o processo decisório ocorrido entre

¹⁶ SEROTA, Michael. *Popular...*, p. 1661.

¹⁷ SEROTA, Michael. *Popular...*, 1660-1661.

¹⁸ SEROTA, Michael. **Popular...**, 1663.

2009 e 2010.¹⁹ Desse modo, haveria grandes motivos para presumir que a revisão judicial de leis é feita com base na interpretação fiel da Constituição, de modo que as normas tradicionais estudadas pelos juízes balizam a respectiva atuação para que não haja qualquer excesso de autoridade.

Michael Serota conclui que a delegação do exercício da autoridade interpretativa ao povo, mantendo-se a fidelidade, deve ocorrer necessariamente com uma reforma constitucional que possibilite o aprendizado pelo povo dos principais aspectos e valores contidos na Lei Fundamental. Somente assim é possível que se vislumbre o desenvolvimento de uma competência interpretativa pelo povo.

Os dados estatísticos, por sua vez, demonstram que o povo atualmente não possui competência interpretativa, o que impossibilitaria o exercício da autoridade que ora é majoritariamente dos juízes.

Visto isso, nota-se que o sujeito constitucional, para Michael Serota, pelo menos no atual contexto norte-americano, deve se manter na figura dos juízes, haja vista a falta de competência interpretativa dos cidadãos. Todavia, é possível conciliar o exercício desta autoridade dos juízes com a interpretação popular? Quais alterações no atual desenho institucional seriam possíveis para que o povo possa interferir no majoritário controle de constitucionalidade exercido pelos juízes?

A fim de solucionar tais questionamentos, adiante será exposta a ideia de Tom Donnelly no texto *Making Popular Constitutionalism work*. Depreende-se da leitura deste artigo que há revisão sobre a teoria de Larry Kramer, propondo-se mecanismos de reformas institucionais e de renovação cívica como instrumentos para implementação dos ideais do constitucionalismo popular.

Ao revisar a teoria de Kramer, Donnelly indica que para aquele autor o problema não residiria apenas no excesso de atuação do Poder Judiciário no exercício da autoridade interpretativa da Constituição, mas igualmente na cumplicidade e omissão dos cidadãos americanos com relação a essa supremacia judicial.²⁰ Ou seja, ainda que o *judicial review*

¹⁹ Michael Serota assim indica: "As Tom Goldstein writes, the Court's 2009-2010 term presented a 'varied and shifting mix' of decision-making that in most cases did not reflect and alignment between the justices' assumed political preferences and their voting habits". (SEROTA, Michael. *Popular...*, p. 1665).

²⁰ Tom Donnelly expõe da seguinte maneira o pensamento de Larry Kramer: "He does not propose a system guided by the immediate preferences of the American people or the bare actions of their elected representatives." (DONNELLY, Tom. *Making Popular Constitutionalism Work*. *Wisconsin Law Review*. Eletronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1962580>. p. 167).

fosse majoritário, isso não representaria um problema para os cidadãos, o que tornaria, de certa maneira, difícil a modificação do *status quo*.

Seguindo-se com a revisão sobre a obra de Larry Kramer, Tom Donnelly afirma que aquele autor elaborou uma versão de constitucionalismo popular que se aproximaria de James Madison, relacionando-a com uma democracia deliberativa impulsionada pela opinião pública e mediada por líderes políticos devidamente informados.²¹ Donnelly informa, ainda, que Kramer não tratou suficientemente das questões metodológicas e substanciais do seu sistema constitucional. Isto porque a experiência histórica norte-americana evidencia que não há instrumentos adequados destinados às manifestações populares: "*For the ardent popular constitutionalist, perhaps it is better to devote one's time to constructing and defending new and more direct mechanisms for enforcing popular constitutional understanding.*".²² Neste ponto é possível entender que a preocupação de Tom Donnelly é exatamente com os instrumentos que podem dar viabilidade para a interpretação popular da Constituição

Donnelly, portanto, considera incompleta a teoria constitucionalismo popular de Larry Kramer, de modo a propor um conjunto de medidas capazes de enfrentar problemas como a inércia legislativa norte-americana, a apatia dos cidadãos quanto às questões tratadas no congresso e a reforma judiciária. As reformas por ele propostas, nesse sentido, pretendem dinamizar o sistema político, promovendo o fortalecimento da competência cívica por meio de uma agenda que reforce a confiança constitucional e a capacidade de participação da população.²³

A ideia de veto popular surge como mecanismo formal destinado à reconsideração de decisões constitucionais da Suprema Corte, além de representar meio de criar maior engajamento popular.²⁴ O veto do povo (*People's veto*) é descrito pelo autor como mecanismo reservado apenas às decisões constitucionais da Suprema Corte que tenham resultado de votação como cinco a quatro, de modo que esta decisão assim votada seria enviada para o Congresso que decidiria, por sua vez, pela necessidade de reconsideração ou não da decisão

²¹ DONNELLY, Tom. *Making Popular...*, p. 170.

