

## NOVOS MECANISMOS INSTITUCIONAIS PARA A CRIAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

Mark Tushnet<sup>2</sup>,

Traduzido por Thiago Filippo Silva Jorge<sup>3</sup>

### Resumo

Tradicionalmente, dois métodos gerais têm sido usados para fazer a lei constitucional. O primeiro envolve a criação de um texto constitucional, e tem sido feito por assembleias constituintes convocadas especialmente para esse fim ou por legislaturas ou propondo constituições de reposição ou emendas constitucionais mais limitadas. O segundo envolve a interpretação de textos constitucionais existentes, e tem sido feito pelos tribunais constitucionais especializados ou tribunais generalistas. Após descrever brevemente o que sabemos sobre como o direito constitucional é feito por esses métodos tradicionais, este ensaio se volta para algumas inovações recentes em fazer direito constitucional, que descrevo genericamente como envolvendo níveis substancialmente mais elevados de participação do público do que nos métodos tradicionais: o processo de elaboração de uma nova constituição proposta para a Islândia, e a prática de "audiências públicas" no Supremo Tribunal Federal. Meu objetivo é identificar algumas características destes novos métodos que possam ser de interesse para os estudiosos do direito constitucional comparado. Por essa razão, as tintas de ensaio em traços largos deliberadamente, isolando características que podem apontar na direção de uma compreensão mais geral dos processos de tomada de constituição, ignorando características que possam desempenhar um papel crucial nos dois processos específicos em que se concentram.

**Palavras-Chave:** novos métodos - direito constitucional

Tradicionalmente, dois métodos gerais têm sido usados para criar o direito constitucional. O primeiro envolve a criação de texto constitucional, que tem sido feito por assembleias constitucionais constituídas especialmente para este propósito ou por legislaturas que estão ou propondo uma constituição de substituição ou, mais limitadamente, por emendas constitucionais<sup>4</sup>. O segundo envolve interpretação dos textos constitucionais

<sup>1</sup>Traduzido do original: Tushnet, Mark, *New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law* (April 2, 2015). Harvard Public Law Working Paper No. 15-08. Tradução realizada sob supervisão e autorização do Prof. Mark Tushnet.

<sup>2</sup> Professor de Direito da cadeira "William Nelson Cromwell", da Faculdade de Direito de Harvard. E-mail de contato: [mtushnet@law.harvard.edu](mailto:mtushnet@law.harvard.edu)

<sup>3</sup> Mestrando em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail de contato: [thiagofilippo@gmail.com](mailto:thiagofilippo@gmail.com).

<sup>4</sup> Em alguns casos, constituições e emendas estão em vigor assim que anunciadas por corpo que a elaborou, seja ele uma assembleia constituinte ou uma legislatura, porém, mais comumente, especialmente nos tempos modernos, constituições de substituição são ratificadas por um outro corpo, atualmente sendo usual um referendo nacional, mas ocasionalmente por instituições existentes como a legislatura correntemente eleita nas unidades que compõem uma federação. Em alguns casos, as emendas também

existentes, o que tem sido realizado por cortes constitucionais especializadas ou tribunais generalistas. Depois de descrever brevemente o que sabemos como o direito constitucional é criado por estes métodos tradicionais, eu volto minha atenção para inovações recentes na criação do direito constitucional, que descrevo como genericamente envolvendo níveis substancialmente mais altos de participação popular que os tradicionais: O processo de redação de uma proposta de nova constituição na Islândia e as “audiências públicas” realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil. Meu objetivo é identificar algumas das características destes novos métodos que podem ser de interesse para estudiosos do direito comparado. Por este motivo, este ensaio é deliberadamente em pinceladas grosseiras, isolando características que podem apontar na direção de uma compreensão mais geral do processo de criação de uma constituição, enquanto ignoro outras características que podem ser essenciais aos dois processos específicos nos quais foquei.

## O QUE SABEMOS

O que nós sabemos sobre como o direito constitucional é criado em assembleias constituintes e corpos similares, e em tribunais? É claro que sabemos um bom tanto acerca de detalhes de como assembleias constituintes específicas criaram constituições, e pouco sobre como cortes constitucionais criam direito constitucional, sendo que a maior parte do nosso conhecimento sobre este, deriva de estudos da Suprema Corte do Estados Unidos<sup>5</sup>. Minha questão se relaciona com nosso conhecimento sobre as características *gerais* desses processos de criação do direito, não acerca de detalhes específicos. Portanto, meu problema localiza-se entre estudos de direito constitucional comparado, nos quais procuramos temas comuns em detrimento de demonstrar como constituições são específicas ao contexto em particular no contexto nos quais são desenvolvidas.

### Assembleias Constituintes

Muito do que sabemos – em linhas gerais – sobre assembleias constituintes vêm dos trabalhos de Jon Elster<sup>6</sup>. Comparando a Convenção Constituição da Filadélfia de 1787 e a Assembleia Constituinte Francesa de 1789-91, Elster distingue deliberação de barganha, e foca também nas implicações de um processo constituinte a portas abertas ao público ou fechada, a existência de um prazo para a elaboração da constituição. O autor conecta

---

precisam ser ratificadas, e, neste caso, métodos similares – ratificação por referendo popular ou por alguma outra legislatura que não que propôs – são usados.

<sup>5</sup> A Suprema Corte dos Estados Unidos tem sido um importante foco de estudo não só por sua proeminência, mas, provavelmente principalmente, nos termos atuais, pela grande disponibilidade de materiais sobre os documentos pessoais de seus juizes (incluindo materiais relacionados a casos), muitos dos quais estão prontamente disponíveis para acesso para o estudo acadêmico. Na minha compreensão, acesso a tais documentos é pouco comum fora dos Estados Unidos. Para um estudo dependente de tais documentos, ver Robert J. Sharpe & Kent Roach, Brian Dickson: A Judge's Journey (Toronto, University of Toronto Press, 2003). Acredito que documentos internos do Conselho Constitucional Francês estão agora disponíveis com hiatos de múltiplos anos.

<sup>6</sup> Jon Elster, “Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process,” *Duke Law Journal* 45 (--- 1995): 364-96

questões de transparência e de prazo à barganha e à deliberação. Para Elster, a barganha envolve tentativas sobre os interesses materiais de diferentes grupos, que usam seu relativo poder político e numérico para fazer trocas cuja justificativa única é o resultado aceitável a todos. Em contraste, deliberação é um processo de argumentação nos quais os participantes tentam persuadir outros que determinadas provisões constitucionais são racionalmente mais aceitáveis que outras alternativas, em termos de objetivos sobre os quais todos concordam. O resultado final da deliberação é o consenso sobre os princípios incorporados pelas provisões específicas.

A conexão entre o segredo contra a abertura de um lado e deliberação e barganha de outro é o seguinte: Barganha é um recurso mais facilmente usado em segredo. Participantes podem defender suas posições sinceras, aquelas que gostariam de ver incorporadas à constituição. Mas, quando confrontados com uma oposição ou alternativas, participantes fazer concessões. Ao justificar a concessão, em vez de princípios, eles podem usar – dentro de uma sessão secreta – a simples necessidade de se chegar a uma conclusão. Expostos ao público, é claro que os participantes podem inventar razões de princípio explicando porque a barganha é aceitável como mais que uma barganha.

