XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIA CONSTITUCIONAL

ALEXANDRE WALMOTT BORGES

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314
Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Alexandre Walmott Borges
Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-810-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Em Teoria Constitucional I os autores voltaram a sua atenção para as questões essenciais do Direito Constitucional, a exemplo da harmonia entre os poderes, democracia, o papel da Corte Constitucional, fatores reais de poder e papel do poder judiciário, temáticas que têm estado em pauta não somente no Brasil como também em inúmeros outros países desenvolvidos e em desenvolvimento.

A retomada dessas questões com o objetivo de refletir o momento político brasileiro e mundial de modo sistemático são essenciais para a adequada compreensão do nosso momento histórico e uma ótima oportunidade para destacar os valores essenciais que deram sentido ao mundo civilizado nos últimos duzentos anos e que não podem ser esquecidos ou desprezados, mas repensados, de modo que sirvam permanentemente de alimento para a construção de um mundo mais justo.

Provoca muita satisfação perceber que jovens investigadores estejam dedicando as suas pesquisas a analisar as dimensões do fenômeno democracia, como também para problematizar no contexto histórico atual as contribuições de Ferdinanda Lassalle na sua abordagem sobre os fatores reais de poder. Da mesma forma, as reflexões desenvolvidas nos textos que trataram sobre constitucionalismo global e ativismo judicial despertaram a nossa atenção em razão de estarmos vivendo essa realidade, o que exige dos cientistas do direito a percepção de todos os seus aspectos, de modo a que se enfrente de maneira mais consciente todas as consequências decorrentes dessa dinâmica, decorrentes da vivência de uma nova forma de poder por meio da atuação de novos atores, o que provoca uma inevitável mudança na realidade anterior, com a qual estávamos habituados.

Por todos isso, recomendamos a leitura dos textos que compõem esta coletânea.

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges - UFU

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO POPULAR E A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: PROBLEMATIZAÇÕES ACERCA DA IDEIA DE COMPETÊNCIA INTERPRETATIVA

THE THEORY OF POPULAR CONSTITUTIONALISM AND THE INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION: PROBLEMATIZATIONS ABOUT THE IDEA OF INTERPRETATIVE COMPETENCE

Nicolas Fassbinder [1]

Resumo

Este artigo tem como objetivo principal analisar a ideia de competência interpretativa da Constituição proposta por Michael Serota, apontando problematizações a tal conceito. Para isso, utilizando-se de metodologia dedutiva, foram trazidos aportes ao tema, tais como as principais ideias acerca da teoria do constitucionalismo popular e suas críticas centrais. Na sequência, foi exposto o conceito de competência interpretativa de Michael Serota, bem como algumas críticas a ele. Assim, conclui-se que tal conceito deve ser visto com ressalvas, considerando-se que a Constituição é destinada ao povo e seus sentidos não deveriam ser ditados de forma arbitrária.

Palavras-chave: Competência interpretativa, Constitucionalismo popular, Constituição, Interpretação constitucional, Michael serota

Abstract/Resumen/Résumé

This article has as the main objective to analyze the idea of interpretative competence of the Constitution proposed by Michael Serota, pointing problematizations to that concept. For this, using a deductive methodology, there were brought contributions to the theme, such as the main ideas about the theory of popular constitutionalism and its central criticisms. After this, it was exposed Michael Serota's concept of interpretive competence, as well as some criticisms of it. Thus, it is concluded that such concept should be viewed with reservations, considering that the Constitution is destined to people and its meanings should not be dictated arbitrarily.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Constitutional interpretation, Popular constitutionalism, Interpretative competence, Michael serota

[1] Mestrando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (PPGD/UFPR). Pesquisador integrante do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional da Universidade Federal do Paraná (Virada de Copérnico/UFPR). Advogado.

1. Introdução

Há muito se discute a respeito de quais indivíduos em uma dada sociedade poderiam interpretar sua respectiva Constituição. Desde a Idade Moderna europeia, esse documento normativo representa, em alguma medida, as regras e princípios que regem determinada comunidade, o que remete, inclusive, à ideia de contrato social desenvolvida por filósofos como Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rosseau.

Nesse sentido, pode-se inferir que a Constituição possui influência significativa na sociedade em que está inserida. Sendo assim, há grande disputa atualmente acerca do poder de possuir a última palavra acerca da interpretação do texto constitucional. No contexto dos Estados Unidos, por exemplo, o papel de intérprete máximo da Constituição cabe à Suprema Corte Norte-Americana. No Brasil, por sua vez, atribui-se tal poder ao Supremo Tribunal Federal, não obstante diversos debates a respeito do assunto.

