



Universidade do Estado do Rio De Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade De Direito

Alonso Reis Siqueira Freire

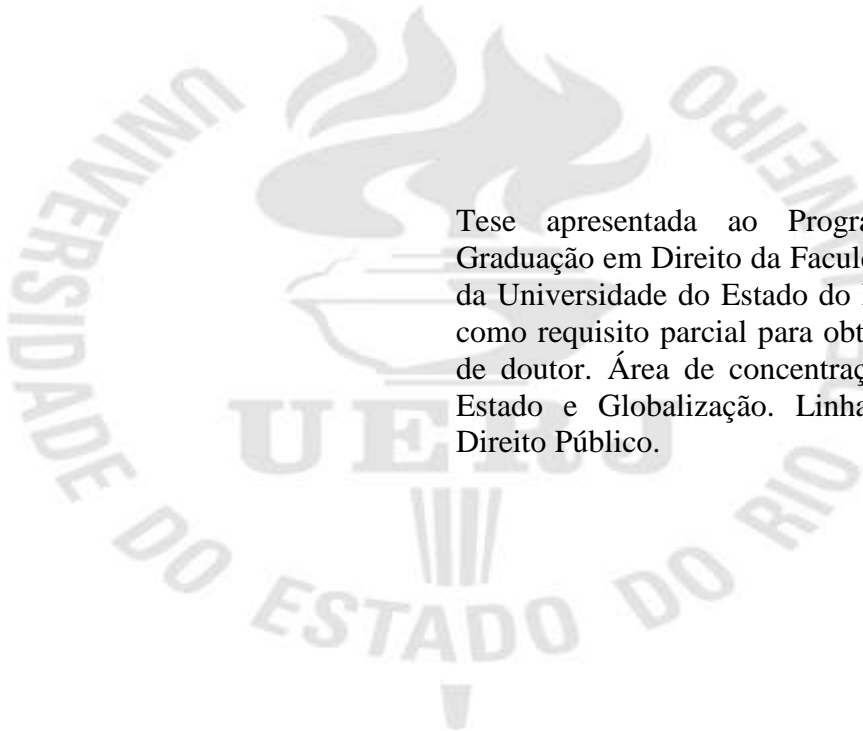
**O processo constituinte inclusivo: fundamentos teóricos, evidências
empíricas e dinâmicas governantes**

Rio de Janeiro

2018

Alonso Reis Siqueira Freire

O processo constituinte inclusivo: fundamentos teóricos, evidências empíricas e dinâmicas governantes



Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de doutor. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Jane Reis Gonçalves Pereira

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

F866

Freire, Alonso Reis Siqueira

O processo constituinte inclusivo: fundamentos teóricos, evidências empíricas e dinâmicas governantes / Alonso Reis Siqueira Freire. - 2018. 283f.

Orientador: Prof. Dr. Jane Reis Gonçalves Pereira.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Constituições - Teses. 2.Direito constitucional – Teses. 3.Assembleias Constituintes – Teses. I.Pereira, Jane Reis Gonçalves. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342(81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Alonso Reis Siqueira Freire

**O processo constituinte inclusivo: fundamentos teóricos, evidências empíricas e
dinâmicas governantes**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de doutor. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 02 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira (Orientador)
Faculdade Direito – UERJ

Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento
Faculdade Direito – UERJ

Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha
Faculdade Direito – UERJ

Prof. Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto
Universidade Federal Fluminense

Prof. Dr. Emílio Peluso Neder Meyer
Universidade Federal de Minas Gerais

Rio de Janeiro

2018

Para todos aqueles que desejam ser os alfaiates de suas próprias vestimentas constitucionais.

Para “Olguinha”, minha mãe.

AGRADECIMENTOS

A elaboração desse trabalho contou com o apoio e incentivos diretos e indiretos de várias pessoas. Devo, porém, um agradecimento especial à minha orientadora, Professora Jane Reis, pela orientação, presença, disposição, interlocução, sugestões, conselhos, confiança e amizade ao longo desses anos.

Agradeço à minha família, em especial, à minha mãe e ao meu irmão Alexandre. O apoio de minha esposa, Carolina Fecury, foi, como sempre, incondicional e muito importante.

Também sou muito grato aos meus professores da UERJ – novamente, Jane Reis, Rodrigo Brandão, Daniel Sarmiento, Patrícia Baptista, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, pela formação que me deram no Doutorado e pelo orgulho que me causam. Registro também minha gratidão ao Professor Gustavo Binbenbajm pela valiosa experiência na Yale Law School. Sou grato igualmente aos colegas de Doutorado e Mestrado pelas discussões e pelo aprendizado.

Ao longo da pesquisa e redação deste trabalho, contei com a privilegiada interlocução dos amigos Estêvão Gomes, Gabriel Soares Cruz, Hugo Sauaia e Patrícia Perrone.

Na academia, muitos me incentivaram, ainda que sem perceberem, mas Emílio Peluso foi especial ao longo desses quase quinze anos de amizade.

Durante os últimos anos, tive a felicidade de conviver e trabalhar com vários colegas extremamente competentes que, de forma direta ou indireta, contribuíram para a elaboração deste trabalho, em especial, Patrícia Perrone, Paulo César Vilella, Estevão Gomes, Marcus Vinícius, Cristina Telles, André Araújo, Nina Pencak, Luísa Lacerda, Marcelo Cavali, Aline Osório, Luís Felipe Sampaio, Renata Saraiva, Rafael Pepe, Frederico Montedonio, Carina Lellis e Ciro Grynberg. Agradeço também a João Victor Prasser.

Sou especialmente grato pela oportunidade que me foi dada pelo Professor e Ministro Luís Roberto Barroso. A experiência no Supremo Tribunal Federal tem sido fundamental para a minha formação profissional e para o meu modo de ver a vida.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à valiosa e cordial ajuda do amigo Renan Medeiros na organização formal deste trabalho.

“Good constitutions are not one-size-fits-all. Like fine jackets, they should be custom-tailored to [and by] their people.”

Hélène Landemore

RESUMO

FREIRE, Alonso Reis Siqueira. *O processo constituinte inclusivo: fundamentos teóricos, evidências empíricas e dinâmicas governantes*. 2018. f. 283 Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Trata da importância de um processo constituinte inclusivo na elaboração de uma constituição nacional. Destaca o perfil das constituições atuais, por meio de estudos empíricos feitos por juristas, cientistas políticos e economistas. Oferece fundamentos teóricos que justificam a necessidade de um processo constituinte não apenas participativo, mas inclusivo. Expõe possíveis benefícios e perigos decorrentes de um processo amplamente participativo. Considera a importância de “arranjos pré-constituintes” para a realização de um processo constituinte, bem como suas consequências para a inclusão nesse processo. Faz recomendações sobre como deveriam ser os arranjos políticos voltados a um processo constituinte e quais seriam os melhores sequenciamentos para a inclusão. Defende que o processo constituinte deve ser visto como um empreendimento com cinco fases distintas: arranjos pré-constituintes, preparação, convenção, debate e aprovação. Discute as principais questões envolvidas em cada uma dessas fases. Faz recomendações sobre quais seriam as melhores práticas e escolhas possíveis nessas fases para um processo constituinte ser mais inclusivo. Analisa três processos constituintes considerados pela literatura como amplamente participativos. São oferecidas evidências empíricas quantitativas e qualitativas, bem como fundamentos teóricos e experiências constituintes recentes. Observou-se a impossibilidade de se prescrever em detalhes um desenho de processo constituinte único, tendo em vista a importância dos contextos nos quais eles tomam lugar. Conclui ser possível, no entanto, identificar e discutir uma série de questões comuns que podem ser consideradas como fundamentais ou necessárias ao longo do processo constituinte que se queira inclusivo.

Palavras-chaves: Constituições Nacionais. Processos Constituintes. Participação e Inclusão Públicas.

ABSTRACT

FREIRE, Alonso Reis Siqueira. *The inclusive constitution-making: theoretical foundations, empirical evidences and governing dynamics*. p. 283 Thesis (Doctorate in Public Law) – Law Scholl, Rio de Janeiro State University, Rio de Janeiro, 2018.

It addresses the importance of an inclusive constitution making in drafting a national constitution. It highlights the profile of current constitutions, through empirical studies by lawyers, political scientists and economists. It offers theoretical foundations that justify the need for a constitution making that is not only participative but inclusive as well. It exposes possible benefits and dangers arising from a widely participatory constitution making. It considers the importance of 'pre-constituent arrangements' for the implementation of a constituent process, as well as its consequences for inclusion in that process. It makes recommendations on what should be the political arrangements for a constitution making and what would be the best sequencing for inclusion. It argues that the constituent process must be seen as an enterprise with five distinct stages: pre-constituent arrangements, preparation, convening, debate and approval. Discusses the key issues involved in each of these stages. It makes recommendations on what would be the best practices and choices possible at these stages for a constitution making process to be more inclusive. It analyzes three constituent processes considered by the literature as widely participatory. Quantitative and qualitative empirical evidence as well as theoretical foundations and recent constituent experiences are offered. It was noted that it is impossible to prescribe in detail a single design for constitution making process, given the importance of the contexts in which it takes place. It concludes that it is possible, however, to identify and discuss a number of common issues that can be considered as fundamental or necessary throughout the constitution making that is inclusive.

Keywords: National Constitutions. Constitution Making. Public Participation and Inclusion.

Nota Prévia

As citações em línguas estrangeiras feitas ao longo deste trabalho foram todas traduzidas livremente por seu autor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O PROCESSO CONSTITUINTE E A CONSTITUIÇÃO	29
1.1 Introdução	29
1.2 O Processo Constituinte e o Conteúdo das Constituições	29
1.2.1 <u>A Orfandade Constitucional</u>	29
1.2.2 <u>O Progressivo Processo de Isomorfismo Constitucional</u>	35
1.2.3 <u>Possíveis Fatores de Difusão de Padrões Constitucionais</u>	41
1.2.4 <u>O Constitucionalismo Enganoso</u>	48
1.2.5 <u>O Constitucionalismo Impopular</u>	57
1.2.6 <u>A Prolixidade Constitucional</u>	64
1.3 O Processo Constituinte e a Longevidade Constitucional	69
1.4 O Processo Constituinte Como Empreendimento Realista-Estratégico	73
1.5 O Risco de Captura do Processo Constituinte	79
2 O PROCESSO CONSTITUINTE INCLUSIVO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS	81
2.1 Introdução	81
2.2 O Direito Internacional e o Processo Constituinte Participativo	81
2.3 A Ordem Transnacional Legal e o Processo Constituinte Participativo	88
2.4 Democracia Deliberativa e o Processo Constituinte Participativo: o Argumento teórico	93
2.4.1 <u>As Contribuições da Teoria da Democracia Participativa</u>	93
2.4.2 <u>A Democracia Deliberativa</u>	98
2.5 Significado e Importância de um Processo Constituinte Inclusivo: Argumentos Teóricos e Evidências Empíricas	102
2.5.1 <u>A Exclusão Sutil de Processos de Deliberação</u>	102
2.5.2 <u>Inclusões Externa e Interna nos Processos Democráticos</u>	106
2.5.3 <u>Exemplos de Processos Constituintes Inclusivo e Não Inclusivo</u>	108