Infelizmente, abertura não necessariamente leva à deliberação. É verdade, participantes em uma sessão aberta tendem a oferecer razões principiológicas para suas opiniões, mas podem achar difícil retrain estas opiniões quando outros assumem posições diferentes, mas igualmente principiológicas: Se suas posições eram baseadas em princípios quando inicialmente enunciadas, abrir mão da posição significa abrir mão dos princípios em questão. E, como Elster aponta, procedimentos públicos podem levar os participantes a adotar posturas para o público, apelando às correntes extremas da cidadania. Eles podem fazê-lo para ancorar uma posição em uma barganha posterior: O compromisso alcançado depois de deixar uma posição mais extremada pode ser mais favorável que aquele alcançado depois de deixar uma posição mais moderada. Porém, o político que adota postura para o público pode achar difícil explicar *qualquer* concessão.

Prazos forçam os participantes a considerar se retornar ao *status quo* – isto é, ao não se conseguir um consenso antes do fim do prazo – é melhor que qualquer resultado que poderia ser alcançado próximo ao fim dos procedimentos<sup>7</sup>. Tipicamente, Elster sugere, prazos estimulam os participantes a barganhar por concessões; ou seja, prazos podem reduzir a deliberação e incentivar barganha conforme o seu fim se aproxima. Algumas vezes, os consensos são alcançados “sob mão armada”, isto é, são apressados pela proximidade do expirar do prazo. Por sua vez, aumenta-se a probabilidade de consensos falhos, ou por um critério técnico, no qual a constituição resultante terá inconsistências lógicas ou omissões, ou por critérios materiais, em que diferenças inconciliáveis geram provisões para decisões posteriores<sup>8</sup>. Em alguns casos, os participantes entenderão que as falhas estarão presentes

<sup>7</sup> O status quo inclui a possibilidade de que outra assembleia constitucional ou processo similar se formem depois do fracasso da tentativa precedente.

<sup>8</sup> Nota do tradutor: Como as disposições “nos termos da lei”, presentes nas constituições brasileiras.

e os aceitam como custos de se chegar a um consenso dentro do prazo, mas em alguns casos não perceberão as deficiências do resultado.

Elster também identifica limitações “*upstream*” (corrente acima) e “*downstream*” (corrente abaixo) na produção de constituições. Limitações corrente acima determinam (ou condicionam) a participação em assembleias constituintes. A “rodada” de criação de constituições com o decurso do colapso soviético nos anos 1989-1990, por exemplo, resultou de “limitações corrente acima” impostas por as lideranças dos partidos comunistas locais que se recusavam a deixar o poder sem ter algum poder sobre o desenho constitucional da nova constituição; situação similar ocorreu com os sul-africanos brancos no processo constitucional da África do Sul. As limitações “corrente abaixo” surgem do fato de que a nova constituição deverá ser aceita por meio de um processo. As limitações determinam (ou condicionam) o conteúdo constitucional novo, porque o conteúdo tem um importante papel em angariar apoio dos ratificadores da constituição.

Em adição aos trabalhos de Elster, há materiais gerais sobre o papel de orientadores especializados, incluindo conselheiros estrangeiros, nas constituintes modernas. Aqui a evidência sugere que deveríamos dividir entre questões constitucionais centrais e periféricas<sup>9</sup>. Questões centrais são aquelas sobre as quais a política gira em torno, e participantes em constituintes sabem seu posicionamento em relação a estas questões. Eles podem barganhar ou deliberar, mas qualquer que seja o caminho que escolham, os participantes provavelmente não vão considerar aconselhamento externo. O motivo disto é que os participantes sabem muito melhor as consequências de se alcançar determinado consenso em uma questão centralmente contestada. Ocasionalmente, haverá uma posição “moderada” que os participantes podem ter ignorado, talvez derivada da experiência de outros processos constitucionais, e orientadores técnicos podem trazer este posicionamento à atenção dos participantes, algumas vezes com certo sucesso. Com maior frequência, no entanto, os participantes terão boas razões para rejeitar posições apresentadas por orientadores externos como tecnicamente melhores em favor da posição que firmaram. Os participantes mais provavelmente aceitaram orientação acerca do que percebem como questões periféricas. Há pouco, se algum, dissenso sobre o que é considerado “central” e “periférico” na visão dos participantes. No entanto, participantes podem estar enganados quanto à sua classificação das questões. Em alguns casos, o que acreditam ser, no momento de criação da constituição, uma questão periférica, pode tornar-se extremamente importante no momento em que a constituição começa a operar, e uma questão que pensaram ser pouco importante ou meramente técnica se torna chave em controvérsias políticas<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Eu desenvolvo esta distinção em um ensaio vindouro, “A Política das ‘Melhores Práticas’ na criação de constituições”.

<sup>10</sup> Um exemplo pode ser a provisão definindo as qualificações para a presidência, que cria a possibilidade de todos os que são plausivelmente presidenciáveis a se qualificarem, mas que obstrui a candidatura de alguém que se torna proeminente logo após a promulgação da constituição. Bulgária e Egito enfrentaram variantes deste problema.

## Cortes Constitucionais

A distinção que Elster faz entre barganha e deliberação também é relevante à criação do direito constitucional por decisões de cortes constitucionais. A maior parte dos tribunais constitucionais faz suas decisões em segredo, o que, segundo a análise de Elster, incentiva a barganha, fazendo trocas que não poderiam ser defendidas como em decorrência de princípios. No entanto, pelo menos em relação à Suprema Corte americana, estudos indicam de forma razoavelmente clara que quase nenhuma barganha deste tipo ocorre. Ninguém conseguiu crivelmente indicar casos críveis, nos tempos modernos, de troca de votos entre casos, por exemplo, o que seria um caso paradigmático de barganha.

Alguns estudiosos descreveram interações estratégicas entre os juízes da Suprema Corte americana. Estas interações, são, a meu ver, exemplos de dominância de deliberação sobre a barganha. Os exemplos mais significativos de interações estratégicas são aquelas nas quais um juiz tinha uma posição de preferência sobre a interpretação apropriada de uma previsão constitucional, mas a modifica para uma que permita que outros membros da corte votem com esta. No entanto, esta me parece ser uma situação na qual a deliberação está mais distante do limiar com a barganha, e uma das poucas nas quais apenas deliberação ocorre. A Suprema Corte opera sob a ficção de atribuir suas decisões a “opiniões da Corte” como uma entidade. Uma opinião apoiada por menos que a maioria da corte tem menor relevância legal que uma apoiada por uma maioria. Então, juízes redigindo opiniões atentos ao objetivo de torná-las o mais legalmente efetivas o possível levará em conta as opiniões dos demais juízes. Para mim, esta descrição pode ser justamente identificada com ou como uma deliberação propriamente dita ou como a forma deliberativa que a barganha toma quando inserida em um contexto institucional que favorece decisões majoritárias.