Nesse contexto de supremacia judicial acerca da interpretação constitucional, alguns autores defendem a possibilidade de devolver ao povo a prerrogativa de dizer a última palavra a respeito dos sentidos do texto constitucional. A esse respeito, impende mencionar o surgimento e desenvolvimento da teoria do constitucionalismo popular, capitaneada principalmente por Larry Kramer e Mark Tushnet, que visava justamente essa maior democratização dos sentidos da Constituição Norte-Americana.

Não obstante, alguns autores como Erwin Chemerinsky e Michael Serota criticaram a ideia de atribuir ao povo o papel de intérprete último da Constituição. Para Chemerinsky, o papel das cortes não pode ser desconsiderado e a defesa do constitucionalismo popular pode enfraquecer demasiadamente a revisão judicial. Serota, por outro lado, considera a necessidade de uma competência interpretativa para uma interpretação fiel do texto constitucional.

Nesta senda, o presente artigo visa justamente a discutir e problematizar o conceito de competência interpretativa proposto por Serota, a partir de metodologia dedutiva, de modo a se verificar em que medida é possível estabelecer critérios objetivos para se eleger quem é competente ou não para ser considerado um intérprete adequado da Constituição.

Para atingir tal objetivo central, faz-se imprescindível, primeiramente, estabelecer alguns pressupostos. Assim, no item 2.1, buscar-se-á analisar algumas ideias centrais na teoria do constitucionalismo popular, principalmente a partir dos autores Larry Kramer e Mark Tushnet. No item 2.2, por sua vez, serão tecidas algumas considerações sobre críticas à teoria do constitucionalismo popular, em especial a partir do ponto de vista de Michael Serota.

Na sequência, no item 3, será examinado o tema central do artigo, qual seja, as ideias de fidelidade constitucional e competência interpretativa conforme propostas por Michael Serota (item 3.1), bem como algumas críticas e possíveis sugestões em relação a isso (item 3.2).

Por fim, serão tecidas breves considerações finais, mais no intuito de fomentar futuros debates acerca do tema do que propriamente esgotar o assunto em questão.

2. Pressupostos à Análise do Tema

Antes de se adentrar no tema central do artigo, será analisada primeiramente a teoria do constitucionalismo popular, a partir das ideias de Larry Kramer e Mark Tushnet. Na sequência, serão desveladas algumas críticas a essa teoria, principalmente a partir das formulações de Michael Serota.

2.1. O Constitucionalismo Popular em Larry Kramer e Mark Tushnet: ideias centrais

Nas palavras de Larry Kramer, em tradução livre, "em um sistema de constitucionalismo popular, o papel do povo não se limita a atos ocasionais de criação de uma Constituição, mas inclui controle ativo e contínuo sobre a sua interpretação e aplicação" (KRAMER, 2004, p. 959).

Tais palavras explicam, em linhas gerais, as ideias principais da denominada teoria do constitucionalismo popular. Para Larry Kramer, autor que foi um dos primeiros a propor tais ideias, a palavra final sobre os sentidos da Constituição deve ser devolvida ao povo, e não mais continuar sob as rédeas do Poder Judiciário.

Em seu livro *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Kramer traz um relato histórico detalhado acerca do desenvolvimento e da prática do constitucionalismo popular, afirmando que o papel do povo no processo de tomadas de decisões constitucionais foi se dissipando com o transcorrer dos anos.

De acordo com o referido autor, já houve um tempo na história norte-americana em que a própria comunidade tinha um direito e, ao mesmo tempo, uma responsabilidade de agir em hipóteses de falhas do processo legal ordinário, com a resistência a leis inconstitucionais e afirmação da lealdade ao governo vigente na época em questão (KRAMER, 2004, p. 962).

A partir dessas ideias, Kramer propõe que as pessoas retomem suas raízes em relação ao constitucionalismo popular. Ou seja, para ele não seria a criação de algo novo, mas tão

somente a retomada de um passado que há muito foi esquecido pelo povo e que deve ser revisitado por todos.

Assim, menciona o autor que o povo norte-americano deve se tornar empoderado para desempenhar um papel mais ativo e contínuo acerca da interpretação e aplicação da Constituição, passando a ter assim a última palavra sobre a interpretação constitucional, com a possibilidade de superação dos entendimentos do Judiciário (KRAMER, 2004, p. 1.010).

Michael Serota, em seu texto *Popular Constitutional Interpretation*, analisa algumas ideias desenvolvidas por Larry Kramer. Para Serota, Kramer defende o constitucionalismo popular em sua versão mais pura, propondo a substituição da autoridade interpretativa final sobre a Constituição da Suprema Corte para o povo americano (SEROTA, 2012, p. 1.640).