2.6 Possíveis Benefícios de um Processo Constituinte Amplamente Participativo.....	114
2.6.1 <u>Legitimidade</u>	114
2.6.2 <u>Sentimento de Propriedade</u>	115
2.6.3 <u>Cultura de Constitucionalismo</u>	116
2.6.4 <u>Reconciliação</u>	117
2.6.5 <u>Educação Cívica</u>	117
2.6.6 <u>Fortalecimento de Instituições Democráticas</u>	118
2.6.7 <u>Aumento dos Níveis Democráticos</u>	119
2.6.8 <u>Aprimoramento da Constituição</u>	120
2.7 Possíveis Desvantagens e Perigos de um Processo Constituinte Amplamente Participativo.....	122
2.8 A Necessidade de Inclusão de Elites.....	124
2.9 A Necessidade de <i>Expertise</i>	127
3 ARRANJOS PRÉ-CONSTITUINTES.....	130
3.1 <u>Introdução</u>	130
3.2 <u>Da Era das Transições à Era da Desilusão</u>	131
3.3 <u>A Emergência da Fé nos Processos Constituintes e a Ideia de <i>Political Settlements</i></u>	135
3.4 <u>Arranjos Políticos Provisórios</u>	140
3.4.1 <u>Acordos de Paz Relacionados a Processos Constituintes</u>	143
3.4.2 <u>Acordos Políticos Provisórios ou de Transição</u>	150
3.5 <u>Constituições Interinas</u>	155
3.5.1 <u>A Experiência Alemã</u>	163
3.5.2 <u>A Experiência Sul-africana</u>	166
3.5.3 <u>Outras Experiências Estrangeiras</u>	170
3.6 <u>Sequenciamentos Constituintes</u>	173
3.6.1 <u>Acordos de Paz e Constituição Definitiva</u>	174
3.6.2 <u>Acordos de Paz, Acordos Políticos de Transição e Constituição Definitiva</u>	176
3.6.3 <u>Constituição Interina e Constituição Definitiva</u>	178
3.6.4 <u>Acordos Provisórios, Constituição Interina e Constituição Definitiva</u>	179
4 AS DINÂMICAS GOVERNANTES DO PROCESSO CONSTITUINTE	

INCLUSIVO	181
4.1 Introdução	181
4.2 Fases do Processo Constituinte: Convenção, Debate e Aprovação	182
4.3 A Inclusão Pública na Preparação	184
4.3.1 <u>A Educação Cívica</u>	185
4.3.1.1 <i>Objetivos e responsáveis</i>	185
4.3.1.2 <i>Métodos Disponíveis</i>	187
4.3.1.3 <i>Monitoramento e Pesquisas</i>	191
4.4.1 <u>Consultas Públicas</u>	193
4.4.1.1 <i>Quando devem ocorrer</i>	193
4.4.1.2 <i>Métodos disponíveis</i>	194
4.4.1.3 <i>Consultas Públicas sobre o Processo</i>	198
4.4.1.4 <i>Consultas Públicas sobre o Conteúdo da Constituição</i>	200
4.4.1.5 <i>A Importância do Processamento das Contribuições Públicas</i>	203
4.5 A Inclusão Pública na Convenção	204
4.5.1 <u>Convocação de Comissões Constitucionais</u>	205
4.5.2 <u>A Definição do Órgão Constituinte</u>	208
4.5.2.1 <i>Principais Atores Constituintes</i>	208
4.5.2.2 <i>Assembleias Constituintes ou Legislaturas Constituintes</i>	210
4.6 Princípios Constituintes Orientadores do Processo	223
4.7 A Inclusão Pública no Debate	227
4.7.1 <u>Contribuições públicas</u>	228
4.7.2 <u>O Fator Tempo</u>	229
4.7.3 <u>Como Decidir Questões Contenciosas</u>	231
4.7.4 <u>O Imperativo da Transparência</u>	236
4.8 A Inclusão Pública na Aprovação	238
5 ANALISANDO PROCESSOS CONSTITUINTES PARTICIPATIVOS	242
5.1 Introdução	242
5.2 A Experiência Constituinte <i>Crowdsourcing</i> da Islândia	243
5.2.1 <u>Contexto</u>	243
5.2.2 <u>O Processo Constituinte</u>	245

5.2.3 <u>A Constituição não Resultante</u>	253
5.3 A Longa Experiência do Quênia	254
5.3.1 <u>Contexto</u>	254
5.3.2 <u>O Processo Constituinte</u>	256
5.3.3 <u>A Constituição Resultante</u>	266
5.4 A Experiência da Transição Pacífica Brasileira	270
5.4.1 <u>Contexto</u>	270
5.4.2 <u>O Processo Constituinte</u>	272
5.4.3 <u>A Constituição Resultante</u>	279
CONCLUSÕES	283
REFERÊNCIAS	286

INTRODUÇÃO

Quando o projeto da atual Constituição brasileira foi finalizado, em dezembro de 1987, Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Constituinte, procurou o então Presidente da República, José Sarney, e disse-lhe: “Sarney, olhe, passaram 12 milhões de pessoas aqui durante a Constituinte. Isso mostra a participação”. Sarney, então, respondeu-lhe: “Ulysses, você está me preocupando mais ainda com a Constituição. Porque a única que sobreviveu até nós, até hoje, é a Constituição americana, que foi feita por 32 pessoas”. “Achei logo que a Constituição era péssima. Mal redigida, não tinha uma estrutura, não tinha uma unidade”, acrescentou Sarney em entrevista recente. No dia seguinte, o Presidente da República foi à imprensa e disse: “A Constituição tornará o país ingovernável”.¹ Aquele projeto, discutido e aprovado em 1988, tornou-se a Constituição Federal, promulgada com 245 artigos e mais 70 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Com uma revisão realizada em 1993 e quase cem emendas ao longo de quase trinta anos, a Constituição brasileira é hoje considerada uma das mais longevas do mundo. Dada nossa história constitucional anterior a 1988, era compreensível a satisfação de Ulysses Guimarães com uma ampla participação pública no processo de elaboração da constituição. Ele queria que a nova Constituição refletisse os valores e anseios da sociedade brasileira. Mas a preocupação de José Sarney, embora soasse elitista, também era pertinente e revela-se atual, como veremos. De certo do ponto de vista, este trabalho é uma tentativa de analisar essas falas desses dois importantes personagens da história recente do Brasil.

Hoje, vivemos em uma verdadeira era de processos constituintes. De cerca de 200 constituições nacionais existentes na atualidade, mais da metade foram escritas ou reescritas nas últimas seis décadas. De fato, os últimos 60 anos representam um período de processos constituintes sem precedentes na história do constitucionalismo. Ainda no rescaldo da Segunda Guerra, surgiram muitas constituições e várias dezenas foram profundamente reformadas. Uma segunda onda constituinte surgiu em seguida com a descolonização da África, Ásia e Oriente Médio. O colapso do comunismo na Europa Central e Oriental, a partir de 1989, deu origem, em seguida, a pelo menos duas dezenas de constituições e a constituintes incrementais, como na Hungria, onde uma profunda reforma foi realizada como condição para a sua transição. Na América do Sul, a segunda onda constituinte desse período tem talvez o Brasil como grande representante, sendo seguido, anos depois, por muitos outros

¹ CARVALHO, Luiz M. 1988: Segredos da Constituinte. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 49.

países. Na década de 1990, uma nova onda tomou forma, com a África do Sul abrindo caminho para uma série de constituintes e processos de revisão constitucional no sul e no centro da África, seguida por várias nações da Ásia. Assim, somente de 1990 a 2000, 17 Estados africanos, mais de 14 Estados latino-americanos e quase todos os Estados pós-comunistas na Europa Central e na antiga União Soviética alteraram drasticamente suas constituições ou aprovaram novas. No início da década passada, uma nova onda começou a se formar, com algumas constituições surgindo em Estados ocupados, como Iraque e Afeganistão. Mais recentemente, novas constituições foram e estão sendo escritas na esteira dos conflitos que emergiram no norte da África e após os levantes populares da Primavera Árabe. Somente em 2015, 19 países do mundo estiveram envolvidos em processos constituintes e, nos últimos trinta anos, mais da metade das mais de duzentas constituições nacionais do mundo foram escritas ou rescritas. Como afirma Andrew Arato, nas últimas décadas, “o processo constituinte tornou-se um projeto não só de movimentos políticos radicais, mas de liberais e conservadores também”.²

Este aumento considerável da atividade constituinte, especialmente após a Guerra Fria, provocou o início de um intenso debate acadêmico e político sobre o processo de elaboração de novas constituições, especialmente em contextos de conflitos. Durante quase toda a história do constitucionalismo, o processo constituinte foi visto como um mero elemento da política e um procedimento dirigido por elites políticas e intelectuais. Na maior parte dessa história, deu-se mais importância aos conteúdos das constituições do que aos seus processos de elaboração. Assim, a ideia de participação pública não parecia importante e, como resultado, o processo constituinte seguia limitado às mãos de detentores de poder. Mas isso está em pleno processo de mudança. Até a década de 1980, a participação pública era, em geral, limitada à representação em um órgão constituinte, como uma assembleia, um parlamento ordinário com delegação constituinte, uma convenção constitucional ou à ratificação do texto constitucional em um referendo, com alguns poucos casos de consulta ou sugestão pública durante seu andamento. Após a Guerra Fria, em uma mudança significativa na história, um número crescente de constituições foi elaborado com intensa ou moderada participação pública, especialmente em países que se recuperaram de guerra e conflitos, que se desfizeram de governos autoritários e que sofreram uma grave crise institucional. O constitucionalismo do século XXI, portanto, parece estar redefinindo a longa tradição do

² ARATO, Andrew. *The Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?* Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. vii.

processo constituinte dos especialistas e políticos e trazendo-a para o campo da participação democrática.

Hoje, é evidente a existência de uma ampla discussão sobre o processo constituinte em geral e sobre o processo constituinte participativo, em particular. De modo geral, tem havido uma forte tendência para procedimentos participativos no processo de elaboração das constituições. Mas sempre houve uma considerável desconfiança no envolvimento direto do povo na elaboração da constituição e dúvidas sobre sua capacidade de compreender questões complexas sobre os propósitos, formas e estrutura do poder do Estado. Algumas das constituições mais bem-sucedidas e admiradas e que gozam de legitimidade considerável desde meados do século passado, como as da Alemanha, Japão, Índia e Espanha, não foram feitas com participação pública e, com a exceção parcial da Índia, como se verá, o processo foi projetado para limitar sua transparência. Em épocas mais recentes, as transições para a democracia e economias de livre mercado no Leste da Europa foram feitas com sucesso por meio de uma série de mesas redondas entre elites políticas. Por outro lado, existem exemplos de processos participativos que produziram constituições que nunca foram implementadas ou que foram rapidamente modificadas ou frustradas em aspectos-chave. A Constituição da Tailândia, feita após talvez o processo mais participativo na Ásia, teve pouco impacto no sistema político. A Constituição da África do Sul, geralmente mencionada como o resultado de um processo constituinte bastante popular, como será visto, é considerada uma das constituições mais enganosas da atualidade. A própria Constituição brasileira é frequentemente citada como um caso notável de engajamento popular, mas que resultou num texto insincero, longo, complexo e contraditório. Em certa medida, essas experiências levantam questões importantes sobre os efeitos de uma ampla participação popular sobre a *constituição*.

Na literatura, há quase um consenso sobre a importância da participação pública para a *cidadania*.³ Acredita-se que a participação pública seria capaz de educar as pessoas sobre valores democráticos, gerando maior consciência sobre a cidadania, já que ela ofereceria aos grupos anteriormente excluídos a oportunidade de ter suas vozes e valores considerados na elaboração da mais importante norma do país. O ato de participação também serviria para educar os cidadãos em questões de importância pública, acelerando a aquisição de informações políticas e capacitando os cidadãos para avaliar seu governo de forma mais crítica. O argumento sugere que a participação promoveria valores democráticos nos cidadãos

³ Cf., especialmente, MOEHLER, Devra C. *Distrusting Democrats Outcomes of Participatory Constitution-Making*. Aldershot: University Michigan Press, 2008.

e os educaria para a participação em processos democráticos e para uma melhor compreensão do conteúdo da constituição. Em terceiro lugar, acredita-se que um processo participativo provocaria um necessário sentimento de confiança e de poder de influência na população, especialmente em sociedades que vivenciaram conflitos e passaram por regimes autoritários. Em quarto lugar, ressalta-se que a participação pública no processo constituinte seria uma oportunidade valiosa para conciliar adversários políticos e militares, gerando, assim, a estabilidade e a paz necessárias.