Como o parágrafo precedente sugere, os juízes da Suprema Corte americana circulam esboços de seus votos entre os colegas, que podem então “juntar-se” à sua opinião. Não raro, porém, um colega pode sugerir alterações na redação do voto<sup>11</sup>. Em alguns casos, o motivo para a sugestão é que o juiz discorda da redação empregada e a considera desnecessária para o caso em questão. Nestes casos, o juiz discordante explicará suas razões para discordar e por que a redação pode ser alterada sem prejuízo da integridade racional do voto. Em outros casos, a discordância pode ser explicada ao se indicar como a redação contestada pode impactar a resolução de outros casos, para as quais o juiz tem uma opinião (prévia) diferente, ou acredita que não deve ocorrer este impacto. Apesar de em alguns casos isto ser exprimido de forma similar a uma barganha, como “eu me juntarei à sua opinião se você fizer as seguintes alterações”, estes comentários são exemplos de deliberação em sua forma quase pura. Eles resultam da interpretação dos autores sobre materiais legais importantes, eles são baseados

<sup>11</sup> Há evidências anedotas de processos similares ocorrendo em outras cortes constitucionais.

em argumentos, e eles são aceitos com base em sua força persuasiva, somado também ao desejo institucional de formar uma maioria.

O sigilo dentro da Suprema Corte americana, portanto, não parece ter permitido a barganha contraprinciplológica que Elster diz permitir em assembleias constituintes. Uma possibilidade, à qual eu volto a tratar abaixo, é a de que os papéis entre participantes de assembleias constituintes e de juízes em cortes constitucionais são diferentes o suficiente para justificar normas diferentes governando seu comportamento. Para tornar o ponto ainda mais claro: Participantes em assembleias constituintes são tipicamente políticos, confortáveis com barganhas longe do escrutínio público, enquanto aderem a normas de deliberação acima das de barganha. Isto explicar porque, dados contextos institucionais similares quanto ao segredo, assembleias constituintes facilmente barganham e juízes muito raramente o fazem.

Acerca de prazos, a evidência é quase inteiramente anedota. A Suprema Corte americana opera com uma regra de prazo razoavelmente forte, segundo a qual todos os casos ouvidos na corte durante um “termo” – que vai de outubro até o fim de junho ou o começo de julho<sup>12</sup> - serão decididos naquele “termo”<sup>13</sup>. Há motivos para acreditar que casos importantes ouvidos ao fim de março e especialmente em abril são, em alguns casos, corridos, com erros analíticos e inconsistências internas menores que não teriam ocorrido caso os juízes tivessem mais tempo. E, similarmente anedotas, há evidência de que cortes constitucionais que não enfrentam prazos, em alguns casos, adiaram decidir casos por longos períodos de tempo, esperando identificar o momento estrategicamente ideal de anunciar uma decisão. Estas observações são consistentes com as observações de Elster sobre o efeito dos prazos.

Abertura em procedimentos judiciais com respeito a chegar a resultados é rara. Alguns sugerem que abertura pode ser observada na Suprema Corte americana, devido ao fato de que suas audiências são públicas. Relatos recentes que deliberação após audiência é relativamente rara. Isto é, juízes não debatem os casos em detalhes depois de realizada a audiência, mas anunciam suas posições. Depois que os votos são contados, a um juiz é designada a tarefa de escrever uma opinião da maioria, e, aparentemente, com frequência a opinião, na forma na qual foi redigida, ganha adesão da maioria rapidamente. Isto reduz o incentivo que o autor teria em acomodar objeções baseadas em princípios oferecidas tardiamente ou por potenciais votos em dissenso<sup>14</sup>. Se a deliberação pós-audiência é rara, juízes podem usar as audiências como via de deliberação, na forma de questões às partes que

<sup>12</sup> Tecnicamente, o termo da corte é do começo de outubro até o fim de setembro, mas, na prática, o prazo funciona conforme o descrito no corpo do texto. Casos são ouvidos entre outubro e abril.

<sup>13</sup> A Corte ocasionalmente determina que um caso será reouvido no termo seguinte, quase sempre em decorrência de uma nova questão que a corte pede para ser debatida pelas partes.

<sup>14</sup> Nota da tradução: Similar ao “voto vencido” no direito brasileiro. Na Suprema Corte americana, uma vez formada uma maioria que gera uma “opinião da Corte”, é facultado aos juízes que discordam desta redigir um voto, o “dissenting vote” ou, na tradução, “voto em dissenso”, na qual fundamentam não ter se juntado à opinião da corte. Outros discordantes podem se juntar aos votos em dissenso.

na verdade são esforços para persuadir seus colegas a ver a questão na forma que o questionador a vê. Porém, como Elster sugere, a abertura da audiência torna possível que os juízes posem para uma audiência em vez de tentar a persuasão.

Outro exemplo que recebeu atenção razoavelmente extensiva é a prática do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Minha impressão é a de que a maior parte dos estudiosos que examinou o processo são da opinião de que ele é bastante deficiente, como sugerido pelo título do estudo, “Decidindo sem Deliberar”<sup>15</sup>. Estes críticos descrevem juízes como adotando posturas para um público, uma prática exacerbada pelo fato de que as deliberações são televisionadas ao vivo. Os críticos vêm que os ministros estão endurecendo seus posicionamentos quando desafiados, em vez de considerar racionalmente as objeções principiológicas. Neste ponto, os argumentos dos críticos são consistentes com a análise de Elster. Porém, como minha discussão acerca da Suprema Corte americana, a análise de Elster não nos conta como decisões judiciais em segredo favoreceriam a deliberação mais que decisões abertas ao público. Como sugeri, talvez a Suprema Corte americana tenha internalizado um conjunto de normas que incentiva deliberação mesmo quando a barganha é possível. Então, é possível imaginar que os ministros brasileiros não teriam internalizado tais normas. É possível que, analogamente ao que fazem em público, também adotariam posturas em privado. Normas, acima de arranjos institucionais, podem ser responsáveis pelo comportamento que atrai críticas nas práticas brasileiras.

Ao resumir um conjunto de estudos, Mark Warren e Jane Mansbridge escrevem, “A esta altura, a evidência empírica de deliberações a portas fechadas parecem incontestáveis”<sup>16</sup>. Os estudos são realizados com não-juízes, no entanto, e parece possível que deliberações públicas *sobre o direito* podem ser diferentes de negociações públicas sobre outras matérias. A ideia é de que as deliberações que são objeto destes estudos empíricos, os problemas em questão envolve a concorrência de interesses, como no exemplo de negociações trabalhistas e, talvez, o objeto de Elster, as deliberações de assembleias constituintes, não podem ser avaliadas segundo um critério qualitativo externo. Em contraste, pelo menos a nível de princípio, ou, mais estreitamente, em alguns casos jurídicos, juízes estão tentando determinar o que “a lei” significa ou requer, e há acordo de que há uma resposta certa determinável. Pode haver formas de deliberação em aberto nas quais os participantes, todos objetivando alcançar o resultado correto, em que realmente há argumentação e em que cada participante considera o que os outros dizem, em seu mérito.