Contudo, Serota observa que a teoria do constitucionalismo popular não é algo único e monolítico, já que engloba diversas vertentes e abordagens. Nesse sentido, nas palavras de Miguel Gualano de Godoy, "o constitucionalismo popular reúne uma série de autores e diferentes perspectivas que possuem como denominador comum uma crítica contundente ao monopólio interpretativo da constituição por parte do Poder Judiciário e o resgate do povo como ator fundamental na tarefa de interpretação da constituição" (GODOY, 2015, p. 17).

Outro autor importante para a teoria do constitucionalismo popular é Mark Tushnet. Segundo ele, tal teoria poderia ser vista como um processo dialógico, no qual todos podem oferecer interpretações constitucionais de uma só vez, tanto pessoas mobilizadas quanto seus representantes políticos e as próprias cortes. Para Tushnet, a interação entre esses atores políticos, ou seja, a conversa entre eles produz a própria Constituição (TUSHNET, 2006, p. 999).

Contudo, adverte esse mesmo autor que, para o constitucionalismo popular, as cortes não têm prioridade normativa nessa conversa, e sim o povo. Segundo ele, tal configuração não levaria a sociedade a uma anarquia, como muitos críticos defendem, sendo possível a tomada de decisões pelo povo e a manutenção de boa estabilidade social (TUSHNET, 2006, p. 1.000).

A respeito do assunto, faz-se interessante mencionar também algumas ideias expostas por Conrado Hübner Mendes em sua tese de doutoramento. O autor problematiza justamente essa polêmica sobre quem deve deter a última palavra a respeito dos sentidos da Constituição. Para tanto, Hübner Mendes menciona alguns argumentos a favor e contra a supremacia judicial, os quais trarão contributos relevantes ao presente trabalho (MENDES, 2008, p. 60 e 78).

Seguindo uma lógica que se aproxima mais aos ideais do constitucionalismo popular, o referido autor apresenta argumentos a favor de legisladores e parlamentos. São alguns eles:

(i) o parlamento representativo é o mais próximo que se pode chegar do ideal de democracia nos estados modernos, portanto é manifestação do povo, ainda que indireta; (ii) o processo de composição do parlamento representativo estrutura a competição política; (iii) o parlamento representativo é um aperfeiçoamento da democracia direta; (iv) a atividade decisória do parlamento estimula o compromisso; dentre outros (MENDES, 2008, p. 78 a 84).

Nessa mesma toada, Hübner Mendes apresenta alguns argumentos a favor da regra de maioria, que privilegia o povo em detrimento das cortes: (i) a regra de maioria é o único princípio de decisão coletiva que respeita o imperativo moral da igualdade; (ii) a regra de maioria limita o poder; (iii) decisões sobre questões de justiça não devem ser sensíveis à intensidade de preferências (MENDES, 2008, p. 84 e 85).

Por fim, este mesmo autor coloca algumas ideias comumente atribuídas contra a supremacia judicial: (i) a corte não protege as pré-condições da democracia, pois não está fora da política; (ii) a corte não protege direitos das minorias, sendo que moralmente isso é controverso e empiricamente isso é falso; (iii) a corte não é emissária do poder constituinte nem mecanismo de pré-comprometimento, sendo um disfarce que encobre um agente político que faz escolhas morais controversas; (iv) a corte não promove uma representação deliberativa ou argumentativa, sendo que juízes não representam, não são eleitos, são, em verdade, uma elite; dentre outras (MENDES, 2008, p. 85 a 95).

Em suma, são estas algumas das principais ideias acerca do constitucionalismo popular conforme defendidas por Larry Kramer e Mark Tushnet, bem como alguns dos argumentos comumente citados a favor do povo possuir a última palavra acerca da interpretação constitucional.

Para fins do presente trabalho, infere-se que as ideias acima expostas acerca do constitucionalismo popular já bastam para um panorama introdutório. Não se olvide, contudo, que existem outros autores extremamente relevantes a tal teoria, com visões próprias e algumas distinções entre si, como Richard Parker e Jeremy Waldron.

Na sequência, serão tecidas algumas das principais críticas feitas à teoria do constitucionalismo popular, tomando como base principalmente o pensamento de Michael Serota.

2.2. Críticas à Teoria do Constitucionalismo Popular

Um dos autores que abertamente defende a supremacia do judiciário enquanto intérprete máximo da Constituição é Erwin Chemerinsky. Segundo ele, aqueles que defendem

o constitucionalismo popular demonstram que a revisão judicial é, às vezes, desnecessária e concluem, contudo, que tal revisão seria sempre desnecessária. Ou seja, segundo o autor, faz-se uma excessiva generalização, como se toda e qualquer revisão judicial fosse fadada ao fracasso (CHEMERINSKY, 2004, p. 678, 679 e 683).

O referido autor ainda chama a atenção para a importância das cortes judiciais em mudanças sociais relevantes nos Estados Unidos. Assim, afirma que a sociedade norte-americana como a conhecemos hoje só existe em virtude de diversas decisões judiciais importantes que mudaram o rumo do país (CHEMERINSKY, 2004, p. 683 e 684).