²² DONNELLY, Tom. *Making Popular...*, p. 175-176.

²³ Importante destacar o seguinte trecho: "*Such an agenda should include reforms that: (1) speed up our political system; (2) maximize the number of competitive elections; (3) narrow the gap between judicial decisions and the American people's constitutional views; (4) improve civic competence and confidence.*". (DONNELLY, Tom. *Making Popular...*, p. 181).

²⁴ "*To make popular constitutionalism work, reformers should offer a formal mechanism for reconsidering constitutional decisions by the Supreme Court. (...) Furthermore, it would also promote ongoing constitutional engagement among average citizens.*" (DONNELLY, Tom. *Making Popular...*, p. 187-188).

proferida pela Suprema Corte. Caso o Congresso sinalize pela necessidade de reavaliação, caberia o povo a deliberação e votação.

Desta descrição do veto popular, portanto, nota-se que alguns requisitos são expostos por Tom Donnelly, quais sejam:

"First, the mechanism must allow sufficient time between the Court's decision and the national referendum to allow for sober deliberation. (...) Second, the trigger mechanism, lodged in Congress, should require a super-majority vote. This would limit the number of times that the American People would be called upon to settle constitutional questions-reserving the People's veto for specially controversial issues, or egregious Court decisions."²⁵

10

Consoante o trecho supracitado, o veto popular tem de obedecer a certos requisitos, quais sejam, a concessão, em primeiro lugar, de determinado tempo suficiente para deliberação, evitando-se julgamento apressado pelo povo. Em segundo lugar é necessário que se exija votação popular com maioria qualificada, permitindo-se a atribuição, ainda que simbolicamente, a supremacia constitucional na figura do povo.

Ademais, além de garantir um diálogo constitucional entre Corte, o veto do povo possibilita ao longo do tempo o envolvimento do cidadão médio e seu desenvolvimento cívico. Assim, percebe-se que o instrumento proposto, além de dar efetividade aos ideais do constitucionalismo popular, não retira a importante função dos juízes na interpretação constitucional, mas muda a percepção do povo em relação à capacidade interpretativa da Constituição.

De modo geral, Tom Donnelly propõe uma agenda para que se de concretude aos ideais da teoria do constitucionalismo popular. Ao contrário do que Michael Serota expôs em sua obra, isto é, que os cidadãos não dispõem de capacidade interpretativa constitucional e, conseqüentemente, a supremacia judicial deveria se perpetuar em virtude dos juízes terem para si a autoridade interpretativa, Tom Donnelly defende que é possível que o povo participe e decida determinadas questões.

Para esse fim é apresentada a ideia de veto popular, ferramenta que possibilitará ao povo intervir e decidir sobre questões controversas que o Supremo Tribunal Federal não tenha decidido de forma pacífica (em decisões com resultados cinco a quatro).

²⁵ DONNELLY, Tom. *Making Popular...*, p. 188-189.

4. O *PEOPLE'S VETO* E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR

A Teoria constitucionalismo popular é elaborada em torno da ideia de que a interpretação constitucional deve ser feita pelo povo, sendo os próprios cidadãos os detentores da autoridade e competência interpretativa. Larry Kramer ressalta que, historicamente, no contexto estadunidense, atribuiu-se ao povo esta função, sendo recente a ideia de exercício majoritário do *judicial review*.

O constitucionalismo popular, portanto, aloca na figura do povo a autoridade final para resolução de conflitos constitucionais, sendo esta noção fundamental para que se entenda o veto popular como mecanismo viabilizador desta função, agindo sobre decisões que tenham sido expedidas pela Suprema Corte e que, por sua vez, não demonstrem unanimidade por parte de seus julgadores.

No entanto, alguns entraves e críticas são feitas à teoria, conforme exposto pelo texto de Michael Serota. É possível considerar que os cidadãos não estão preparados para a resolução de conflitos constitucionais, devendo-se manter a supremacia judicial quanto à interpretação da Constituição. As razões por ele expostas se relacionam, de um lado, pelo significativo desconhecimento popular, do americano médio, sobre os aspectos fundamentais do governo e do sistema jurídico americano.