<sup>15</sup> Virgílio Alфонso da Silva, “Deciding Without Deliberating,” *International Journal of Constitutional Law* 11 (July 2013): 557-84.

<sup>16</sup> Mark Warren & Jane Mansbridge, “Deliberative Negotiation,” p. 108, disponível em <http://www.apsanet.org/content.asp?contentid=546>.

## INOVAÇÕES RECENTES EM CRIAR O DIREITO CONSTITUCIONAL

Eu volto agora minha atenção para inovações recentes em processos de criação do direito constitucional. O primeiro é um aumento grande na participação popular no processo de redigir-se uma constituição. Chegando-se ao fim do século XX, participação popular na ratificação de constituições aumentava, apesar de nunca ter desbancado modos mais antigos de ratificação parlamentar. As inovações deste século estão em mover a participação popular para o estágio de redação constitucional. Entre outras coisas, a inovação reduz os efeitos de limitações corrente acima na seleção de redatores constitucionais, apesar de, como veremos no caso da Islândia, o enfraquecimento desta limitação possa ter efeitos sobre as corrente abaixo.

A segunda está em maior abertura no processo de criação do direito constitucional por cortes constitucionais. Esta abertura inclui televisionar audiências em tribunais constitucionais e o uso de escritórios de imprensa por estas cortes, para notificar a mídia de decisões importantes com antecedência e oferecer explicações e resumos destas decisões que são apoiadas pelo próprio tribunal. Aqui lido com a prática brasileira de “audiências públicas”, uma forma especial de se ouvir argumentos em casos selecionados pelo Supremo Tribunal Federal para estas audiências. Aqui o segredo das deliberações é enfraquecido<sup>17</sup>.

O restante deste ensaio apresenta breves estudos de caso da recente revisão constitucional islandesa e os processos de audiência pública no Brasil. Não pretendo reivindicar um estudo compreensivo sobre o tema, mas espero que meus rascunhos trarão características das inovações que as tornam merecedoras de estudos mais atentos, tanto em relação à Islândia quanto ao Brasil e em conexão com criação constitucional mais geralmente.

### O exercício falho da Islândia em criar uma constituição com fonte popular

A crise financeira da Islândia de 2008 levou a um descontentamento generalizado com a classe política nacional<sup>18</sup>. A coalizão governamental que juntava a Aliança Social-Democrática e o Partido da Independência se desmantelou. A Aliança Social-Democrática formou um governo de minoria, que continuou a governar após as eleições de 2009. O governo propôs o início de um processo de reforma constitucional; o Partido da Independência rejeitou a ideia. De início, a ideia é de que uma assembleia constituinte eleita iria propor uma constituição que se tornaria legalmente efetiva depois de referendo, sem consequente participação parlamentar. Depois de ser aconselhado que tal curso requereria uma emenda constitucional prévia modificando os métodos permissíveis de emenda constitucional, a proposta foi redefinida. Em 2010, o parlamento adotou um Ato

<sup>17</sup> No Brasil, enfraquecer o sigilo não é tão dramático quanto em outros sistemas, em decorrência da prática brasileira de deliberação pública pelos próprios ministros enquanto consideram questões constitucionais.

<sup>18</sup> Um relato acessível do processo islandês, que foi uma de minhas principais fontes, é Anne Meuwese, “Popular Constitution-Making: The Case of Iceland,” in Denis J. Galligan & Mila Versteeg eds., *Social and Political Foundations of Constitutions* (New York Cambridge University Press 2013), pp. 469-96.



estabelecendo que a Assembleia Constitucional se reuniria em fevereiro de 2011 e terminar os trabalhos até abril daquele ano. Para ganhar o apoio do Partido da Independência, a proposta era a de que o Comitê Constitucional, órgão apontado pelo Parlamento, faria os trabalhos preparatórios para a Assembleia Constituinte; o comitê seria constituído de sete membros que incluíam especialistas em direito, ciência e literatura. O projetado era que este processo iria levar a um conjunto de propostas de emendas constitucionais que seriam levadas aos canais típicos de emenda constitucional – maioria simples de votos em dois turnos, um antes e outro depois de eleições, apesar de que, por convenção, mais que a maioria era necessária.

A Constituinte prevista na lei de 2010 nunca se reuniu. Uma dificuldade era de que o processo era dominado por elites, e, talvez mais importante, era a criação de dos mesmos partidos políticos que tinham tido um impacto reputacional devido à crise financeira. Para contrabalancear o elitismo, o Comitê Constitucional criou um Fórum Nacional de 950 cidadãos selecionados aleatoriamente do censo nacional. O Fórum encontrou-se por um dia em Novembro de 2010 e discutiu princípios constitucionais básicos, como “uma pessoa, um voto” – uma questão importante em uma nação pequena com população concentrada na capital, em que um sistema de “uma pessoa, um voto” pode relevar os interesses da população rural – e direitos a recursos naturais. Quanto ao último ponto, uma parcela dos islandeses acreditava que o controle privado de recursos de pesca criou uma rede de grupos de interesse que por sua vez criou uma cultura de corrupção financeira que levou à crise financeira<sup>19</sup>.

O Comitê Constitucional então organizou uma eleição para membros de uma assembleia constituinte. Candidatos eram basicamente autoneameados mas tinham que angariar assinaturas para estarem nas urnas. Vinte e cinco membros seriam eleitos de um grupo de 522 candidatos, por um sistema de transferência simples de votos que permitia a cada votante a votar em até 25 candidatos. O Partido da Independência e o Partido Progressista, duas forças políticas principais pré-crise, opuseram-se ao processo como um todo, e não participaram ativamente em apoiar nenhum candidato.

A Suprema Corte islandesa anulou as eleições para a Assembleia Constituinte: ela opinou que o processo era falho porque o sigilo da urna era violado por, por exemplo, a numeração das cédulas, apesar de não haver evidência que qualquer um tentou ligar os números das cédulas aos eleitores depois do evento. Em vez de tomar para si o processo de emenda constitucional ou promover novas eleições (a segunda possibilidade tendo sido excluída em decorrência dos custos de nova eleição), o Parlamento designou os vinte e cinco vencedores da eleição como membros de um corpo constituinte – chamado de Conselho Constitucional – cuja autoridade derivava, ao menos em tese, do parlamento em detrimento de diretamente da população.

Com um prazo inicial de dois meses, depois estendido por mais dois meses, o Conselho Constitucional trabalhou. Seus membros foram tirados de um número de profissões, a tinham variadas afiliações políticas, mas

<sup>19</sup> See, e.g., Thorvaldur Gylfason, “Constitution on Ice,” CESifo Working Paper No. 5056 (Nov. 2014), available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2529896](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2529896).

nenhum deles eram figuras políticas importantes ou vistos representantes dos (desacreditados) partidos políticos. Eles se dividiram em três grupos de trabalho, e, mais importantemente, solicitaram comentários e sugestões de todos os islandeses ao estabelecer um *website* e cadastros em mídias sociais pelos quais sugestões poderiam ser publicadas. Esta prática foi a base pela qual o processo de redação constitucional foi descrita como “*crowd-sourced*” ou de fonte popular. O Conselho recebeu cerca de 3600 comentários, assim como 370 “sugestões formais” – um número não trivial para um país de população abaixo de 400 mil<sup>20</sup>. Apesar de a maioria das publicações ser genérica, uma razoável parcela sugeria provisões substantivas para a inclusão no projeto constitucional. Um membro do Conselho Constitucional declarou que os membros do Conselho deliberadamente evitaram marcar reuniões especiais com “representantes de organizações de interesse”<sup>21</sup>.