Destarte, ante a grande importância que Chemerinsky atribui às cortes, afirma que seu temor é que, com o advento do constitucionalismo popular, futuros juízes progressistas parem de cumprir a Constituição em nome de princípios como a liberdade e igualdade. Ademais, segundo ele, há risco real de enfraquecimento da revisão judicial a longo prazo, o que trará grande insegurança social (CHEMERINSKY, 2004, p. 689).

Outro autor que traz diversas críticas à teoria do constitucionalismo popular e que será objeto de melhor exame neste trabalho é Michael Serota. Em seu texto *Popular Constitutional* Interpretation, o referido autor traz algumas das principais ideias da teoria do constitucionalismo popular, conforme aduzido no tópico acima. Contudo, após apresentar as ideias de Larry Kramer, Michael Serota mostra algumas das críticas a suas ideias.

Dentre as grandes críticas à noção de constitucionalismo popular, a principal reside em como concretizar esse constitucionalismo popular. Ou seja, poucos defensores da interpretação constitucional pelo povo apresentam sugestões concretas de como implementar isso na prática.

Segundo Serota, Kramer apresenta poucos detalhes de como essa reforma de uma democratização na interpretação constitucional operaria na prática. Assim, na esteira dos pensamentos de Larry Alexander e Lawrence Solum, a grande questão que se coloca é como, ou seja, como as pessoas podem interpretar e aplicar a Constituição por meio de ação direta (SEROTA, 2012, p. 1.645).

A respeito do tema, outros autores como Suzanna Sherry e David Franklin comentam de forma similar que constitucionalistas populares têm falado muito pouco sobre mecanismos institucionais que poderiam tornar sua visão uma realidade no mundo atual.

Assim, na visão de Serota, a teoria do constitucionalismo popular defende um discurso bastante retórico e que desperta uma espécie de "sensibilidade populista" do povo norte-americano, como se resgatasse a força do povo e seu espírito cidadão (SEROTA, 2012, p. 1.646).

Contudo, Michael Serota afirma que, na prática, um intérprete adequado da Constituição precisa ter determinadas competências que o habilitem a uma interpretação fiel do texto constitucional. Segundo o autor, é preciso levar em conta o que as pessoas realmente sabem sobre o ato de interpretação constitucional, de modo a verificar assim quem está adequadamente preparado para essa atividade (SEROTA, 2012, p. 1.651).

Tendo em vista tais ideias, será verificada a seguir a noção de competência interpretativa formulada por Michael Serota, bem como posteriores críticas e considerações a seu respeito.

3. A Noção de Competência Interpretativa: limites e possibilidades

Na esteira das críticas feitas por Michael Serota à teoria do constitucionalismo popular, principalmente quanto ao pensamento de Larry Kramer, o autor desenvolve a ideia de competência constitucional, indispensável para uma interpretação fiel da Constituição. Alguns dos principais aspectos dessa ideia serão analisados a seguir.

3.1. As Ideias de Fidelidade Constitucional e Competência Interpretativa em Michael Serota

Conforme o pensamento de Michael Serota, a legitimidade de qualquer autoridade interpretativa da Constituição depende de sua habilidade em interpretar fielmente o texto constitucional. Ou seja, toda e qualquer interpretação constitucional que se entenda por adequada depende de um requisito prévio, qual seja, a presença do que o autor denomina de fidelidade constitucional (SEROTA, 2012, p. 1.652).

Para Serota, fidelidade constitucional consiste no ato de ser fiel à Constituição em sua interpretação, um elemento essencial às democracias constitucionais e que se fundamenta no tripé das doutrinas morais, quais sejam, deontologia, consequencialismo e teoria da virtude. Segundo o autor, a prática adequada desse fenômeno possibilita a cooperação e coordenação de normas que são essenciais ao funcionamento da política em uma sociedade (SEROTA, 2012, p. 1.648).

Assim, na concepção de Serota, aquele que detém a autoridade para interpretar a Constituição deve exercer sua autoridade, obrigatoriamente, de forma fiel ao texto constitucional, a fim de garantir seus valores e benefícios. Tal obrigação, portanto, não ficaria

adstrita somente aos juízes, mas também ao povo, na hipótese de implementação das ideias do constitucionalismo popular (SEROTA, 2012, p. 1.650).

Nesta senda, o autor defende que o intérprete último do texto constitucional precisa reconhecer necessariamente que a fidelidade constitucional é uma obrigação, e não mera faculdade ou opção. Logo, caso o povo fosse erigido ao patamar de autoridade interpretativa final da Constituição, precisaria demonstrar consciência da obrigação para com essa fidelidade constitucional (SEROTA, 2012, p. 1.650).