De outro lado, Michael Serota postula que o raciocínio constitucional exercido pelos cidadãos estaria impregnado destes erros lógicos básicos, o que representaria um problema para os teóricos do constitucionalismo popular, pois as decisões legais devem necessariamente levar em consideração valores como justiça e equidade, os quais são de difícil apreensão popular.

Com efeito, ao revisar os trabalhos de Larry Kramer, Tom Donnelly destacou que a atuação majoritária dos juízes na interpretação da Constituição pode decorrer, em grande parte, pela cumplicidade e omissão dos cidadãos americanos quanto à supremacia judicial. Donnelly considera incompleta a teoria formulada por Larry Kramer, haja vista que aquele autor não formulou qualquer metodologia para que se viabilizassem os postulados do constitucionalismo popular e a interpretação da Constituição pelo povo.

Em vista disso, o autor propôs o mecanismo do veto popular (*People's veto*). O autor descreve essa ferramenta como de uso restrito às decisões constitucionais da Suprema Corte que tenham resultado de votação cinco a quatro. Assim, sendo considerada uma questão controversa e de clamor público, esta decisão seria enviada para o Congresso que decidiria,

por sua vez, pela necessidade ou não de sua reconsideração. Apenas na hipótese de o Congresso considerar a necessidade de reavaliação da questão é que caberia a o povo deliberar e decidir.

Consoante o trecho supracitado, nota-se que o veto popular tem de obedecer a certos requisitos, quais sejam, a concessão, em primeiro lugar, de determinado tempo suficiente para deliberação, evitando-se julgamento apressado pelo povo. Em segundo lugar é necessário que se exija votação popular com maioria qualificada, permitindo-se a atribuição, ainda que simbolicamente, a supremacia constitucional na figura do povo.

O caso emblemático de ativismo da Suprema Corte norte-americana, na interpretação da Constituição, é o caso *Brown v. Board of Education*), em 1954, impasse no qual considerou-se ilegítima a segregação social nas escolas. No caso brasileiro, observa-se certo ativismo do Supremo Tribunal Federal – STF – no que tange à interpretação da Constituição em casos ditos polêmicos é flagrante, de modo que uma pequena elite detém, atualmente, a autoridade interpretativa constitucional para decidir sobre questões que dizem respeito a todos os cidadãos.

O Brasil possui diversos impasses que são levados ao STF, citando-se, por exemplo, casos em que foram discutidos temas como fidelidade partidária e nepotismo. Algumas críticas à atual supremacia judicial podem ser tecidas, quais sejam, uma de natureza política, outra institucional e uma última relacionada à limitação à deliberação e ao debate que a atual conjuntura apresenta.

Em relação à primeira crítica, percebe-se que há um problema de sufrágio universal a ser enfrentado, pois os membros do STF não são agentes públicos eleitos, desempenhando papel eminentemente político quando atua de forma a interpretar a Constituição e decidir sobre casos de repercussão nacional. Ou seja, a primeira crítica se concentra no déficit democrático que a atuação desta pequena elite intelectual de 11 ministros representa, o que retiraria a sua legitimidade para determinados assuntos.

Consoante afirma Alexander Bickel, o *judicial review* significa uma forma contramajoritária de interpretação constitucional, representando controle exercido em face de decisões expedidas por representantes do povo. Essa atuação necessariamente demanda reflexão mais apurada quanto a sua condição de supremacia em relação à interpretação

popular.²⁶ Assim, no momento em que a Suprema Corte julga inconstitucional um ato do executivo ou do legislativo, isso contraria os representantes atuais do povo que estão aqui e agora.²⁷

A segunda crítica é destinada à insuficiência dos juízes e, por sua vez, da Suprema Corte para a tomada de decisões em relação a qualquer tema que seja objeto de controvérsia. Com efeito, diante da incapacidade institucional do Poder Judiciário para resolver adequadamente uma infinidade de temas que possam ser a si levados, não é possível que se tenha este Poder como instância hegemônica.

Critica-se, portanto, a supremacia judicial e o caráter hegemônico que a Suprema Corte apresenta quanto à interpretação da Constituição, haja vista o elemento da racionalidade limitada. Este elemento pressupõe as limitações de conhecimento dos magistrados, de modo que "há limitações quanto à informação, assim como a geral incapacidade de processamento das mais diversas categorias de informações pelo ser humano."²⁸ Sendo assim, facultando-se a participação popular na revisão de decisões que tenham sido objeto de julgamento não unânime pelo STF, respeitados os requisitos do veto popular anteriormente indicados, eis que determinada controvérsia poderá ser mais adequadamente apreciada e, conseqüentemente, a interpretação constitucional realizada com maior fidelidade.