Depois de deliberações públicas e por voto unânime, o Conselho Constitucional adotou o projeto de constituição, antecipando sua ratificação (ou reprovação) em referendo popular. Com respeito a seis questões específicas, incluindo “uma pessoa, um voto”, a possibilidade de convocação de referendo nacional por demanda popular, uma religião de estado e a propriedade de recursos naturais, o Conselho Constituinte apresentou opções de “sim” ou “não”.

O referendo, porém, não seria o passo final mesmo se os eleitores aprovassem a nova constituição. Em vez disto, devido à origem do Conselho Constitucional em ação parlamentar, o parlamento deveria aprovar a constituição *depois* do referendo. Em novembro de 2012, os eleitores vieram a aprovar o projeto de constituição por uma margem de 67%-33% (e escolheram quais opções queriam em cada uma das questões identificadas), mas a população votante de 49% foi menor que o esperado e desejado. Depois do referendo, líderes parlamentares convidaram a Comissão de Veneza para comentar o projeto de constituição, nominalmente para guiar o parlamento em aprovar ou recusar o documento; os comentários apontaram várias deficiências técnicas no documento, sugerindo que linguagem mais clara poderia ser empregada em algumas matérias e afirmando que algumas questões importantes não tinham sido resolvidas. Há razões para acreditar que estas deficiências resultaram das combinação de prazos estritos impostos ao Conselho Constitucional, combinado com a relativa inexperiência de seus membros tanto em política em geral como em desenho constitucional especificamente<sup>22</sup>. O projeto foi modificado para lidar com os comentários da Comissão de Veneza, sem protesto dos membros então-dissolvido Conselho Constitucional.

<sup>20</sup> A população é indicada por Meuwese, na obra acima citada, nas pp. 484-85.

<sup>21</sup> Citado em Meuwese, supracitado, na p. 483

<sup>22</sup> O Conselho Constitucional estava aberto a sugestões, é claro, e seu trabalho em progresso estava sendo monitorado por um “coletivo semiformal de indivíduos dividindo um interesse no processo constitucional”, como citado por Meuwese, supracitado, na p. 483. Este coletivo aparentemente forneceu algum grau de especialização ao processo de redação, mas as descrições que encontrei não deixam claro o quanto.

O parlamento jamais adotou a constituição proposta, então esta não entrou em vigor. Durante o processo, os partidos políticos estabelecidos mantiveram-se distantes, em parte por terem perdido sua credibilidade perante a população, mas em maior parte porque os líderes discordavam que uma constituição inteiramente nova deveria ser adotada, em detrimento de emendas discretas que poderiam ser processadas pelo processo ordinário de votação parlamentar.

Em nenhuma ordem em particular, aqui estão algumas das características do processo islandês:

1. A crise financeira providenciou o ímpeto para o processo de criação constitucional. O processo levou tempo, com o referendo tendo sido promovido três anos depois do pico da crise enquanto a Islândia estava em claro caminho de recuperação. A intervenção da Suprema Corte criou a necessidade de reestruturação do processo e parece ter tido um efeito psicológico de ruptura nos membros do Conselho Constitucional, que, apesar disto, completaram o trabalho dentro do prazo de quatro meses. O passar do tempo, junto ao grau de recuperação da crise financeira, reduziu a urgência sentida de uma reforma constitucional<sup>23</sup>. A situação de normalidade era constituição existente, o que pode ter sido avaliado como “bom o suficiente” conforme a pressão por reforma decaiu. Elster argumenta que constituições com frequência são criadas em tempos de crise, o que as leva a ser desenhadas de forma pior que o seriam nos casos em que o processo de elaboração mais estendidos. Porém, ele observa, quando o público não vê a política como enfrentando uma crise, pode ocorrer perdas de interesse na criação de constituição. Isto parece ter sido verdade na Islândia.
2. O Conselho Constitucional não teve orientadores internacionais propriamente ditos. A intervenção da Comissão de Veneza depois da aprovação em referendo do projeto de constituição provavelmente reduziu o entusiasmo pelo documento. Até certo nível, em seu papel como comentarista em emendas constitucionais e revisões, a Comissão de Veneza surge para identificar problemas. Em alguns casos, fazê-lo leva a melhorias nos documentos comentados, mas somente se o processo doméstico acomode os comentários por revisão do projeto e propostas. O documento foi revisado, mas os comentários da Comissão de Veneza provavelmente projetaram um tom modestamente negativo sobre o processo que produziu a proposta que foi avaliada. Eu acredito ser necessário observar que alguns dos comentários críticos da Comissão de Veneza identificavam problemas relativamente pequenos no projeto, como áreas em que a terminologia não estava clara ou em que questões óbvias não foram respondidas. Ao se utilizar da fonte popular para a redação da constituição, ou ao se usar uma assembleia constituinte puramente cidadã (não-profissional), quase certamente se gerará documentos com estes tipos de

<sup>23</sup> Gylfason, supracitado, refere-se à “fatiga da reforma,” na p. 9.

problemas, e talvez orientadores externos e comentadores deveriam modificar suas práticas quando constituições são redigidas com níveis extremamente altos de participação popular<sup>24</sup>.

3. O uso de fontes populares, pode-se pensar, seria um processo no qual mesmo aqueles que participam na política “comum” com baixa frequência teriam sua potencial participação elevada. Mesmo em uma nação tão pequena quanto a Islândia, ir ao parlamento para testemunhar, ou mesmo escrever uma carta a um membro do parlamento, é provavelmente mais difícil que registrar um comentário ou proposta via internet. Ainda é desconhecido se este efeito ocorreu na Islândia. Um estudo preliminar sugere que ele foi *menos* demograficamente representativo que o processo legislativo ordinário<sup>25</sup>. O estudo examinou a participação relativa de homens e mulheres no processo. Os resultados indicam que, relativamente ao processo legislativo ordinário, homens foram *sobre* representados nos comentários em redes sociais do processo de redação com fonte popular. Os resultados sugerem, mas não são próximos de ser definitivos. Um ponto a ser levantado é que a representação no processo legislativo ordinário é mediada por organizações civis, enquanto as intervenções nas mídias sociais não precisam desta mediação. Isto é, é possível que (e os autores reconhecem isto) que *diferentes* grupos de homens e mulheres são representados nos processos ordinários e no com fonte popular.
4. O processo islandês foi o mais aberto possível. De acordo com Elster, portanto, não deveriam ter havido oportunidades de barganha, o que parece se aplicar ao caso. A preocupação de Elster sobre um processo em um processo aberto vão firmar posições em vez de deliberar, no entanto, parece não ter ocorrido, ao menos não de acordo com os relatos atualmente disponíveis em inglês. Talvez a razão pela disto seja que estes eram verdadeiramente “jogadores de uma partida só”<sup>26</sup>. Isto é, não somente eles não era políticos, os quais potencialmente estão preocupados em apelar à audiências externas por apoio, mas também eram completos amadores (entre eles havia oito acadêmicos, em campos que incluíam economia, ciência política, e filosofia, como também matemática e teologia – mas nenhum da área de direito) sem interesse continuado em implementar a constituição por eles projetada<sup>27</sup>. Dependendo no chamado “ordenamento de autonegação” da Assembleia Constituinte Francesa, que barrava participantes de ocupar cargos públicos sob a constituição que criaram, Elster aponta que constituições redigidas por “jogadores de uma partida só” podem ser defeituosas porque os redatores não têm responsabilidade continuada na operação do governo que estão criando. Eles podem adotar provisões que parecem boas