Ainda segundo Serota, o conceito de fidelidade pode ser entendido de duas formas: enquanto atividade intelectual de crença e enquanto atividade prática de compromisso. Assim, a fidelidade consiste em atividade intelectual de crença na medida em que seu intérprete acredita na Constituição como uma ideia inteligível, ou seja, que a Constituição é mais do que simples pedaço de papel no qual estão inseridos valores ou preferências. Ademais, a fidelidade consiste também em atividade prática de compromisso, ou seja, seu intérprete fiel deve saber acerca do objeto e do processo de interpretação e como funciona na prática (SEROTA, 2012, p. 1.651).

Destarte, resumidamente, faz-se possível inferir do pensamento de Michael Serota que o exercício de toda autoridade interpretativa sobre a Constituição, incluindo a popular, deve ser feito de forma fiel ao texto constitucional e que essa habilidade de interpretar fielmente a Constituição requer, pelo menos, a aquisição de certas competências e conhecimentos prévios à própria interpretação.

Basicamente, segundo o autor, para que haja tal fidelidade constitucional na interpretação da Constituição é preciso que o intérprete possua aquilo que Serota denomina de competência interpretativa, outro conceito chave de seu pensamento.

A competência interpretativa, na visão do autor, consiste em um nível de base de conhecimento legal e capacidade de raciocínio que qualquer intérprete deve possuir para estar apto a interpretar fielmente a Constituição. Para Serota, tal conceito engloba duas competências diversas: conhecimento constitucional (*constitutional knowledge*) e raciocínio constitucional (*constitutional reasoning*) (SEROTA, 2012, p. 1.652).

A competência do conhecimento constitucional consiste no intérprete ter ciência de que a Constituição é uma mescla de padrões, princípios e silêncios, cuja aplicação adequada a diversas circunstâncias fáticas é algo, muitas vezes, obscuro e incerto. Assim, não bastaria apenas que o intérprete conhecesse superficialmente as fontes tradicionais do raciocínio constitucional, como o texto e estrutura da Constituição, bem como sua relevância histórica e

seus precedentes. Seria indispensável, principalmente, o domínio dos princípios legais que fundamentam o texto constitucional (SEROTA, 2012, p. 1.652 e 1.653).

De modo a complementar isso, também seria necessária a presença da competência de raciocínio constitucional, ou seja, a existência de um senso de julgamento, bem como a habilidade de distinguir entre argumentos concorrentes de maneira objetiva e independente (SEROTA, 2012, p. 1.653).

Para além dessas competências principais, na visão do autor, seria também desejável a capacidade de realizar julgamentos de segunda ordem, o que favoreceria a independência e objetividade na interpretação constitucional. Tais julgamentos são feitos em longo prazo, de modo a ultrapassar fatos ou problemas individuais e garantir o verdadeiro significado e tradição da Constituição, sem influências políticas imediatas (SEROTA, 2012, p. 1.653 e 1.654).

A partir de tais ideias, Serota se propõe a analisar se o povo, tomado de forma geral, estaria apto ou não a interpretar a constituição com base nas noções de competência interpretativa e fidelidade constitucional.

Após analisar alguns dados sobre alfabetização cívica, capacidades e habilidades de raciocínio, o autor conclui 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 (SEROTA, 2012, p. 1.655).

Ademais, na visão de Serota, o raciocínio constitucional exercido pelos cidadãos estaria impregnado de erros lógicos básicos, o que seria um entrave à efetivação prática das ideias do constitucionalismo popular, já que as decisões legais devem levar em consideração valores como justiça e equidade, os quais são de difícil apreensão popular (SEROTA, 2012, p. 1.661).

Em resumo, na visão de Serota faltaria ao povo tanto o conhecimento constitucional quanto o raciocínio constitucional, o que caracterizaria ausência total de competência interpretativa e, portanto, impossibilidade completa de interpretação fiel da Constituição, o que acarretaria violação à ideia de fidelidade constitucional.

Por outro lado, o autor reconhece que os juízes estariam muito mais próximos de um ideal de fidelidade constitucional ao interpretar a Constituição, posto que detém, em geral, os requisitos estabelecidos pela noção de competência interpretativa. Segundo Serota, os juízes, via de regra, não tomariam decisões com base em suas preferências políticas, posto que as normas tradicionais estudadas pelos juízes delimitam a respectiva atuação para que não haja qualquer excesso de autoridade (SEROTA, 2012, p. 1.664).

Infere-se, assim, que a única forma de se delegar o exercício da autoridade interpretativa ao povo de modo a garantir a fidelidade constitucional seria por meio de uma reforma constitucional que possibilitasse o aprendizado pelo povo dos principais aspectos e valores contidos na Lei Fundamental. Somente a partir dessa educação cívica e constitucional adequada é que o povo poderia, enfim, interpretar adequadamente a Constituição.