Também se alega um suposto efeito benéfico sobre a *democracia* gerado pela participação pública no processo constituinte.⁴ Para boa parte dos defensores do processo constituinte participativo, existe a crença de que a participação pública conduz a níveis mais altos de democracia após a finalização do processo. Supõe-se que essa participação tem um efeito positivo sobre os procedimentos democráticos, a inclusão e promoção da governança democrática. De modo geral, haveria uma relação direta entre participação pública no processo constituinte e geração de uma comunidade mais democrática.⁵ Entretanto, não há evidências empíricas que confirmem que um processo constituinte participativo eleve os níveis de democracia após a promulgação da constituição. Na verdade, há quem sustente com dados robustos que essa crença é um mito, sugerindo que ela causa a redução e não a elevação de índices democráticos.⁶ Portanto, a influência ou não da participação pública no aprimoramento da democracia continua em disputa.

Como se percebe, é possível analisar a relação entre processo constituinte e participação pública considerando seus efeitos sobre a *cidadania*, a *democracia* (ou mesmo sobre a *economia*, como se perceberá) e sobre própria a *constituição*. A amplitude dos possíveis efeitos da participação popular no processo constituinte é, portanto, grande. Embora não seja impossível realizar um estudo abrangendo os efeitos dessa relação sobre todas essas questões, este trabalho se limita a analisar seus efeitos sobre a constituição, e isso por três principais razões. Em primeiro lugar, uma análise dos efeitos dessa relação sobre a cidadania, democracia ou economia exigiria conhecimento e habilidades técnicas próprias de outras

⁴ Cf. EISENSTADT, Todd; LEVAN, A. Carl; MABOUDI, Tofigh. When Talk Trumps Text: The Democratizing Effects of Deliberation during Constitution-Making, 1974-2011. *American Political Science Review*, v. 109, n. 3, p. 592-612, ago. 2015.

⁵ Cf. o recente EISENSTADT, Todd; LEVAN, A. Carl; MABOUDI, Tofigh. *Constituents before Assembly: Participation, Deliberation, and Representation in the Crafting of New Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017; CAREY, John M. Does It Matter How a Constitution Is Created? In: BARANY, Zoltan; MOSER, Robert G. *Is Democracy Exportable?* Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 155 e ss.

⁶ Cf. SAATI, Abrak. *The Participation Myth: Outcomes of Participatory Constitution Building Process on Democracy*. Ann Arbor: University Michigan Press, 2015.

ciências. Em segundo lugar, ainda que esse não fosse um obstáculo, já há muitos cientistas sociais, cientistas políticos e economistas engajados em estudos avançados a respeito. Por fim, além de faltar expertise para uma análise mais ampla, ela encerraria o risco de um afastamento demasiado do Direito. Isso não significa que o direito constitucional não deva conversar com essas outras áreas. Na verdade, é recomendável que assim se proceda - e isso, como se verá, é feito ao longo desse trabalho. Outras razões que justificam a delimitação aos efeitos sobre a constituição serão expostas em maiores detalhes no Capítulo I.

Especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, o conteúdo das constituições passou a ser visto como um aspecto especialmente importante, tanto no que diz respeito às garantias de direitos como no que tange à organização do Estado. Essa preocupação, refletida na emergência de estudos sobre engenharia constitucional nas décadas de 1960 e 1970, provocou uma onda de discussão sobre quais seriam os melhores desenhos constitucionais e, notadamente, sobre quais direitos as constituições deveriam conter. Talvez por isso, pesquisas recentes têm identificado que, ao longo das últimas décadas, as constituições têm se tornado cada vez mais semelhantes em forma e conteúdo. Embora não seja possível afirmar a existência de uma completa convergência global sobre o conteúdo das constituições, tais documentos estão se tornando cada vez mais “transnacionais”, com direitos comuns, chamados por alguns de “direitos genéricos”. Hoje, “qualquer República da banana possui uma declaração de direitos”, afirmava Antonin Scalia, juiz da Suprema Corte norte-americana. Apesar do caráter jocoso dessa afirmação, ela é bastante verdadeira. Todavia, o festejado caráter transnacional das constituições tem escondido aspectos que precisam ser considerados.

Durante muito tempo, a Constituição norte-americana serviu de modelo para constituintes ao redor do mundo. Mas houve um processo gradual de afastamento dos desenhos constitucionais atuais em relação ao americano, tanto no que diz respeito aos direitos fundamentais quanto no que tange às normas de organização do Estado. Hoje, não é possível identificar um modelo substituto. Ou seja, nenhuma constituição tem sido mais utilizada como modelo em processos constituintes. Mas a alienação da identidade constitucional, que ocorria antes por meio de um processo de imitação do documento constitucional norte-americano, continua hoje por meio de um progressivo processo de isomorfismo constitucional transnacional. Como muitos dizem, as constituições contemporâneas são agora documentos intrinsecamente transnacionais, cujo conteúdo é moldado, em grande parte, por vários processos de influência transnacional.

Embora as constituições mais recentes tenham e estejam surgindo em momentos e lugares os mais distintos possíveis, e sem um modelo específico a ser seguido, do ponto de vista ideológico, esses documentos, na atualidade – mesmo aqueles surgidos antes da Segunda Guerra Mundial – podem ser colocados em apenas dois grupos, embora bastantes distintos, compostos por constituições que podem ser chamadas de libertárias e estatistas. Por um lado, as constituições se polarizaram nesses dois grupos, e aquelas que se encaixam em cada um deles se assemelham cada vez mais ao longo do tempo. Mas, por outro, é possível afirmar que o constitucionalismo global tem um forte e crescente componente genérico, mesmo entre as constituições polarizadas. É que a grande maioria das constituições dentro de cada um desses grupos convergiu ao longo do tempo para um núcleo genérico de disposições relacionadas com os direitos fundamentais que estão se tornando, dia após dia, mais populares no constitucionalismo global. Essa semelhança em direitos não se limita às constituições vigentes em países democráticos. Pelo menos em seu conteúdo, constituições democráticas e autoritárias não são tão diferentes. Isso coloca em dúvida a ideia de que constituições são declarações únicas de identidade e valores nacionais e de que elas representam a auto-compreensão de uma determinada nação. Por exemplo, estudiosos têm dito que, embora o processo de elaboração da Constituição sul-africana tenha sido elogiado por seu amplo e inclusivo processo de redação, o conteúdo da constituição foi excessivamente moldado por normas internacionais, afastando-se de identidades e valores locais.

É possível identificar na literatura vários fatores que possivelmente têm tornado as constituições “transnacionais”. A princípio, não há risco para a efetividade da constituição se a imitação constitucional reflete um aprendizado genuíno, ou seja, se os constituintes avaliam cuidadosamente a norma estrangeira ou internacional e decidem se isso pode oferecer uma solução para os problemas nacionais. Mas, como se demonstrará, elementos transnacionais nas constituições também podem ser incorporados por meio de uma imitação impensada de normas aparentemente modernas e legítimas, ou mesmo por meio de uma imposição constitucional sobre destinatários não dispostos. Contudo, para os constituintes, a adesão às normas transnacionais gera muitos benefícios com poucos custos de atendimento. Conscientes de que as disposições em matéria de direitos podem restringir o governo menos na prática do que no papel, constituintes parecem aderir facilmente a modelos internacionais, tomam conselhos de atores estrangeiros na elaboração dessas disposições de direitos, ou ambas as coisas. Portanto, estudos apontam grande possibilidade de estas normas transnacionais estarem sendo adotadas de forma não suficientemente voluntária ou refletida. Em outras palavras, é possível que a adoção de normas globais esteja ocorrendo por alguns fatores não

absolutamente democráticos. Isso pode acarretar várias disfunções. Entre elas, o fato de que constituições escritas para uma audiência internacional, ou que são simplesmente ditadas por poderosos atores externos, podem ser menos prováveis de serem efetivas na prática. Essa é, inclusive, uma das possíveis causas de um constitucionalismo enganoso, cujas promessas não são entregues na prática.

Como lembram David S. Law e Mila Versteeg, “às vezes, as constituições mentem”.⁷ Apesar do caráter transnacional de suas constituições, cidadãos norte-coreanos podem ficar surpresos ao descobrirem que a constituição nacional reconhece a eles direitos às liberdades de expressão e associação, assim como cidadãos nigerianos podem ficar confusos ao saberem que o texto constitucional reconhece a eles direitos à saúde e à educação, embora o país figure nas últimas posições nos índices de desenvolvimento. Como é de se esperar, o entusiasmo transnacional no sentido da inclusão de mais direitos transnacionais no papel nem sempre é igualado pelo aumento do compromisso com os direitos na realidade. Há vários estudos empíricos que demonstram um abismo entre as disposições de direitos constitucionais e o verdadeiro respeito por esses direitos. A suposição de que as constituições podem vir a ser apenas “obstáculos de pergaminhos”, é bastante antiga. Hoje, no entanto, há dados que parecem confirmá-la. E esse não é um mal das constituições de países pobres ou pouco democráticos. Mesmo em países ricos e com elevados níveis democráticos é possível se verificar a existência de um amplo espaço entre a constituição e a realidade.

Contudo, as constituições parecem não apenas cada vez mais enganosas, mas também impopulares. Embora as constituições sejam, por natureza, contramajoritárias, sendo uma de suas principais funções a proteção de minorias contra a regra da maioria, seu conteúdo deve dizer algo significativo sobre os propósitos, metas, dramas e desafios da nação e também corresponder à vontade do titular do poder constituinte. A ideia de que uma nação precisa ter metas e desafios constitucionais pressupõe que estes estejam refletidos em suas escolhas constitucionais substanciais, o que implica também que as constituições devem proteger valores locais, tomados aqui em um amplo sentido. No entanto, estudos demonstram que existe apenas uma relação fraca entre escolhas constitucionais e valores populares. Eles revelam que as escolhas constitucionais geralmente são divorciadas de pontos de vista e valores populares. Para alguns direitos constitucionais sequer existe essa relação. Curiosamente, em alguns países cujas pessoas valorizam profundamente um direito, elas não conseguem adotá-lo na constituição. Por outro lado, em países cujas pessoas não valorizam o

⁷ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. Sham Constitutions. *California Law Review*, v. 101, n. 4, p. 865, 2013.

mesmo direito, a constituição o prevê. Em relação a outros direitos, os valores que representam são quase universalmente aprovados em todos os países, mas apenas alguns realmente consagram esses direitos nas suas constituições. De fato, muitas constituições simplesmente não refletem as visões de mundo predominante em suas respectivas comunidades políticas, apesar de elas estarem ficando, a cada dia, maiores e mais detalhadas.

Portanto, outra característica das constituições atuais é sua prolixidade. Embora, em relação ao tamanho, as constituições do mundo difiram significativamente, tanto constituições estatistas como constituições libertárias estão cada vez mais extensas, tanto em abrangência quanto em detalhe. Além disso, constituições mais recentes tendem a ser mais longas e a cobrir mais assuntos. Ao longo dos últimos anos, a economia constitucional positiva, ou seja, o campo do conhecimento interessado não só em analisar os efeitos econômicos das constituições, mas também na identificação dos fatores que levam a diferentes traços constitucionais, tem feito progressos importantes.⁸ Estudos realizados nesta área revelam que o tamanho das constituições parece se relacionar com os níveis de confiança social. Baixos níveis de confiança social estariam relacionados a constituições longas e detalhadas. Constituições mais longas também estariam associadas a um menor PIB per capita e a níveis mais altos de corrupção. Mas, além de alienadas, enganosas, impopulares e excessivamente longas, as constituições atuais não têm durado muito.