<sup>24</sup> Caso a constituição tenha vindo a entrar em vigor, eu suspeito que os defeitos apontados pela Comissão de Veneza teriam sido remediados pela prática política ou por interpretação.

<sup>25</sup> Citação. [Nota do tradutor: O original só contém esta informação na nota de rodapé].

<sup>26</sup> Eu adoto a terminologia “jogadores de uma partida só” (“one-shotters”) e, abaixo, “jogadores frequentes” (“repeat players”) de Marc Galanter, “Why the Haves Come Out Ahead,” *Law & Society Review* 9 (Aug. 1974): 95-160.

<sup>27</sup> Exceto que a participação deles pode ter lhes impulsionado a ter um maior envolvimento político no futuro que no passado. Um membro formou um partido político para apoiar o projeto constitucional, mas não angariou muitos votos.

em teoria sem se preocupar com sua qualidade prática. Por a constituição islandesa não ter entrado em vigor, nós não podemos saber se a preocupação de Elster teria se concretizado sob esta. Porém, a preocupação do “jogador de uma partida só” é relacionada a outra, para a qual a experiência islandesa é instrucional.

5. Teoria constitucional continental pode ter sido um fator também. Uma constituinte diretamente eleita poderia ter sido vista como uma verdadeira assembleia constituinte, falando pelo povo como um todo sem que suas ações sejam mediadas por instituições políticas pré-existentes. Como as ações da constituinte seriam a do povo – e dadas as práticas modernas –, o referendo endossando a nova constituição analogamente seria como um ato direto do poder constituinte. A imagem teórica mudou com o ato da Suprema Corte ao invalidar a eleição de membros para o Conselho Constitucional. Provavelmente decorrente de um desejo de manter o processo se movendo e não por razões teóricas, o parlamento apontou os vencedores da eleição para o Conselho Constitucional. Porém, este ato nomeação rompeu o laço direto que o Conselho tinha com a população. Eles se tornaram receptores de autoridade delegada do parlamento, e, novamente, segundo a teoria constitucional continental, o seu principal – o Parlamento – teve que aprovar o que fizeram. Usando a terminologia de Elster, nós podemos dizer que se o Conselho Constitucional tivesse sido uma assembleia constituinte, a única limitação corrente abaixo teria sido a necessidade de se obter ratificação popular do projeto de constituição. A substituição da população pelo parlamento como fonte de da autoridade do Conselho Constitucional significou que a ratificação do parlamento, e, portanto, apoio de uma parcela decente das lideranças políticas nacionais, tornou-se uma limitação corrente abaixo. Porém, a designação dos vencedores da eleição anulada como membros do Conselho significou que satisfazer os critérios dos líderes políticos não se operou como uma limitação corrente acima na composição do corpo de constituintes. Sob estas condições, a derrota era, talvez, bastante previsível.
6. Os partidos políticos islandeses não participaram do processo constituinte, e, efetivamente, a seleção aleatória, auto-nomeação e outros processos de seleção de membros do Conselho Constitucional/Assembleia Constituinte quase garantiu sua exclusão<sup>28</sup>. Então, no estágio final do processo, partidos no parlamento derrotaram a constituição. A terminologia de Elster não é exatamente apta neste aspecto, mas a intuição por trás dela é. A participação de partidos foi de fato uma limitação corrente acima do processo de elaboração, apesar de não ter sido entendida como tal a princípio. O

<sup>28</sup> Não completamente, porque se um ou dois partidos tivessem usado seu peso político em apoio a candidatos para as eleições ao Conselho Constitucional, há uma chance razoável de terem obtido algumas cadeiras.

resultado de falha pode ser atribuído justamente ao fato de que esta “limitação” corrente acima foi ignorada<sup>29</sup>.

Suponha-se, porém, que os partidos tivessem sido incluídos, a um certo grau, no processo de elaboração. Então os problemas de se fixar posições (por participantes com interesses de longo prazo em mente, persistindo após o processo constituinte) e de impedimentos à barganha teriam ocorrido. E, claro, sua participação teria eufemizado porções da agenda de reforma que objetivavam alterar características do sistema político pré-crise considerados (por alguns) como fatores causais da crise. Acomodar os partidos políticos corrente acima poderia ter reduzido a possibilidade de endosso no referendo popular corrente abaixo.

A lição geral destas observações, ao que me parece, é que um programa de incremento de participação pública na criação de constituições pode ter seus atrativos do ponto de vista democrático, e pode parecer alcançável com uso de tecnologia moderna, mas a implementação de tal programa requer consideração e atenção para as questões de barganha, deliberação e limitação para as quais Elster chama atenção<sup>30</sup>. Provavelmente não era inevitável que o processo islandês falhasse, mas agora que isto ocorreu, talvez sejamos capazes de identificar alguns “sinais vermelhos” que deveriam ter a atenção daqueles que buscam implementar processos similares.

### As audiências públicas no Brasil

O Supremo Tribunal Federal no Brasil delibera em público, e há uma estação de televisão dedicada a transmitir os seus procedimentos judiciais. Além disto, é facultado à corte promover “audiências públicas”, que são diferentes da argumentação oral ordinária. Quando um caso chega à corte, é atribuída a um ministro a responsabilidade de fazer um relatório. O relator tem competência discricionária para convocar uma audiência pública em dois casos. Quando há uma ação direta de inconstitucionalidade, o relator poderá convocar a audiência pública se houver uma lacuna a respeito de fatos importantes. A outra hipótese é a de controle concreto de constitucionalidade, hipótese na qual a convocação de audiência pública poderá ser feita sem aparentes restrições<sup>31</sup>. Os participantes da audiência pública são aqueles determinados em lei<sup>32</sup> como aqueles com “experiência e autoridade” na questão em debate.

<sup>29</sup> O termo “limitação” é inadequado porque os partidos não realmente limitaram as escolhas no ponto corrente acima.