A última crítica que se relaciona com a atual impossibilidade de debate e deliberação popular quanto às questões que são discutidas pelo STF, inexistindo possibilidade – para além do instrumento (auxiliar) do *amicus curiae* – de debate popular interventivo nas questões votadas pela Suprema Corte.

A elitização do debate ao âmbito do STF é atenuada por instrumentos auxiliares como o *amicus curiae* e audiências públicas, mas tais ferramentas não são capazes de viabilizar a

²⁶ RIVERA LEÓN, Mauro Arturo. *The counter-majoritarian difficulty: bickel and the mexican case*. *Mexican Law Review*. Vol. III, nº 1. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/MexicanLawReview/5/arc/arc2.pdf>. Acesso em 27/11/2015. p. 29.

²⁷ Anthony Kronman comenta o seguinte: "*Bickel's argument begins with the now-famous assertion that constitutional review by the Supreme Court of the actions of the other branches of government is a 'counter-majoritarian force in our system' and hence 'a deviant institution in the American democracy. By this Bickel means that when the Supreme Court holds an executive or legislative act unconstitutional, 'it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now' and 'exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.'"* (KRONMAN, Anthony T. *Alexander Bickel's Philosophy of Prudence*. *The Yale Law Journal*. Volume 94, Number 7, June 1985. p. 1573-1574. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2063&context=fss_papers).

²⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; HUNGARO, Luis Alberto. *Ativismo do Poder Judiciário na Concessão de Medicamentos x Concretização das Políticas Públicas Constitucionais*. *Direito, Estado e Sociedade*. nº 45, p. 98-118, jul/dez, 2014. p. 104.

deliberação popular e, quiçá, a investidura do povo na interpretação da Constituição para mudança de entendimentos atualmente fixados exclusivamente pela Suprema Corte.

Portanto, diante dos problemas apresentados, todos relativos à supremacia judicial na interpretação da Constituição, surge a ideia do veto popular como mecanismo para viabilização do exercício popular da competência interpretativa. Na medida em que certas questões se mostrem controversas, tendo sido votadas de forma não unânime pelo Supremo Tribunal Federal, com resultados 5 a 4, por exemplo, estas poderão ser reavaliadas pelo povo (com autorização prévia do Congresso Nacional).

Assim, será da interpretação popular da Constituição, em relação à determinada questão polêmica e não decidida unanimemente pelo STF, que decorrerá a palavra final sobre certo tema. Sem dúvida é uma forma de atenuar a supremacia judicial atual quanto à autoridade interpretativa e, ao mesmo tempo, possibilita a concretização dos ideais próprios do constitucionalismo popular.

Conclui-se, assim, que o veto popular, nos moldes propostos por Tom Donnelly, pode ser um meio de se efetivarem os postulados da teoria do constitucionalismo popular, abrandando-se a atual supremacia judicial no exercício da interpretação da Constituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHEMERINSKY, Erwin. *In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism*. University of Illinois Law Review, n. 3, pp. 673-690, 2004.

DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work. *Wisconsin Law Review*. Eletronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1962580>.

GARGARELLA, Roberto. Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el "Constitucionalismo Popular" frente a La teoriade Carlos Nino. In: Gargarella et alli. *Homenage a Carlos Santiago Nino*. Buenos Aires: La Ley, p. 203-218

_____. *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, n° 2, Diciembre de 2013.

KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. NY: Oxford University Press, 2004.

KRONMAN, Anthony T. *Alexander Bickel's Philosophy of Prudence*. *The Yale Law Journal*. Volume 94, Number 7, June 1985. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2063&context=fss_papers.

MICHELMAN, Frank. Constitutional Authorship. In. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Larry Alexander Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

POST, Robert, SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, n. 131, S.I., Yale Law School Public Law & Legal Theory, Research Paper Series, p. 373-440, 2007.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; HUNGARO, Luis Alberto. Ativismo do Poder Judiciário na Concessão de Medicamentos x Concretização das Políticas Públicas Constitucionais. *Direito, Estado e Sociedade*. n° 45, p. 98-118, jul/dez, 2014.

RIVERA LEÓN, Mauro Arturo. The counter-majoritarian difficulty: bickel and the mexican case. *Mexican Law Review*. Vol. III, n° 1. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/MexicanLawReview/5/arc/arc2.pdf>. Acesso em 27/11/2015.

SEROTA, Michael. *Popular Constitutional Interpretation*, v. 44, Conn. L. Rev. 1627 [2011-2012].

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. New Jersey: Princeton University, 1999.