Em suma, na visão de Serota, o sujeito constitucional, pelo menos no atual contexto norte-americano, deve se manter na figura dos juízes, tendo em vista a falta de competência interpretativa dos cidadãos.

Contudo, conforme se analisará a seguir, a ideia de competência interpretativa é passível de críticas e considerações, o que será feito no tópico a seguir.

3.2. Possíveis Críticas e Superações à Concepção de Competência Interpretativa

Conforme visto acima, Michael Serota desenvolve a ideia de competência interpretativa como um requisito necessário para todo e qualquer intérprete da Constituição. Segundo ele, sem que haja tal competência não haveria respeito à fidelidade constitucional, o que implicaria em graves prejuízos para a democracia constitucional.

Contudo, partindo das ideias desse autor, é possível refletir e problematizar a seguinte questão: será que o povo não tem competência para interpretar a Constituição ou será que lhe foi tirada essa possibilidade de interpretação por meio de um sequestro linguístico? E mais: seria mesmo possível estabelecer critérios objetivos de competência para a interpretação constitucional?

Tais problemáticas se colocam principalmente pelo fato de que as sociedades não são homogêneas. Pelo contrário, uma comunidade política é formada por cidadãos plurais e com diferenças significativas entre si.

Tendo em vista tal pluralismo que é inerente às sociedades humanas, pode-se inferir que a fixação rígida de regras de competência para a interpretação constitucional acabaria por limitar os intérpretes da Constituição a indivíduos de classes sociais superiores, na maioria das vezes, tendo em vista que em boa parte das sociedades são eles os detentores de maiores qualificações profissionais.

Desta forma, a fixação rígida de competências interpretativas para a determinação dos intérpretes da Constituição tornaria os sentidos do texto constitucional cada vez mais afastados do povo, destinatário principal da própria Constituição.

Embora Serota faça sua análise tomando como base o contexto social norte-americano, é possível estabelecer alguns paralelos com a realidade brasileira. De acordo com pesquisas recentes divulgadas pelo IBOPE, três a cada dez brasileiros adultos são analfabetos funcionais no Brasil, ou seja, pessoas que não conseguem compreender nem mesmo textos mais simples.

Não há dúvidas, portanto, que tanto nos EUA quanto no Brasil a ideia de competência interpretativa traria grande exclusão social a respeito da participação do povo na atribuição de sentidos à Constituição. É evidente que juízes, em regra, possuem melhor preparação técnica para reconhecer as regras e princípios constitucionais, mas não se pode olvidar que o povo detém aquilo que a doutrina denomina poder constituinte originário.

Logo, tomando como premissa que a Constituição é feita pelo povo por meio de seus representantes eleitos e é colocada em prática para o povo, não seria crível impor determinadas competências para a interpretação constitucional, sob pena de desmantelar completamente a possibilidade de efetivação da teoria do constitucionalismo popular.

Outro autor que discute a questão dos participantes no processo de interpretação constitucional é Peter Häberle. De acordo com o professor alemão, a teoria da interpretação constitucional esteve tradicionalmente vinculada a um modelo de interpretação de uma "sociedade fechada", ou seja, restrito a juízes e procedimentos formalizados (HÄBERLE, 2014, p. 27).

Nesse contexto, Häberle propõe uma passagem de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta. Assim, para o autor, não seria possível estabelecer um elenco fechado *numerus clausus* de intérpretes da Constituição, já que a interpretação constitucional faz parte da realidade e é enriquecida por diferentes visões de mundo (HÄBERLE, 2014, p. 26 e 27).

Logo, na perspectiva de Häberle, os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. Somente assim será possível conceber um efetivo diálogo entre interpretações diversas, garantindo assim um efetivo procedimento democrático de interpretação constitucional (HÄBERLE, 2014, p. 27).

Assim, vislumbra-se que Peter Häberle associa o fenômeno da interpretação constitucional a uma teoria democrática, defendendo que todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma é, indireta ou diretamente, um intérprete dessa norma. Logo, para o referido autor, já que os intérpretes jurídicos da Constituição não são os únicos que vivem a norma, não detém o monopólio de interpretação da Constituição (HÄBERLE, 2014, p. 28).

Além desse debate acerca dos intérpretes da Constituição, Serota criticou veementemente a teoria do constitucionalismo popular por não conseguir trazer um plano de implementação de suas ideias na prática. Contudo, autores como Tom Donnelly propuseram novas formas de implementar o constitucionalismo popular.