<sup>30</sup> Distinguindo entre participação popular em adotar uma constituição (como em um referendo) e participação popular em “preparar uma constituição” Björn Thorarensen escreve, “Que um grupo de indivíduos com pouca ou nenhuma experiência com o trabalho legislativo ... tenha conseguido produzir um documento compreensivo foi uma grande conquista”, mas “a qualidade material do documento tinha que ser melhorada”. Björg Thorarensen, “Why the making of a crowd-sourced Constitution in Iceland failed,” 26 Feb. 2014, disponível em <http://www.constitutionnet.org/news/why-making-crowd-sourced-constitution-iceland-failed>.

<sup>31</sup> Mônica Clarissa Hennig Leal, “Public Hearings in the Ambit of the Federal Supreme Court: A New Form of Participation in Public Affairs?,” p. 9, disponível em <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws16/w16-leal.pdf>, sugere que na prática os dois tipos de controle de constitucionalidade não diferem muito.

A norma autorizando as audiências públicas data de 1999; a primeira audiência foi realizada em 2007, e foram realizadas um total de 15 até o meio de 2014<sup>33</sup>. Entre outros tópicos, foram tratadas em audiência pública questões como as leis que tratavam de pesquisas com células-tronco, na possibilidade de antecipação do parto de fetos anencefálicos, ação afirmativa por meio de cotas e a proibição da importação de pneus usados. O número de participantes foi razoavelmente alto, entre dez e cinquenta. O relator geralmente tem dividido os participantes em dois grupos, um a defendendo a constitucionalidade e outro a inconstitucionalidade da norma em debate. Os participantes têm sido largamente membros da sociedade civil, tipicamente por organizações civis comuns<sup>34</sup>.

Eu começo a porção analítica desta seção ao distinguir as audiências públicas dos *amicus curiae* do direito estadunidense. Há similaridade entre os dois, uma vez que, assim como no *amicus curiae* americano, as audiências públicas permitem que partes interessadas apresentem seus pontos de vista à corte. No entanto, no *amicus curiae* americano as apresentações são quase totalmente na forma escrita; raramente a *Supreme Court* permitirá que um *amicus curiae* a participar da argumentação oral, e nunca mais que um ou dois. Em contraste, as audiências públicas brasileiras envolvem sustentação oral de um grande número de participantes.

Um estudo dos direito à saúde no Brasil ilustra o processo de audiência pública<sup>35</sup>. O Supremo Tribunal Federal vinha julgando um grande número de casos pré-2009, decidindo de forma a delinear os contornos de um programa de saúde nos moldes constitucionais. Em 2009 ele convocou uma audiência pública, o que levou a uma série de decisões em 2010 estabelecendo critérios para a distribuição de serviços e produtos de saúde de uma forma consistente com a Constituição. De acordo com Daniel Wang, “Estas decisões estabeleceram um conjunto de critérios compreensivos que apresentaram uma interpretação mais refinada e realista do direito à saúde que a jurisprudência anterior”<sup>36</sup>. O critério, enquanto sensível, não estabelece completamente como lidar com o direito à saúde por que eles, pelo menos não diretamente, enfrentam questões como a racionalidade que leva a uma população a receber o mínimo constitucional de investimento em saúde enquanto outra parcela recebe discricionariamente mais. No entanto, o estudo indica que as audiências públicas melhoraram a qualidade das decisões do Tribunal.

Novamente, alguns pontos analíticos, em nenhuma ordem em particular:

<sup>32</sup> Nota do tradutor: As audiências públicas são reguladas também no âmbito do regimento interno do STF. Neste documento, também encontra-se a hipótese de o Presidente do Supremo Tribunal Federal convocar a audiência pública.

<sup>33</sup> A informação deste parágrafo é de Hennig Leal, supracitada.

<sup>34</sup> Em um contexto puramente legislativo, nós descreveríamos os participantes como representantes de grupos de interesse organizados ou organizações não-governamentais. O ponto é que não se trata de “cidadãos ordinários”, o que parece consistente com a norma que estabelece a necessidade de “experiência” na matéria.

<sup>35</sup> Daniel W.L. Wang, “Courts and Health Care Rationing: The Case of the Brazilian Federal Supreme Court,” 8 Health Economics, Policy and Law 75 (2013).

<sup>36</sup> Idem, p. 82.

1. As audiências públicas são quase legislativas em seu caráter. O relator que convocou a primeira audiência pública dependeu do uso analógico de regras de procedimento para audiências públicas no legislativo<sup>37</sup>. Elas são quase legislativas tanto formalmente quanto materialmente. Os não-juízes que participam do processo apresentam todo o tipo de argumento sobre a questão constitucional que a corte enfrenta. Isto inclui análise de questões de políticas públicas e a relação de fatos, em alguns casos, contestáveis e interpretação constitucional. Uma analogia possível das audiências públicas do Supremo Tribunal Federal é com audiências realizadas por comitês parlamentares com responsabilidade de determinar constitucionalidade de determinada questão legislativa<sup>38</sup>. Nos Estados Unidos, audiências legislativas muito frequentemente seguem um roteiro, confirmando a intuição de Elster que “deliberações” públicas muitas vezes favorecem o fixar de posições em vez de deliberação real; pesquisa acerca da validade desta intuição no contexto brasileiro seriam valiosas. Note-se, porém, que até estas audiências são diferentes de debates em uma assembleia constituinte pública. Na assembleia constituinte, todos os participantes formam um corpo, e, depois da abertura da assembleia, eles rapidamente buscam posicionar-se e conhecer as posições dos demais membros. A natureza “em pessoa” dos debates pode então não superar o efeito de posições fixadas por um “roteiro”. Em contraste, as audiências legislativas e as audiências públicas brasileiras envolvem “jogadores frequentes” de um lado – os parlamentares ou os juízes – mas, tipicamente, “jogadores de uma partida só” no outro. É possível que as normas sociais lidando com conversas em pessoa vão induzir, de alguma forma, práticas genuínas de deliberação nas audiências legislativas e nas audiências públicas brasileiras.
2. O caráter quase legislativo pode ser compreendido como reflexo da compreensão kelseniana da interpretação constitucional. Entendo que Kelsen argumenta que a interpretação é um complexa mistura de direito e política. Esta compreensão leva em conta a estrutura de uma corte constitucional kelseniana em um país de tradição na *civil law*: aqueles que ocupam lugares na corte constitucional não poderiam ser exclusivamente retirados da carreira judicial, porque juízes de carreira, embora talvez talentosos no direito, não teriam a experiência adequada na política. A corte kelseniana é selecionada fora dos processos usuais da *civil law* de seleção de juízes para que alguns, ou talvez todos, os juízes da corte tenham alguma facilidade em misturar a análise legal à sensibilidade política. Isto também é o que acontece, no nível de argumentação, com as audiências públicas brasileiras: participantes vindos da sociedade civil trarão mais que apenas perspectivas sobre apenas a lei à discussão.

<sup>37</sup> Hennig Leal, *supracitada*, p. 9.

<sup>38</sup> A analogia é ainda mais próxima se a audiência pública do Supremo Tribunal Federal é feita em decorrência de uma ação de controle de constitucionalidade de lei proposta ou deflagrada a pedido de um ente político, como os partidos políticos.