Estudiosos descobriram que as constituições nacionais duram em média apenas 19 anos, sendo que a maioria das que ultrapassam essa idade dificilmente se torna cinquentenária.⁹ De acordo com as estimativas desses pesquisadores, a cada ano, até cinco constituições serão substituídas, quinze constituições serão alteradas e outras vinte emendas serão apreciadas por parlamentos ao redor do mundo. Conforme as mesmas pesquisas, autores sugerem que a duração constitucional está positivamente associada ao PIB de um país, à democracia e à estabilidade política. Ou seja, quando as constituições possuem maior longevidade, os países são mais ricos, mais democráticos, politicamente mais estáveis e passam por menos crises institucionais. É de se esperar que uma constituição elaborada com

⁸ Existem duas amplas linhas de investigação na Economia Política Constitucional: (1) o ramo normativo, que busca legitimar o estado e as ações de seus representantes, ou seja, busca identificar condições em que os resultados das escolhas coletivas podem ser julgados como “justos” ou “eficientes”; e (2) o ramo positivo, que busca explicar (a) os efeitos (econômicos) das possíveis normas constitucionais e (b) o surgimento e modificação das regras constitucionais. Para uma visão panorâmica, cf. VOIGT, Stefan. *Constitutional Political Economy: Analyzing Formal Institutions at the Most Elementary Level*. In: BROSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel. *New Institutional Economics: A Guide Book*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 363-388.

⁹ Cf. ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009.

ampla participação popular, além de ter maior probabilidade de corresponder às expectativas das sociedades, muito possivelmente gere mais identificação e adesão de seus destinatários, aqui entendidos elites, grupos conflituosos, minorias e a população em geral. Como sustentam, a durabilidade constitucional é diretamente proporcional ao nível de inclusão constitucional. A ideia central é esta: quanto mais grupos puderem influenciar na construção e manutenção do projeto constitucional, mais interesse haverá quanto à sua sobrevivência. Conseqüentemente, quanto mais interesse houver na manutenção da constituição, menos crises ocorrerão, visto que menos grupos terão interesse em violar suas normas.

Mas sabemos que a constitucionalização de direitos ou a negação deles não são motivadas unicamente ou principalmente por pressões populares ou convencimentos idealistas ou mesmo pela busca de respostas eficientes aos problemas de coordenação sistêmica. No processo constituinte, os grupos políticos constitucionalizam direitos e criam instituições que servirão melhor aos seus interesses assim que a constituição entrar em vigor. Por essa razão, não nos causa nenhuma surpresa que os atores políticos tenham um grande interesse no processo constituinte. Atores políticos, elites e grupos de interesse tendem a favorecer a constitucionalização de direitos e prerrogativas bem como o estabelecimento de estruturas institucionais mais benéficas para eles. Uma vez que a constituição é um instrumento de extrema importância política, é difícil pensar que as elites e os grupos de interesses irão se comportar de maneira autodestrutiva durante o processo constituinte. As constituições são também instrumentos de redução de risco ou de ameaça à hegemonia de grupos poderosos.¹⁰ E a constitucionalização é uma forma de seguro para potenciais perdedores eleitorais durante a negociação constitucional.¹¹

Isso tudo nos conduz a uma hipótese. Embora nas últimas décadas os processos constituintes possam estar se tornando cada vez mais participativos, é possível que a vontade do povo ainda esteja sendo desconsiderada ou descartada. Ou seja, pode estar havendo participação, mas não verdadeira inclusão, no sentido de se levar à sério as contribuições populares nesses processos. Talvez esse seja um dos motivos de as constituições estarem durando tão pouco tempo, já que, se alguns autores estiverem certos, a durabilidade constitucional é diretamente proporcional ao nível de inclusão constitucional.¹² Também pode ser uma das causas de elas serem tão enganosas. Além disso, se as constituições estão cada

¹⁰ Cf. HIRSCHL, Ran. *The Strategic Foundations of Constitutions*. In: GALLIGAN, Denis J; VERSTEEG, Mila. *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015.

¹¹ Cf. GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

¹² Cf., novamente, ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009.

vez mais longas, por que, então, elas continuam sendo impopulares? Portanto, é possível que, a despeito da participação popular, os processos constituintes estejam sendo facilmente capturados por elites políticas e grupos de interesses. Em outras palavras, a exigência de uma ampla participação popular no processo constituinte não resolve adequadamente o problema de uma participação popular sem poder. Mesmo um processo constituinte participativo pode ser exclusivo. Como se verá, pode até não estar havendo uma exclusão externa, pois as pessoas podem estar sendo mantidas dentro do processo. A questão é saber se elas estão tendo a oportunidade efetiva de influenciar no processo ou se suas opiniões estão sendo ignoradas ou descartadas. Ou seja, não basta a participação. É preciso que, na participação, ocorra o que a teoria democrática contemporânea tem chamado de inclusão interna nos processos de deliberação e decisão públicas.¹³ Isso significa que nesses processos a participação popular deve ser realmente efetiva. É preciso dar voz sem tapar os ouvidos. Esta é a principal preocupação deste trabalho. Portanto, a ideia de inclusão aqui considerada envolve uma análise do processo constituinte e as disposições constitucionais que resultam desse processo.

Esse receio é bastante comum em nosso país, apesar de a Constituição atual ter contado com uma ampla participação. Em 2013, após os protestos que tomaram as ruas do Brasil e quase o Congresso Nacional, a então Presidente Dilma Rousseff foi às redes nacionais para “propor um debate sobre a convocação de um plebiscito popular que autoriz[asse] o funcionamento de um processo constituinte específico para fazer a reforma política que o país tanto necessita”. Mais recentemente, um jornal de grande circulação defendeu em editorial a convocação de uma assembleia constituinte para a aprovação de um “marco jurídico adequado aos tempos atuais”. Outro jornal também publicou um “Manifesto à Nação”, clamando por um plebiscito para a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Em ambas as ocasiões, muito foi dito e se escreveu contra e a favor. Talvez o maior receio não seja o de um novo processo constituinte não ser participativo de alguma forma, mas quanto ao seu resultado. Como se verá, o processo constituinte brasileiro pode até ter sido participativo,¹⁴ já que havia uma notável abertura às contribuições públicas, mas ele não foi inclusivo no sentido explorado neste trabalho. E a constituição que resultou desse

¹³ Cf. YOUNG, Iris M. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

¹⁴ Cf. CARDOSO, Rodrigo Mendes. *A Participação Popular na Constituinte de 1987-1998*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. O trabalho, no entanto, limita-se à análise da participação popular nos debates sobre o Regimento Interno, especialmente sobre o direito coletivo de apresentação de emendas populares. A verdade é que, durante o processo, “ninguém deu muita importância para as emendas populares. Aquilo foi uma concessão ao povo para satisfazer egos: ‘Assinei a emenda popular e tal’”, como revela o constituinte José Lourenço em entrevista recente. Cf. CARVALHO, Luiz M. 1988: *Segredos da Constituinte*. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 194.

processo não foi o produto – pelo menos em sua maior parte – da vontade popular, mas, sim, de interesses políticos, econômicos e corporativos que ganharam disputas em um ambiente marcado por *lobbies* e falta de transparência. Mas essa não é uma preocupação apenas em nosso país. Se em muitos lugares o processo constituinte é visto como um símbolo de esperança e um sinal de novos e melhores tempos, em outros ele é visto como verdadeira ameaça à democracia e aos direitos já conquistados. Veja-se o que ocorreu recentemente na Hungria, para mencionar apenas um exemplo.

Portanto, esse trabalho parte do pressuposto de que a legitimidade da constituição não se restringe à autorização para sua elaboração, à mera participação popular ou à sua ratificação. Considera que a legitimidade da constituição também envolve a correspondência do seu conteúdo aos anseios e interesses da população. Por isso, preocupa-se com a possibilidade de um processo constituinte participativo farsesco. Mas como deve ser um processo constituinte realmente legítimo e inclusivo? O propósito principal desse trabalho é realizar uma reflexão que conduza à conclusão a propósito de quais seriam as melhores práticas para a garantia de um processo constituinte realmente democrático e inclusivo. Mas é preciso, desde logo, deixar claro que este trabalho não tem a pretensão de prescrever uma fórmula única e aplicável a quaisquer situações ou, como chamarei, a todos os “ambientes constituintes”. Infelizmente, como se verá, em alguns contextos, a inclusão desejada só poderá ocorrer gradualmente, ao longo do processo. Mas isso não torna desnecessária uma reflexão sobre como um processo constituinte pode ser mais inclusivo. Se não é possível desenhar um processo constituinte perfeito e adequado a qualquer momento ou contexto, é possível explorar suas “dinâmicas governantes”, com vistas a tornar mais inclusivas suas principais fases. Portanto, esse trabalho reconhece a importância de um processo constituinte participativo e inclusivo, sem, contudo, desconsiderar seus riscos e limitações decorrentes dos contextos em que ele é realizado.

Como Jon Elster argumentou há duas décadas, “novas constituições quase sempre são escritas na sequência de uma crise ou circunstância excepcional de algum tipo”.¹⁵ Entre essas crises estão as revoluções, a descolonização, a mudança de regime, a guerra ou a recessão econômica. Realmente, muitas constituições surgiram a partir desses acontecimentos. Entretanto, nos últimos anos, a principal circunstância geradora de processos constituintes tem sido o conflito interno. De fato, o número de processos constituintes aumentou acentuadamente após a independência pós-colonial e durante a instabilidade que se seguiu ao

¹⁵ ELSTER, Jon. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process. *Duke Law Journal*, v. 45, n. 2, p. 370, 1995.

fim da Guerra Fria. Como se verá, a violência armada organizada dentro de um Estado tem sido o pano de fundo imediato para muitos exemplos contemporâneos mais marcantes de processos constituintes nas últimas décadas. Durante os últimos quinze anos, processos constituintes têm ocorrido cada vez mais em ambientes altamente sensíveis, muitas vezes enquanto o conflito violento ainda está em andamento. Principalmente nesses contextos, a experiência tem mostrado que as escolhas não são conduzidas por melhores práticas, mas pelo que é possível ser feito. Por essa razão, nesses ambientes, o processo constituinte deve ser pensando desde suas fases embrionárias. Daí a importância do que chamo de “arranjos pré-constituintes”, que incluem acordos de paz, acordos de transição e constituições interinas. Esses arranjos, como se verá no Capítulo III, são determinantes para o conteúdo da constituição e para o processo constituinte da constituição final.

Durante muito tempo, o direito constitucional deu uma atenção insatisfatória ao processo constituinte. Tal como a constituição era vista há poucas décadas, parece que o processo constituinte continua sendo considerado uma questão de política. O tema mais próximo comumente abordado é o que diz respeito à teoria do poder constituinte.¹⁶ Mas não é comum a discussão ou a presença em manuais de questões relacionadas ao desenho do próprio processo de elaboração da constituição. Recorrendo a uma metáfora, é como se a Medicina se preocupasse apenas com o ser humano já nascido, mas não com sua concepção e sua gestação. Portanto, embora naturalmente possa haver exceções, o tema continua sendo pouco discutido e explorado. Mas isso não é um problema apenas no Brasil. Há pouco mais de vinte anos, Jon Elster afirmava que não existia “nenhum corpo de literatura que lidasse com o processo constituinte em uma perspectiva positiva e explicativa” e “um único livro ou mesmo artigo que considerasse o processo constituinte como um objeto distintivo de análise”.¹⁷ Hoje, a literatura é crescente, contando com estudos interdisciplinares e empíricos sobre constituições ao redor do mundo. A propósito, antes de prosseguir é importante fazer alguns esclarecimentos metodológicos.