Nesse sentido, o autor, em seu texto *Making Popular Constitutionalism Work*, apresenta a ideia de inércia cidadã, segundo a qual quanto mais poder é dado ao Judiciário menos participação popular ocorre. Essa situação seria motivada, na visão de Donnelly, por uma descrença no cenário político, o que acarretaria uma transferência de poder do Legislativo para o Judiciário (DONELLY, 2012, p. 178).

O autor afirma também que a forma mais eficaz de se combater essa descrença no cenário político seria a efetivação de cenário em que o povo pudesse mandar na Constituição, ou seja, estabelecer seus sentidos interpretativos. Para que isso fosse possível, Donnelly aponta quatro formas de se recuperar o ativismo popular: acelerar o sistema político (acelerar o processo legislativo), melhorar a competitividade de novos candidatos ao Senado (melhorar o impacto dos distritos nas eleições e maior equilíbrio entre candidatos), reforma no Judiciário acerca da troca dos *justices* e a inserção de uma educação civil constitucional (DONELLY, 2012, p. 181).

Assim, uma vez recuperado esse ativismo hipoteticamente, Donnelly passa a criar um procedimento para o veto popular. A decisão final continuaria nas mãos da Suprema Corte Norte-Americana, mas em votações apertadas o povo poderia intervir.

Contudo, um problema que poderia ser apontado a essa pensamento é que isso não representaria o cerne do constitucionalismo popular, pois não devolveria a interpretação ao povo, só em alguns poucos casos de maior polêmica (votação cinco a quatro). Segundo Donnelly, o veto popular seria um referendo sobre manter ou mudar a decisão da Suprema Corte de fato somente em alguns casos. Seria um voto *up and down* (sim ou não), para gerar uma maioria evidente (DONELLY, 2012, p. 188).

A partir das ideias de Donnelly, vislumbra-se uma alternativa interessante à implementação do constitucionalismo popular, ainda que com grandes limitações. Tem-se, portanto, que a efetivação de tal teoria não se coaduna com a noção de competência interpretativa de Serota, a qual representa graves riscos de imposição de arbitrariedades.

Em complementação a tais ideias, relevante também a contribuição de Conrado Hübner Mendes a respeito da polêmica acerca da última palavra sobre os sentidos da Constituição. Assim, depreende-se que, segundo Hübner Mendes, a interação é inevitável em um regime de separação de poderes. Logo, deve-se incentivar a interação deliberativa,

incentivando sempre o acerto e evitando erros, mas reconhecendo-se que não existe justiça procedimental perfeita (MENDES, 2008, p. 214).

Percebe-se, assim, compatibilidade de pensamentos entre Conrado Hübner Mendes e Peter Häberle, no sentido de promover o diálogo e expandir o rol de intérpretes da Constituição.

É evidente, contudo, que no Brasil o Supremo Tribunal Federal permanece com a prerrogativa e incumbência de determinar os sentidos da Constituição, por meio de controle de constitucionalidade. No entanto, essa última palavra não pode ser vista como algo pronto e acabado ou mesmo inatingível ao povo.

Segundo Hübner Mendes, faz-se imprescindível pensar na "última palavra" enquanto algo provisório, e não definitivo, possibilitando assim novas rodadas procedimentais e maiores contribuições de todos os poderes para a interpretação da Constituição (MENDES, 2008, p. 206).

Na prática, porém, o referido autor alerta que os limites e possibilidades de tais rodadas procedimentais dependeriam, em grande medida, de decisões políticas e concessões recíprocas entre os poderes (MENDES, 2008, p. 206).

Assim, na esteira do pensamento de Hübner Mendes, caminho muito mais produtivo seria, de fato, incentivar a população a pensar a respeito da Constituição, ainda que tal processo seja marcado por inúmeras dificuldades. Aproximar o povo do documento normativo que rege a sociedade na qual está inserido nos parece o único caminho possível para um adequado desenvolvimento da interpretação constitucional.

Há que se cogitar, entretanto, em um equilíbrio: os sentidos da Constituição não podem ficar restritos exclusivamente nas mãos de alguns poucos, mas ao mesmo tempo não é viável, sob o ponto de vista da segurança jurídica, que tais sentidos constitucionais sejam cambiantes a todo e qualquer momento.

Embora Michael Serota tenha tentado, em boa medida, estabelecer tais parâmetros para uma interpretação constitucional mais segura, é de se ressaltar, conforme já dito, que o povo necessita, em alguma medida, fazer parte da interpretação constitucional.

Logo, infere-se que as ideias de Peter Häberle acerca do "círculo aberto de intérpretes da Constituição", coadunadas com o pensamento de Conrado Hübner Mendes sobre as "rodadas de diálogos interinstitucionais", deveriam prevalecer para possibilitar um constitucionalismo mais democrático e inclusivo no Brasil.

4. Considerações Finais

A questão da interpretação constitucional e a quem cabe dizer por último os sentidos da Constituição é, sem dúvida, questão polêmica e que jamais terá resposta pronta e acabada.