3. Mais recentemente, estudiosos começaram a distinguir de forma razoavelmente contundente entre o constitucionalismo legal (ou melhor, “judicial”) e político. O constitucionalismo legal ou judicial aloca responsabilidade pela interpretação constitucional, de forma final ou primária, aos tribunais; legisladores ou membros do executivo podem, mas não precisam, levar em conta questões de constitucionalidade ao agir, mas suas considerações sobre a interpretação constitucionais podem sempre ser desbancadas por conclusões de juízes em contrário. O constitucionalismo político, por outro lado, dá aos legisladores e membros do executivo, um grande e honorável papel na interpretação constitucional, e, em alguns casos, a palavra final. As audiências públicas brasileiras podem ser compreendidas como constitucionalismo judicial e político. As audiências são feitas perante um tribunal, que tem a palavra final sobre a interpretação constitucional<sup>39</sup>. No entanto, as audiências públicas envolvem um grande número de organizações da sociedade civil oferecendo suas visões sobre a interpretação constitucional, o que pode ser entendido como relacionado à prática geral de constitucionalismo político. Adicionalmente, Ministros do Executivo tanto presenciam quanto participam nestas audiências públicas, tornando-as um loco onde judiciário e executivo recebem *input* do público nas questões constitucionais sendo examinadas.
4. Uma corrente recente da academia estadunidense examina a maneira com que movimentos sociais – uma subcategoria da sociedade civil – afeta o desenvolvimento do direito constitucional<sup>40</sup>. Um mecanismo pelo qual eles o fazem é direto: Uma vez que obtêm força social o suficiente, influenciam a composição dos tribunais. Políticos satisfazem os apoiadores de movimentos ao indicar à corte juízes simpáticos às visões constitucionais dos movimentos, e, uma vez no tribunal, juízes interpretam a constituição incorporando estas perspectivas. Em alguns casos, porém, parece que movimentos sociais influenciaram a interpretação constitucional *sem* ter influenciado a seleção de juízes. Nos Estados Unidos, os exemplos mais dramáticos são recentes: A Suprema Corte adotou interpretações constitucionais consistentes com as perspectivas de movimentos de direitos da mulher e direitos dos gays quando estes movimentos eram significativos, mas bem depois de que os juízes decidindo os casos tinham sido nomeados. O mecanismo pelo qual isto ocorre é obscuro. Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal são mecanismos formais pelos quais as perspectivas da sociedade *contemporânea* podem ser levados às deliberações do tribunal. Mônica Clarissa Hennig Leal descreve as audiências públicas como um mecanismo que avança a “abertura e democratização” do judiciário em um sistema constitucional que dá ao judiciário a palavra final sobre a constitucionalidade. O mecanismo, para ela, é

<sup>39</sup> Sujeito, é claro, à possibilidade de emenda constitucional. Não é irrelevante, sobre este aspecto, apontar que a Constituição brasileira provou-se relativamente fácil de ser emendada. Isto é, o comprometimento brasileiro com o constitucionalismo judicial pode ser bastante fraco em face da facilidade de emenda (uma prática de constitucionalismo político).

<sup>40</sup> Citações. [Nota de Tradução: Presente no original].

um caminho no qual a interpretação constitucional em si é democratizada. O caráter final das interpretações judiciais depende, em parte, da força das regras de emenda. A regra de emenda brasileira é relativamente leniente: Uma emenda entra em vigor ao ser aprovada por majorias de três quintos em ambas as casas do Congresso em dois turnos de votação. Colocando-se de outra maneira, a Constituição brasileira já é razoavelmente aberta e participativa. As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal podem refletir, mas também incrementar, esta característica.

## CONCLUSÃO

Por serem os desenvolvimentos aqui analisados relativamente recentes, não podemos retirar conclusões confiantes em como o uso de fontes populares e audiências públicas ou outros mecanismos similares funcionariam se adotados em larga escala. Inovações de sucesso na tecnologia constitucional são raras, e estes caminhos podem levar a becos sem saída. No entanto, ambos são claramente parte de uma tradição constitucionalista que faz do consentimento público uma importante parte do fundamento constitucional. Os examinar não só nos dá alguma perspectiva sobre os processos de criação do direito constitucional, em um aspecto geral, como também sugere a possibilidade de inovações institucionais para aprofundar o fundamento normativo da constituição.

## TUSHNET, MARK, NEW INSTITUTIONAL MECHANISMS FOR MAKING CONSTITUTIONAL LAW

### Abstract

Traditionally, two general methods have been used to make constitutional law. The first involves creating a constitutional text, and has been done by constituent assemblies convened especially for that purpose or by legislatures either proposing replacement constitutions or more limited constitutional amendments. The second involves interpreting existing constitutional texts, and has been done by specialized constitutional courts or generalist courts. After describing briefly what we know about how constitutional law is made by these traditional methods, this essay turns to some recent innovations in making constitutional law, which I describe generically as involving substantially higher levels of public participation than in the traditional methods: the process of drafting a proposed new constitution for Iceland, and the practice of "public hearings" in the Brazilian Supreme Federal Court. My aim is to identify some features of these newer methods that might be of interest to scholars of comparative constitutional law. For that reason, the essay paints in deliberately broad strokes, isolating features that may point in the direction of a more general understanding of constitution-making processes while ignoring features that may play crucial roles in the two specific processes on which I focus.

**Keywords:** new methods - constitutional law

## REFERÊNCIAS

SHARPE, Robert J.; Roach, Kent; **Brian Dickson**: A Judge's Journey (Toronto, University of Toronto Press, 2003).

ELSTER, Jon; **Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process**, Duke Law Journal 45 (1995).

SILVA, Virgílio Alfonso da; **Deciding Without Deliberating**, International Journal of Constitutional Law 11 (July 2013).

WARREN, Mark; Mansbridge, Jane; **Deliberative Negotiation**, p. 108, disponível em <http://www.apsanet.org/content.asp?contentid=546>.

MEUWESE, Anne; **Popular Constitution-Making**: The Case of Iceland, in Denis J. Galligan & Mila Versteeg eds., Social and Political Foundations of Constitutions (New York Cambridge University Press 2013).

GYLFASON, Thorvaldur; **Constitution on Ice**, CESifo Working Paper No. 5056 (Nov. 2014), available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2529896](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2529896).

GALANTER, Marc; **Why the Haves Come Out Ahead**, Law & Society Review 9 (Aug. 1974): 95-160.

THORARENSEN, Björg; **Why the making of a crowd-sourced Constitution in Iceland failed**, 26 Feb. 2014, disponível em <http://www.constitutionnet.org/news/why-making-crowd-sourced-constitution-iceland-failed>.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; **Public Hearings in the Ambit of the Federal Supreme Court**: A New Form of Participation in Public Affairs?, p. 9, disponível em <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws16/w16-leal.pdf>.

WANG, Daniel W.L.; **Courts and Health Care Rationing**: The Case of the Brazilian Federal Supreme Court, 8 Health Economics, Policy and Law 75 (2013).

*Trabalho enviado em 19 de junho de 2015.*

*Aceito em 19 de junho de 2015.*