Como se perceberá, este trabalho se baseia em inúmeras pesquisas quantitativas que envolvem “constituições”, muito especialmente no Capítulo I. Mas o que conta como *constituição*? A pesquisa empírica sobre constituições pode envolver dois objetos diferentes de estudo. A distinção em questão tem sido feita de várias maneiras. A mais comum é entre

¹⁶ Na literatura nacional, cf., especialmente, SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, Capítulos 6 e 7; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 43 e ss.

¹⁷ ELSTER, Jon. *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 1995, p. 364.

constituições *de jure*, escritas, codificadas ou formais, também chamadas de *large-C*, de um lado, e, de outro, constituições *de facto*, não escritas, não-codificadas ou informais, também denominadas de constituições *small-c*.¹⁸ Os estudos aqui considerados envolvem apenas, em regra, as constituições *large-C*. Portanto, eles excluem as interpretações judiciais e as convenções e práticas constitucionais não escritas, mesmo que estas possam ser parte integrante da constituição *small-c* de um país. Este foco nas constituições formais não é apenas consistente com a literatura empírica que tem surgido sobre constituições, mas também apropriado para nossa pesquisa. Estamos interessados naquilo que é aprovado como uma constituição, lei fundamental, lei básica ou que, com outro nome, tenha a pretensão de ser a norma mais elevada de um país. Isto não significa que a interpretação judicial seja irrelevante para a questão de saber qual a constituição de um país. Afinal, a Constituição norte-americana não é a mesma que foi aprovada no final do século XVIII. Infelizmente, como o empirismo quantitativo tardou em penetrar no campo do direito constitucional comparado, as constituições *small-c* ainda não foram objeto de estudo empírico quantitativo em escala global. Mas a maioria das constituições são muito mais novas e muito mais detalhadas do que a Constituição norte-americana, o que diminui a dificuldade de realização de pesquisas envolvendo apenas constituições *large-C*.

É bem verdade que os estudos quantitativos de grande porte ou *large-N* são novos no campo do direito constitucional. Também é verdade que esses estudos não são imprescindíveis para a realização de um trabalho comparativo de alta qualidade. Também é preciso reconhecer que as imperfeições deste tipo de pesquisa, principalmente o foco no que é observável e quantificável, os problemas associados à codificação de variáveis e à falta de atenção ao contexto são discutíveis. Afinal, os conjuntos de dados existentes de textos constitucionais não nos dizem muito sobre a interpretação constitucional por tribunais, uma dimensão do direito que, em alguns países, pode ser relevante. Mas as análises de grandes conjuntos de dados podem ser um meio valioso para a construção e teste de teorias em estudos constitucionais comparativos. Se bem executadas, tais análises podem eludir os clichês, as heurísticas e os vícios que emergem de décadas de estudos concentrados em apenas um punhado de países, bem como a prática de *cherry picking*, que geralmente ocorre à custa de tantos outros sistemas e constituições existentes. Com estudos quantitativos de grande porte, todas as constituições são tratadas como igualmente dignas de análise. Além disso, por meio deles, é possível testar alguns dogmas da teoria constitucional ou lançar novas

¹⁸ LAW, David S. Constitutions. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert (Eds.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 377.

luzes sobre os vínculos causais dentro do universo constitucional. Este modo de pesquisa torna-se extremamente relevante no presente movimento de convergência global no constitucionalismo. Zachary Elkins e seus colegas pesquisadores comentam sobre como eram as pesquisas em direito constitucional, por muito tempo, e afirmam que “como trabalhos de grande escala eram dificultados pela falta de dados e por uma necessidade de refinamento conceitual, os estudiosos foram muito melhores em gerar hipóteses do que em testá-las”.¹⁹ Mas, hoje, as bases de dados são cada vez mais abrangentes, os *softwares* utilizados estão a cada dia mais avançados e os estudos estão cada vez mais interdisciplinares. Como afirma Ran Hirschl, “agora é possível, talvez pela primeira vez, se engajar num diálogo sério, metodológico e interdisciplinar entre ideias e evidências, teoria e dados, reivindicações normativas e análises empíricas”.²⁰ Em síntese, como pontua Tom Ginsburg a propósito da importância de análises empíricas e quantitativas no estudo particular do processo constituinte, “precisamos de mais, não menos”.²¹

Em um livro especialmente instigante, Ran Hirschl nos convida a expandir nossos estudos comparativos no direito constitucional de três maneiras ou em três dimensões distintas.²² Primeiro, ele nos pede para ampliar o nosso foco geograficamente, não mais limitando nossas análises aos sistemas constitucionais das democracias estabelecidas da Europa e da América do Norte. Em segundo lugar, ele nos sugere alargar metodologicamente o campo de estudos do direito constitucional em direção a uma verdadeira investigação interdisciplinar. Em terceiro lugar, ele nos pede para expandir nosso quadro temporal, como uma forma de entender melhor o presente. Esse trabalho aceita esse convite e tenta honrá-lo por meio de uma pesquisa envolvendo a análise de processos constituintes ocorridos em diferentes lugares e épocas, embora com mais foco naqueles que tiveram lugar após a Guerra Fria. A pesquisa também tenta aproveitar as contribuições e achados de pesquisas empíricas realizadas em outras áreas, especialmente na Ciência Política, mas também na Economia Política Constitucional.

O trabalho pretende seguir a seguinte estratégia. No Capítulo I, busco explorar o conteúdo das constituições atuais e correlacionar os achados de importantes estudos empíricos com o processo constituinte participativo. Em outras palavras, exploro a relação entre o

¹⁹ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 219.

²⁰ HIRSCHL, Ran. The “Comparative” in Comparative Constitutional Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 64, p. 214, 2016.

²¹ GINSBURG, Tom. How to Study Constitution-Making: Hirschl, Elster, and the Seventh Inning Problem. *Boston University Law Review*, v. 96, p. 1347-1358, 2016.

²² HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

conteúdo das constituições e a vontade popular. Ainda nesse capítulo, trato da longevidade constitucional e sua relação com a inclusão popular no processo constituinte. Em seguida, exponho as explicações para a expansão da constitucionalização de direitos e o risco de captura do processo constituinte por elites e grupos de interesse. No Capítulo II, exploro os fundamentos legais e teóricos para a participação pública direta no processo constituinte. Feito isso, demonstro a importância da ideia de inclusão interna nos processos de deliberação, especialmente no processo constituinte. Em seguida, analiso, defendo e critico possíveis benefícios e perigos de um processo constituinte amplamente participativo, bem como defendo a necessidade de inclusão de elites – políticas, econômicas, militares ou tribais – no processo constituinte. Na última seção desse Capítulo, trato da importância da inclusão de *expertise* no processo.

No Capítulo III, exploro o que chamo de “arranjos pré-constituintes”, que são feitos naquela que considero a primeira fase do processo constituinte, pelo menos em muitos contextos. Como se verá, processos constituintes de constituições definitivas nem sempre são o primeiro passo de um projeto constitucional. Muitas vezes, será preciso antes pavimentar o caminho. Isso é especialmente necessário em cenários instáveis, nos quais será necessária a adoção de arranjos políticos que preparem o terreno para o processo constituinte de uma constituição interina ou definitiva. A proposição básica é a de que os países emergentes de um conflito ou de um governo autoritário provavelmente terão que formalizar uma transição “arranjada” para uma nova ordem muito antes de quaisquer condições de confiança ou solidariedade as levarem pelos processos formais e convencionais de elaboração de uma ordem constitucional estável. Esses arranjos, infelizmente negligenciados pela teoria constitucional, são muitas vezes determinantes para a definição da amplitude da participação pública no processo constituinte e para o próprio conteúdo da constituição.²³ Ainda nesse Capítulo, trato dos possíveis “sequenciamentos constituintes” e seus reflexos para a participação popular.

No Capítulo IV, preocupo-me com as dinâmicas governantes de um processo constituinte naquelas que considero suas principais fases: preparação, convenção, debate e aprovação. Como será demonstrado, o processo constituinte, para ser verdadeiramente inclusivo, deve ser pensando desde a preparação da população, o que inclui a necessidade de

²³ Como afirma, com propriedade, Vicki Jackson, “o repertório mais amplo do kit de ferramentas constitucionalista agora inclui acordos transitórios e provisórios, talvez envolvendo outros países ou órgãos internacionais, ou outros garantes, e formas variadas de procedimento constituinte”. Cf. JACKSON, Vicki C. What’s in a Name? Reflections on Timing, Naming, and Constitution-Making. *William and Mary Law Review*, v. 49, n. 4, 2008, p. 1305.

adoção de um programa robusto de educação cívica. Ainda nesse capítulo, abordarei as consultas públicas, o que inclui seus objetivos, métodos disponíveis e processamento. O Capítulo segue tratando, então, da inclusão nas fases de convenção, debate e aprovação. Em cada uma dessas fases, são analisadas as principais dinâmicas e questões, visando, sempre, maior inclusão no processo constituinte. A partir do que é defendido no Capítulo IV, busco, no Capítulo V, analisar três processos constituintes considerados amplamente participativos – Islândia, Quênia e Brasil. O propósito é averiguar se esses processos foram não apenas participativos, mas também inclusivos, e quais aspectos foram determinantes.

1 O PROCESSO CONSTITUINTE E A CONSTITUIÇÃO

1.1 Introdução

As constituições atuais têm sido chamadas, com certo entusiasmo, de constituições transnacionais. A ideia central é a de que as constituições hodiernas refletem influências estrangeiras e internacionais, e não apenas nacionais. Esse seria um dos resultados de uma inevitável globalização do direito constitucional.²⁴ De fato, estudos empíricos sistemáticos do conteúdo das constituições nacionais escritas ao redor do mundo revelam semelhanças notáveis entre elas. Mas o que explica essa padronização das constituições? Esse capítulo busca oferecer uma resposta a essa questão por meio de resultados de vários importantes estudos empíricos realizados nos últimos anos. Tais estudos representam confirmações ou negações empíricas de muitas opiniões de teóricos da constituição. Como o propósito deste trabalho é oferecer evidências empíricas, optou-se por não trabalhar, pelo menos não direta e profundamente, com teóricos da Constituição.

O objetivo geral deste capítulo é correlacionar os achados com o processo constituinte participativo. Em outras palavras, busca explorar a relação entre o conteúdo das constituições e a vontade popular. Afinal, qual tem sido o produto dos processos constituintes nos últimos anos? Eles correspondem à vontade popular? As constituições transnacionais têm cumprido suas promessas? Como foi dito na Introdução a este trabalho, muitas constituições foram produzidas ao longo das últimas décadas. Mas elas têm durado? Se sim ou não, por quê? As respostas a essas questões nos conduzirão à importante questão a propósito da natureza do processo constituinte. As conclusões que serão extraídas justificarão os próximos passos deste trabalho.