Nesse sentido, o presente artigo buscou trazer aportes interessantes ao debate do tema, revisitando, primeiramente, a teoria do constitucionalismo popular conforme defendida por Larry Kramer e Mark Tushnet. Conforme o que foi visto, os autores propõe que o povo retome o papel de intérprete máximo da Constituição, sem se olvidar de demais autores importantes para tal teoria.

Na sequência, foram relembradas algumas críticas comumente feitas a essa teoria, principalmente a partir das ideias de Michael Serota, segundo o qual os constitucionalistas populares nunca conseguiram formular um plano minimamente razoável para concretizar suas ideias.

Neste influxo, foram também apresentadas algumas ideias defendidas por Michael Serota na defesa das cortes como detentoras da última palavra a respeito da Constituição. Nesse sentido, abordaram-se as ideias de fidelidade constitucional e competência interpretativa, por meio das quais o autor concluiu que o povo não possui as competências necessárias para interpretar fielmente a Constituição.

Por fim, ao final do artigo, buscou-se problematizar algumas ideias de Serota, apontando que tal conclusão a que o autor chegou é, salvo melhor juízo, demasiadamente simplista, ignorando os grandes riscos de arbitrariedades no estabelecimento de quais competências tornam um indivíduo apto ou não a ser um intérprete fiel da Constituição.

Assim, de modo a melhor embasar a crítica, foram trazidos os pensamentos de Peter Häberle e Tom Donnelly. Para Häberle, é preciso que haja uma pluralidade de intérpretes da Constituição, de modo a construir diálogos mais profícuos a respeito dos seus sentidos. Para Donnelly, por sua vez, caberia a implementação de veto popular em casos de maior polêmica, possibilitando a sobreposição da palavra do povo sobre os entendimentos da Suprema Corte nesses casos mais seletos.

Ainda, buscou-se aportes relevantes no pensamento de Conrado Hübner Mendes, especialmente no tocante à polêmica da última palavra dos sentidos da Constituição. Para o autor, o diálogo deve ser incentivado, com rodadas procedimentais entre os poderes, guiadas pelo jogo político e concessões recíprocas.

Por fim, conclui-se que a noção de competência interpretativa conforme sugerida por Michael Serota deve ser vista com ressalvas, considerando-se que a Constituição é destinada ao povo e seus sentidos não podem ser ditados de forma arbitrária. Assim, entende-se que

devem prevalecer as ideias de Peter Häberle e Conrado Hübner Mendes a respeito do assunto, possibilitando um constitucionalismo mais inclusivo e próximo ao povo.

5. Referências Bibliográficas

BARREIRA, Jônatas Henriques; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; VIEIRA, José Ribas. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 3, set./dez. 2018. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55478/37485. Acesso em: 04 abr. 2019.

CHEMERINSKY, Erwin. In Defense of Judicial Review: the perils of popular constitutionalism. **University of Illinois Law Review**, Champaign, n. 3. p. 673-690, 2004. Disponível em: https://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2793/. Acesso em: 04 abr. 2019.

DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work. **Wisconsin Law Review**, Wisconsin, v. 2012, n. 11-29, 2012. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1962580. Acesso em: 30 mar. 2019.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo:** crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 11, n. 60, 2014. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204. Acesso em: 30 mar. 2019.

KRAMER, Larry. Popular Constitutionalism, Circa 2004. **California Law Review**, Califórnia, v. 92, n. 4, 2004. Disponível em: https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1326&context=californialawreview. Acesso em: 30 mar. 2019.

KRAMER, Larry. **The People Themselves:** popular constitutionalism and judicial review. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em:

http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php. Acesso em: 30 mar. 2019.

PESQUISA Mostra que Três em Cada Dez Brasileiros Não Sabem Ler. **Jornal Nacional**, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/08/03/pesquisa-do-ibope-mostra-que-tres-em-cada-dez-brasileiros-nao-sabem-ler.ghtml. Acesso em: 30 mar. 2019.

SEROTA, Michael. Popular Constitutional Interpretation. **Connecticut Law Review**, Connecticut, v. 44, n. 5, 2012. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1807226. Acesso em: 30 mar. 2019.

SHERRY, Suzanna. Democracy and the Death of Knowledge. **University of Cincinnati Law Review**, Cincinnati, v. 75, p. 1053-1057, 2007. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947530. Acesso em: 30 mar. 2019.

TUSHNET, Mark. Popular Constitutionalism as Political Law. **Chicago-Kent Law Review**, Chicago, v. 81, p. 991-1006, 2006. Disponível em http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/233/. Acesso em: 30 mar. 2019.

TUSHNET, Mark. **Taking The Constitution Away From The Courts**. Princeton: Princeton University Press, 2000.