1.2 O Processo Constituinte e o Conteúdo das Constituições

1.2.1 A Orfandade Constitucional

As constituições são conhecidas por não serem originais. Ninguém começa a escrever uma constituição a partir do zero. Mesmo a Constituição dos Estados Unidos, a mãe das constituições escritas, não nasceu no vácuo. Muitas ideias constitucionais que ela incorpora já

²⁴ TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 49, p. 896-1006, 2009.

eram velhas conhecidas na Inglaterra e defendidas por pensadores europeus.²⁵ Embora não completamente original, a Constituição americana talvez tenha sido a lei fundamental mais influente até o presente momento na história do constitucionalismo moderno.²⁶ Ao longo dos seus mais de dois séculos de história, a Constituição dos Estados Unidos teve um imenso impacto no desenvolvimento do constitucionalismo em todo o mundo, tendo influenciado constituintes em vários países, já a partir do final século XVIII.²⁷ Entre 1787 e 1800, pelo menos quinze constituições foram escritas ou promulgadas na Europa, e todas elas sofreram alguma influência da Constituição americana, ainda que indiretamente.²⁸

No século XIX, muitas nações seguiram a tendência de imitação da Constituição americana.²⁹ Mesmo uma compreensão superficial da história constitucional da Europa leva a suspeitar que algum grau de imitação de ideias ocorreu na elaboração de constituições desse continente ao longo desse século.³⁰ Mas poucas nações ao redor do mundo imitaram mais aquele documento do que as da América Latina.³¹ “Reza a lenda”, conta Zachary Elkins, “que algumas constituições latino-americanas do século XIX compartilhavam não apenas as mesmas disposições, mas também os mesmos erros tipográficos”.³² As primeiras constituições dessa região adotaram o presidencialismo, o sistema bicameral e muitas disposições de direitos individuais e de controle de poderes previstos na Constituição dos Estados Unidos, ainda que sem a mesma sinceridade constitucional. Elas adotaram, inclusive, um arquitetura constitucional norte-americana que foi criticada desde o início e continua sendo, qual seja, a repartição de vagas do Senado igualmente entre os Estados, independentemente das respectivas populações.³³ Houve, no entanto, uma diminuição

²⁵ TUSHNET, Mark. *The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

²⁶ Para uma trajetória do constitucionalismo, cf. SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, 1999, p. 19-34.

²⁷ Cf., especialmente, BILLIAS, George Athan. *American Constitutionalism Heard Round the World, 1776-1989: A Global Perspective*. New York: New York University Press, 2009.

²⁸ Cf., Idem, p. 65 e ss.

²⁹ Isso não significa que a Constituição dos Estados Unidos era uma unanimidade entre os constituintes do século XIX. A Constituição romena de 1848, por exemplo, “copiou fielmente” cerca de sessenta por cento de suas disposições da Constituição francesa vigente à época. Cf. PARAU, Christina E. Romania’s Transnational Constitutional: A Tradition of Elite Learning and Self-Empowerment. In: GALLIGAN, Dennis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 497-531.

³⁰ ELKINS, Zachary. Diffusion and the Constitutionalization of Europe. *Comparative Political Studies*, v. 43, n. 8-9, p. 978, 2010.

³¹ BILLIS, George Athan. *American Constitutionalism Heard Round the World, 1776-1989: A Global Perspective*. New York: New York University Press, 2009, p. 105 e ss.

³² ELKINS, Zachary. Constitutional Networks. In: KAHLER, Miles (Ed.). *Networked Politics: Agency, Power, and Governance*. Ithaca: Cornell University Press, 2009, p. 43.

³³ Embora a repartição do Senado por Estado raramente seja adotada hoje, atualmente, quatro países federais na América Latina - México, Venezuela, Argentina e Brasil -, mesmo tendo substituído suas constituições por

constante e gradual da similaridade geral com o documento constitucional dos Estados Unidos, a partir e ao longo do século XX, com uma queda acentuada após a Segunda Guerra Mundial, quando, então, as constituições latino-americanas afastaram-se significativamente do modelo americano, em um relevante processo de modernização de seus textos, mas também de grande proliferação de novos direitos constitucionais, pelas mais diversas razões.³⁴ Embora essa evolução possa ter ocorrido em vários temas constitucionais, ela foi mais evidente nos direitos fundamentais.

Antes da Segunda Guerra Mundial, a maioria das constituições enumerava apenas um punhado de direitos, tal como a Constituição americana. Nas últimas sete décadas, no entanto, a quantidade média de direitos constitucionais aumentou significativamente. Direitos originalmente americanos e antes bastante populares, como o direito ao porte de arma, são agora raridades em constituições ao redor do mundo.³⁵ Mas outros direitos, como os que asseguram as liberdades de religião e de expressão, continuam a ser replicados nos textos constitucionais atuais, sendo inclusive os mais populares no constitucionalismo contemporâneo.³⁶ Contudo, tais garantias individuais agora comumente dividem espaço com vários direitos sociais e econômicos. Portanto, especialmente no que diz respeito aos direitos consagrados em seus textos, os sistemas constitucionais construídos ou reformados após a Segunda Guerra Mundial diferem consideravelmente da constituição americana.³⁷

Esse afastamento dos desenhos constitucionais atuais em relação ao americano apenas aumentou com o passar dos anos. Um estudo notável oferece evidências empíricas relevantes de que, nas últimas décadas, países de vários continentes e regiões se afastaram muito do modelo norte-americano,³⁸ sendo cada vez menos provável que novas constituições sejam elaboradas seguindo aquele documento, tanto no que diz respeito às provisões relacionadas aos direitos constitucionais como também no que toca às suas principais características estruturais, como, por exemplo, federalismo, presidencialismo e controle judicial de

inúmeras vezes, continuam prevendo essa forma de composição. ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*, 2009, p. 26-27.

³⁴ Cf. NEGRETTO, Gabriel L. *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

³⁵ Na década de 1860, cerca de vinte por cento das constituições - quase todas na América Latina - previam o direito ao porte armas. Até o final da II Guerra Mundial, menos de dez por cento das constituições continham disposições desse tipo. Em 2000, somente os Estados Unidos, México e Guatemala previam esse direito. ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*, p. 27.

³⁶ Cf. LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism. *California Law Review*, v. 99, n. 5, p. 1200-1201, 2011.

³⁷ WEINRIB, Lorraine E. The Postwar Paradigm and American Exceptionalism. In: CHOUDHRY, Sujit. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 84.

³⁸ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The Declining Influence of the United States Constitution. *The New York University Law Review*, v. 87, n. 11, p. 781, 2012.

constitucionalidade. Embora essas ideias iniciais continuem sendo relevantes,³⁹ novos desenhos institucionais e constitucionais foram elaborados a partir do surgimento dos estudos de engenharia constitucional nas décadas de 1960 e 1970,⁴⁰ um campo que revigorou o direito constitucional comparado.⁴¹ Hoje, há inúmeras opções de desenhos constitucionais e institucionais a disposição de atuais e futuros constituintes.⁴²

Após a Guerra Fria, quando então era esperado que a vitória americana se traduzisse em forte influência global em relação aos desenhos e redesenhos constitucionais que seriam feitos em seguida, especialmente com a dissolução da União Soviética e a liberalização de países comunistas, o que se viu durante a década de 1990, um período de intensa atividade constituinte, foi um notável declínio na similaridade média com a Constituição norte-americana.⁴³ Logo no início daquela década, alguns países do Leste da Europa discutiram se era aconselhável modelar as novas constituições ao estilo americano. A ideia, contudo, foi logo rejeitada, em razão das inescapáveis e drásticas diferenças de tradições e condições sociais entre os países dessa região e os Estados Unidos. Em 1992, durante os debates sobre a criação da chamada “Pequena Constituição” da Polônia, a Constituição americana foi não apenas rejeitada como modelo, mas citada enfaticamente em debates políticos e jurídicos como um exemplo do que não deveria ser imitado.⁴⁴ Durante esse período, além de países da Europa Central e Oriental, vários países da África e da Ásia reformaram ou criaram novas constituições, mas nenhum deles adotou como modelo a constituição americana. A festejada Constituição da África do Sul de 1996, por exemplo, embora como tantas outras tenha adotado algumas instituições originalmente americanas, se afastou nitidamente do modelo constitucional dos Estados Unidos.⁴⁵

³⁹ KLUG, Heinz. Model and Anti-model: The United States Constitution and “Rise of World Constitutionalism”. *Wisconsin Law Review*, v. 2000, n. 3, p. 599, 2000.

⁴⁰ Cf., especialmente, SARTORI, Giovanni. *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*. New York: New York University Press, 1997; MURPHY, Walter F. *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2007; e SCHNEIER, Edward. *Crafting Constitutional Democracies: The Politics of Institutional Design*. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2006.

⁴¹ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Law*, p. 151 e ss.

⁴² Cf. ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012; e TUSHNET, Mark. *Advance Introduction to Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar: Cheltenham, 2014.

⁴³ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The Declining Influence of the United States Constitution, p. 781.

⁴⁴ OSIATYNSKI, Wiktor. Paradoxes of Constitutional Borrowing. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 2, p. 250-251, 2003.

⁴⁵ A Constituição nacional identificada com maior similaridade com a Constituição americana é da Libéria. Há uma explicação para isso. A Libéria foi fundada por escravos libertos dos Estados Unidos e as primeiras constituições do país foram elaboradas com a ajuda da *American Colonialization Society*. Já a menos parecida é a de Burkina Faso. Cf. LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The Declining Influence of the United States Constitution, p. 783.

Há algumas razões para que a constituição americana não esteja sendo mais considerada um modelo a ser seguido. Talvez a mais evidente esteja relacionada ao seu caráter sintético. Além de ela reconhecer poucos direitos, seu texto não é suficientemente detalhista no que diz respeito à organização do Estado e às competências de suas autoridades, aspectos considerados especialmente relevantes pelo constitucionalismo após a Segunda Guerra Mundial. Em segundo lugar, alguns dos direitos que ela reconhece em seu texto ou não são mais de interesses de outras nações nos dias atuais, como, por exemplo, o direito ao porte de armas, ou são quase desnecessários, como a *establishment clause*. Terceiro, a constituição americana omite muitos direitos hoje globalmente reconhecidos, o que permite dizer ser ela uma constituição formalmente obsoleta, quando comparada a outras mais recentes que reconhecem direitos historicamente conquistados ou que oferecem respostas a demandas sociais atuais, sem deixá-las nas mãos das Cortes. Por exemplo, atualmente, cerca de 90% das constituições ao redor do mundo reconhecem algum tipo de direito às mulheres e outras tantas protegem direitos sociais e econômicos em seus textos, o que não é feito pela constituição americana, que ainda ostenta um perfil marcadamente liberal.⁴⁶ Em quarto lugar, a constituição americana, além de ser muito antiga, é especialmente difícil de ser reformada, o que faz com que sua atualização fique praticamente a cargo dos tribunais, especialmente da Suprema Corte, cujas respostas às questões que surgem na sociedade depende de sua composição. Por fim, alguns afirmam que os Estados Unidos estão perdendo o poder de influência que detinham porque seu sistema jurídico como um todo - o que envolve os precedentes da Suprema Corte - está cada vez mais fora de sincronia com um consenso mundial em evolução sobre questões de direitos humanos, sendo a permissão da pena de morte o exemplo mais emblemático.⁴⁷

Quanto à influência que exercem, alguns documentos fundamentais têm sido apontados como substitutos da Constituição americana. Nas listas formuladas, quase sempre estão presentes a Lei Fundamental da Alemanha, a Carta de Direitos e Liberdades do Canadá e as Constituições da África do Sul e Índia.⁴⁸ Atualmente, há algum apoio em dados empíricos que sugere que a Carta canadense tem ocupado o lugar de influência da Constituição americana em vários países, embora bem mais em relação a países do *common law* e não de maneira uniforme e completa. Em comparação, os dados, curiosamente, não revelaram nenhum padrão que sugira uma ampla emulação constitucional da Alemanha,

⁴⁶ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, p. 1163-1258.

⁴⁷ Cf., especialmente, IGNATIEFF, Michael (Ed.). *American Exceptionalism and Human Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

⁴⁸ Cf., exemplo, ELKINS, Zachary. *Diffusion and the Constitutionalization of Europe*, p. 981 e ss.

África do Sul ou Índia, como se poderia esperar, já que tais constituições são bastante festejadas, pelo menos por alguns constitucionalistas atuais.⁴⁹ De fato, ao contrário da Constituição americana, a Carta canadense tem sido frequentemente descrita como mais consistente com os padrões e práticas constitucionais prevalentes.⁵⁰ Talvez seja também a que mais se aproxima dos padrões internacionais atuais. Adotada no momento da nacionalização da Constituição canadense em 1982, a Carta é geralmente apontada como a principal fonte de influência sobre a redação da Declaração de Direitos da África do Sul, das Leis Básicas de Israel, da Declaração de Direitos da Nova Zelândia, entre outros importantes documentos nacionais.

Apesar disso, “há pouca indicação de que a Constituição dos EUA tenha sido substituída por qualquer concorrente específica”.⁵¹ Na verdade, atualmente, a ideia de que uma determinada constituição pode servir de modelo para outros países pode parecer não apenas obsoleta, mas uma má ideia. Como parece óbvio, o transplante de normas nacionais, especialmente para documentos fundamentais, além de gerar alienação, pode se revelar especialmente problemático.⁵² Mas esse fenômeno parece persistir, embora não mais pela imitação de um determinado modelo nacional. O festejado transconstitucionalismo continuou o processo de alienação da identidade constitucional, por meio de um progressivo processo de isomorfismo constitucional, que tem influenciado processos constituintes mundo afora, de modo suficientemente nocivo, já que os constituintes não estão focando nos desafios, objetivos, metas e dramas vividos por seu país. A propósito, antes de prosseguir, importa afirmar que este trabalho considera uma boa Constituição aquela capaz de identificar e enfrentar os principais dramas do seu tempo – pobreza, desigualdade, violação dos direitos humanos, situações de discriminação contra grupos de pessoas desfavorecidas, instabilidade econômica ou política, regimes autoritários e ditatoriais, corrupção etc – e, ao mesmo tempo, fornecer meios legais adequados para enfrentar esses problemas, sem perder de vista os anseios sociais e aspectos contextuais que lhe conferem identidade e que sejam razoáveis.⁵³ Evidentemente, essa Constituição deve evitar os aspectos negativos a seguir identificados.

⁴⁹ Heinz Klug, por exemplo, afirma que, “como exportadores, defensores do constitucionalismo americano estão agora enfrentando uma competição aberta com defensores das experiências constitucionais alemã, canadense, indiana e outras”. Cf. KLUG, Heinz. *Model and Anti-model: The United States Constitution and “Rise of World Constitutionalism*, p. 10.

⁵⁰ Cf. LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. *The Declining Influence of the United States Constitution*, p. 810, nota 120.

⁵¹ *Idem*, p. 851.

⁵² CHOUDHRY, Sujit (Ed.). *The Migration of Constitutional Ideas*, passim.

⁵³ Portanto, adoto aqui, parcialmente, as ideias de Juan Bautista Alberdi. Cf., a respeito, GARGARELLA, Roberto. *When is a Constitution Doing Well? The Alberdian Test in the Americas*. In: GINSBURG, Tom;

1.2.2 O Progressivo Processo de Isomorfismo Constitucional

Atualmente, embora a Constituição norte-americana já não seja mais a “mãe das constituições”, talvez não seja possível identificar quem são os verdadeiros “Pais Fundadores” desses documentos nacionais atuais. Embora as constituições mais recentes tenham e estejam surgindo em momentos e lugares os mais distintos possíveis, e sem um modelo específico a ser seguido, um importante e muito influente estudo envolvendo constituições escritas de 188 países promulgadas entre 1946 e 2006 revelou que, do ponto de vista ideológico, as constituições, na atualidade, mesmo aquelas surgidas antes da Segunda Guerra Mundial, podem ser colocadas em apenas dois grupos, conquanto bastantes distintos.⁵⁴ O primeiro deles é formado por constituições *libertárias*. Estas representam uma tradição de liberdade negativa, exigindo, caracteristicamente, uma abstenção do Estado em relação a muitos direitos de natureza notadamente privada. A lista de países nesse primeiro grupo é esmagadoramente dominada por países com herança decorrente do sistema da *common law* desenvolvido, em sua maior parte, no Reino Unido e nos Estados Unidos. Por essa razão, esses dois países figuram no topo de um índice de proximidade às características do grupo de constituições libertárias formulado pelos autores do estudo. Ainda nesse grupo, estão constituições de nações com forte marca americana, como Japão, Libéria e Filipinas, bem como as de ex-colônias da *Commonwealth* no Caribe, que herdaram disposições de direitos modeladas pelos britânicos com base na Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁵⁵ Ainda nesse grupo, há países que seguiram o modelo americano e britânico, mas não pelo poderio desses países, embora sendo ex-colônias, como é o caso da Nova Zelândia e do Canadá.

O segundo grupo, por sua vez, é formado por constituições *estatistas*, assim chamadas por exigirem a intervenção do Estado na concretização e realização de direitos, especialmente os de natureza eminentemente social. Como era de se esperar, as constituições que pertencem a esse grupo refletem uma mistura de regimes autocráticos, sistemas socialistas e comunistas, sendo as da Coreia do Norte e da China as que mais pontuam no índice de características marcantes. Mas estão também nesse mesmo grupo relevantes constituições europeias do paradigma do Estado de bem-estar social, com as da Itália, França, Islândia, Luxemburgo,

HUQ, Aziz. *Assessing Constitutional Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 99-133.

⁵⁴ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, p. 1163-1257. Cf., também, ELKINS, Zachary. *Diffusion and the Constitutionalization of Europe*, p. 984 e ss.

⁵⁵ O’ BRIEN, Derek. *The Constitutional Systems of the Commonwealth Caribbean: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

Espanha, Dinamarca e de outros tantos países que adotaram esse modelo, especialmente após a Segunda Guerra Mundial e no fluxo da chamada terceira onda democrática.⁵⁶ As últimas constituições brasileiras figuram quase sempre nas primeiras posições do ranking de constituições consideradas estatistas. Por exemplo, a Constituição brasileira de 1946 é considerada a mais estatista entre aqueles em vigência entre os anos de 1946 e 1949, período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial. Ela permaneceu no topo na década de 1950. As da Coreia do Norte e da República Democrática do Congo também figuram em altas posições nesse ranking. Com semelhante regularidade, aparecem China, Gabão, Togo e Cuba. Os chamados satélites soviéticos, como Polônia, Bulgária, Hungria e Albânia também marcam presença. Por um bom tempo, a própria União Soviética fez-se presente no topo da lista. A Federação Russa, no entanto, não aparece entre os vintes e cinco da lista após seu estabelecimento. A Lei Fundamental alemã e a Constituição italiana aparecem nas listas em todas as décadas, a partir do início de suas respectivas vigências. A Constituição de Portugal também segue quase o mesmo padrão.⁵⁷

Embora haja essa polarização, as constituições que se enquadram em cada um desses dois grupos - *libertárias* e *estatistas* - estão cada vez mais convergentes em seu conteúdo, como se mostrará adiante. Para resumir, os autores concluem que a dinâmica da evolução constitucional global envolve uma mistura complexa de polarização e convergência. Por um lado, as constituições se polarizaram nesses dois grupos, e aquelas que se encaixam em cada um deles se assemelham cada vez mais ao longo do tempo. Mas, por outro, é possível afirmar que o constitucionalismo global tem um forte e crescente *componente genérico*, mesmo entre as constituições polarizadas. É que a grande maioria das constituições dentro de cada um desses grupos convergiu ao longo do tempo para um núcleo genérico de disposições relacionadas com os direitos fundamentais que estão se tornando dia após dia mais populares no constitucionalismo global.⁵⁸ Mesmo aquelas constituições que contêm relativamente poucos direitos - portanto, as que pertencem ao primeiro grupo descrito - tendem a conter os direitos mais genéricos. Essa convergência também ocorre e cresce devido ao “surto de direitos” a que o direito constitucional mundial assiste há décadas. É que, ao longo do tempo, os constituintes foram acrescentando novos direitos constitucionais em seus respectivos textos, muitas vezes de forma desenfreada. Essa prática tem inspirado outros

⁵⁶ HUNTINGTON, Samuel P. *The Third Wave: Democratization in the Last Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma, 1991.

⁵⁷ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, p. 1229.

⁵⁸ ELKINS, Zachary. *Diffusion and the Constitutionalization of Europe*, p. 984 e ss.

países, fazendo com que essas “ideias constitucionais” migrem livremente pelo globo.⁵⁹ O resultado não poderia ser outro: a lista de direitos genéricos tem sido ampliada ao longo do tempo e muitas ideias estão cada vez mais fora do lugar.

A segunda tendência identificada no levantamento quantitativo feito pelos autores é a de que a maioria dos direitos está crescendo em popularidade global. Como afirmam, outra “característica do constitucionalismo global que é evidente a partir de nossos dados é a existência de direitos constitucionais genéricos, ou o fato de que alguns direitos são tão onipresentes que podem ser descritos como genéricos” .⁶⁰ Como resultado, o número de direitos genéricos está aumentando ao longo do tempo. Antes da Segunda Guerra Mundial, a maioria das constituições enumerava apenas alguns direitos civis e políticos específicos. Em 1946, as constituições continham, em média, 19 dos 56 direitos mais encontrados em constituições ao redor do mundo. Em 2006, no entanto, o número aumentou para 33. Os direitos das mulheres, a presunção de inocência, o direito a um advogado e o direito de formar partidos políticos têm experimentado aumentos particularmente notórios em popularidade desde a Segunda Guerra Mundial. Entre os poucos direitos que diminuíram em popularidade, o porte de armas, como já se apontou, é o que mais se destaca.

Portanto, os autores concluíram que o constitucionalismo atual é marcado pela presença de um conjunto nuclear de direitos constitucionais que são comuns à grande maioria das constituições nacionais. Dentre eles, se destacam as liberdades de religião e de expressão, o direito de propriedade e a garantia de igualdade. Não sem razão, sugere-se que a circulação mundial de ideias constitucionais surgidas originariamente nas principais democracias constitucionais teria feito emergir um “direito constitucional genérico” , que pode ser definido como um conjunto de princípios, práticas, instituições e desafios comuns a todas as jurisdições, principalmente em temas envolvendo direitos civis e liberdades fundamentais.⁶¹

Há, de fato, uma linguagem comum entre a maioria das constituições, e isso talvez tenha relação com um processo de “fertilização constitucional cruzada” ⁶² que vem se

⁵⁹ Cf., entre outros, WISE, Edward M. The Transplant of Legal Patterns. *The American Journal of Comparative Law*, v. 38, 1990, p. 1-22; e PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Ed.). *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1204-1327; e CHOUDHRY, Sujit. (Ed.). *The Migration of Constitutional Ideas*, passim.

⁶⁰ LAW, David S. e VERSTEEG, Mila. The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism, p. 1199.

⁶¹ Cf. LAW, David S. Generic Constitutional Law. *Minnesota Law Review*, v. 89, p. 652-742, 2004-2005.

⁶² Veja-se, por exemplo, SMITH, Eivind. Give and Take: Cross-Fertilisation of Concepts in Constitutional Law. In: BEATSON, Jack; TRIDIMAS, Takis (Eds.). *New Directions in European Public Law*. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 101-124; e SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 69.

acentuando ao longo das últimas décadas.⁶³ Por exemplo, a Carta canadense de Direitos e Liberdades, que se baseia, em larga escala, em documentos internacionais de direitos humanos, teve uma influência marcante na redação da Constituição da África do Sul e das Declarações de Direito da Nova Zelândia e Hong Kong, bem como para as Leis Fundamentais de Israel.⁶⁴ Da mesma forma, os projetos de constituições da Europa Central e Oriental refletem empréstimos significativos de textos antigos e bem-conhecidos dos constitucionalistas.⁶⁵ As constituições da África do Sul⁶⁶ e Israel,⁶⁷ por sua vez, se baseiam também nesses mesmos documentos internacionais. Já a Constituição japonesa, que alguns consideram imposta, é influenciada pelo direito constitucional americano.⁶⁸ A Constituição da Índia carrega marcas britânicas e americanas.⁶⁹ Os constituintes australianos também tomaram de empréstimo muitos detalhes da constituição norte-americana.⁷⁰ Nas últimas décadas, cerca de trinta ex-colônias britânicas na África e no Caribe adotaram como sua declaração de direitos praticamente cópias da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais.⁷¹ Mais recentemente, na Islândia, embora o projeto de constituição não tenha sido aprovado, durante o processo constituinte, mundialmente conhecido como a tentativa mais ousada de ampla inclusão popular, os envolvidos usaram a Internet para estudar as escolhas constitucionais feitas em outros lugares.⁷²

Mas as fontes de alimentação não são só constitucionais. Os tratados internacionais de direitos humanos também oferecem modelos padronizados de direitos constitucionais e formam um caminho primário para a difusão constitucional.⁷³ Estes tratados são

⁶³ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Law*, 2014.

⁶⁴ WEBBER, Jeremy. *The Constitution of Canada: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2015.

⁶⁵ Cf. FRUHSTORFER, Ann; HEIN, Michael (Eds.). *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe: From Post-Socialist Transition to Reform of Political Systems*. Wiesbaden: Springer, 2016.

⁶⁶ KLUG, Heinz. *The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

⁶⁷ NAVOT, Suzie. *The Constitution of Israel: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 4 e ss.

⁶⁸ Cf. LAW, David S. The Myth of the Imposed Constitution. In: GALLIGAN, Dennis J.; VERSTEEG, Mila. *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 239-268.

⁶⁹ DE, Rohit. Constitution Antecedents. In: CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu (Eds.). *The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 17- 37.

⁷⁰ SAUDERS, Cheryl. *The Constitution of Australia: A Contextual Analysis*. Portland: Hart Publishing, 2011.

⁷¹ Cf. PARKINSON, Charles. *Bills of Rights and Decolonization: The Emergence of Domestic Human Rights Instruments in Britain's Overseas Territories*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

⁷² MEUWESE, Anne. Popular Constitution-Making: The Case of Iceland. In: GALLIGAN, Dennis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 469-496.

⁷³ BECK, Colin J.; DRORI, Gili S.; MEYER, John W. World Influences on Human Rights Language in Constitutions: A Cross-National Study. *International Sociology*, v. 27, n. 4, p. 483-501, 2012.

frequentemente incorporados ao direito interno, de forma implícita ou explícita.⁷⁴ A crescente homogeneidade das constituições parece, em parte, ocorrer em função da disponibilidade de um crescente número de normas internacionais. Além disso, como observa Tom Ginsburg, “ a convergência é um produto da relação recíproca entre constituições e tratados, uma vez que os dois níveis constroem mutuamente modelos de direitos” .⁷⁵ Por exemplo, os direitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem refletiram muitas normas já estabelecidas em constituições nacionais, particularmente de nações ocidentais. E o fato de os tratados incluírem alguns direitos e excluírem outros, sugere que alguns são mais importantes que outros e isso talvez explique porque a convergência global envolve apenas alguns direitos. De fato, há descobertas consistentes com a visão de que os instrumentos internacionais fornecem um conjunto estreito de normas para os constituintes.⁷⁶

Independentemente da fonte de influência, como prova o estudo empírico de David S. Law e Mila Versteeg, os direitos se repetem mundo afora. Alguns desses direitos são repetidos em várias constituições com a mesma redação, embora em diferentes idiomas. Outros são tão gerais e amplos que poderiam ser descritos também como genéricos. Todos eles podem ser encontrados na grande maioria das constituições do mundo e, de fato, fazem parte de uma prática global compartilhada de constitucionalismo. Os autores também estabelecem um interessante índice de popularidade desses direitos genéricos. A partir desse índice foi possível detectar que a liberdade de religião, a liberdade de expressão, o direito à propriedade privada e os direitos relacionados à igualdade estão empatados em primeiro lugar. Em seus achados, os autores conseguiram perceber que cada um desses direitos pode ser encontrado em nada menos do que 97% em todas as constituições em vigor a partir de 2006. Além disso, os direitos à privacidade, a proibição da prisão e da detenção arbitrárias, os direitos de reunião e de associação e os direitos das mulheres são encontrados em mais de 90% das constituições mundiais. De fato, 25 direitos desse índice podem agora ser vistos em mais de 70% de todas as constituições.⁷⁷

Em síntese, as constituições estão cada vez mais semelhantes umas às outras, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. Essa é uma tendência crescente.

⁷⁴ Cf. GINSBURG, Tom; CHERNYKH, Svitlana; ELKINS, Zachary. Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law. *University of Illinois Law Review*, v. 2008, n. 1, p. 201-237, 2014.

⁷⁵ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; SIMMONS, Beth A. Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice. *Harvard International Law Journal*, v. 54, n. 1, p. 66, 2013.

⁷⁶ Idem, p. 66.

⁷⁷ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism, p. 1194 e ss.

Embora os autores tenham encontrado evidências de que os direitos constitucionais se difundem mais facilmente entre países que compartilham as mesmas origens jurídicas, a mesma religião ou por terem sido colonizados pelos mesmos países, o processo é generalizado e difuso, já que um importante fator para a emulação de um direito específico por um determinado país é se outros países anteriormente fizeram a mesma coisa, não sendo crucial que exportadores e importadores compartilhem os mesmos traços históricos. Os autores, portanto, mostram que, como resultado desses processos de difusão, as constituições são documentos bastante padronizados. Assim, a evidência empírica existente sugere que as constituições, pelo menos em parte, seriam “documentos transnacionais”, moldados por uma gama de influências estrangeiras e por documentos internacionais.⁷⁸

Mas é importante notar que essa semelhança em direitos não se limita às constituições vigentes em países democráticos. Embora as constituições autoritárias tendam a ser menos específicas, protejam menos direitos (especialmente aqueles que são menos comuns em outras constituições) e proporcionam menos independência judicial, em geral, “há pouca diferença entre as constituições escritas por ditadores e as escritas por democratas”.⁷⁹ E essa diferença, curiosamente, diminuiu após a Guerra Fria, quando então teve início um movimento crescente e ainda não finalizado de processos constituintes ao redor do globo.⁸⁰ Portanto, pelo menos em seu conteúdo, constituições democráticas e autoritárias não são tão diferentes. É óbvio que os regimes autoritários tendem a prometer direitos por causa das aparências e não por um compromisso genuíno.⁸¹ Entretanto, como será visto mais adiante, essa afirmação tem se tornado cada vez mais verdadeira também para regimes democráticos.

Diante desses dados, os autores colocam em dúvida a ideia de que constituições são declarações únicas de identidade e valores nacionais.⁸² Como dizem, “se é verdade que uma constituição expressa ‘a auto-compreensão de uma determinada nação’, essa auto-compreensão deveria presumivelmente ser refletida nos direitos e deveres que definem a relação entre Estado e cidadão”. Acrescentam, no entanto que, na prática, “a forma como

⁷⁸ GODERIS, Benedikt; VERSTEEG, Mila. Transnational Constitutionalism: A Conceptual Framework. In: GALLIGAN, Dennis J.; VERSTEEG, Mila. *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 103-133.

⁷⁹ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. The Content of Authoritarian Constitutions. In: GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto (Eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 141.

⁸⁰ Idem, p. 162.

⁸¹ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. Constitutional Variation among Strains of Authoritarianism. In: GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto (Eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 187.

⁸² Cf., por exemplo, JACOBSOHN, Gary Jeffrey. *Constitutional Identity*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2010.

as constituições definem essa relação é altamente genérica. Além disso, na medida em que as constituições definem essa relação diferentemente, as diferenças tendem a seguir padrões bem definidos e previsíveis” . Então, concluem: “Pode ser que as constituições desempenhem uma função expressiva, mas, se assim for, o que elas expressam não é exatamente único. Talvez elas devam ser consideradas expressões não de identidade nacional, mas de pertença à comunidade global ou a uma família constitucional ” . Contudo, acrescentam: “ Alternativamente, na medida em que constituições são de fato declarações de identidade nacional, as fortes semelhanças e padrões que elas exibem levantam a possibilidade de que a identidade nacional esteja se tornando cada vez mais globalizada e menos distintiva ” .⁸³ Obviamente, quanto maior for a dissociação entre a constituição e a sociedade, mais propenso estará o povo a não vê-la como um documento que os une. Além de isomórficas, as constituições estão se tornando impopulares. É preciso que o processo constituinte produza um documento que também represente os anseios e particularidades de uma nação - desafios, objetivos, metas e dramas vividos por seu país. Mas o que estaria provocando essa difusão de padrões constitucionais e uma possível alienação constitucional?

1.2.3 Possíveis Fatores de Difusão de Padrões Constitucionais

As constituições contemporâneas, argumenta-se, são documentos intrinsecamente transnacionais, cujo conteúdo é moldado, em grande parte, por vários processos de influência transnacional.⁸⁴ Como exposto acima, elas possuem um componente genérico que provoca um certo isomorfismo constitucional. Mas é preciso perquirir as razões que levam a esse fenômeno. Certamente, é possível que ele seja resultante da combinação de múltiplos fatores, inclusive alguns ainda não identificados. Embora não exista um acordo sobre como ocorre a difusão⁸⁵ no que diz respeito às normas transnacionais, é possível identificar na literatura pelo menos quatro fatores.⁸⁶ Os dois primeiros se dão em função de cálculos de custos e

⁸³ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, p. 1243-1244.

⁸⁴ Cf., especialmente, GODERIS, Benedikt; VERSTEEG, Mila. *Transnational Constitutionalism: A Conceptual Framework*, p. 103-133.

⁸⁵ Como bem explicam Zachary Elkins e Beth Simmons, “a pesquisa de difusão é motivada pela observação de que os estados-nação, ou alguma outra unidade jurisdicional, escolhem instituições similares dentro de um período razoavelmente limitado de tempo” . ELKINS, Zachary; SIMMONS, Beth. *On Waves, Clusters, and Diffusion: A Conceptual Framework*. *The Annals of the American Academy*, v. 598, p. 2, 2004. Cf., também, COPPEDGE, Michael. *Diffusion Is No Illusion*. *Comparative Political Studies*, v. 39, n. 4, p. 463-489, 2006.

⁸⁶ Cf. sobretudo, GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. *How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law*. *Duke Law Journal*, v. 54, n. 3, p. 621-703, 2004; ELKINS, Zachary. *Constitutional Networks*, p. 43-64; GODERIS, Benedikt; VERSTEEG, Mila. *Transnational Constitutionalism: A*

benefícios. Isso significa que, quando países adotam as mesmas normas estabelecidas em constituições estrangeiras ou em diplomas internacionais, eles o fazem por razões estratégicas ou receios de sanções diplomáticas, e não, ou não apenas, por estarem convencidos de que a norma em questão é correta ou apropriada para o país. Já os dois outros não se relacionam com interesses econômicos ou receios de nenhum tipo. Envolvem, pelo contrário, processos de assimilação desinteressados que podem, no entanto, ser negativos, com se verá adiante.

O primeiro deles é a *coerção*, que representa o processo pelo qual Estados poderosos, como ex-colonizadores e outros países que fornecem ajuda financeira exercem pressão e constrangimentos de diversas ordens para que países frágeis e em transição adotem arranjos constitucionais e direitos específicos globalmente reconhecidos.⁸⁷ É comum que Estados mais fortes explorem assimetrias de poder para impor suas preferências constitucionais em países mais fracos ou debilitados, induzindo-os a adotarem normas por meio de algum sistema *by the carrots and sticks*.⁸⁸ Esse fenômeno pode se dar de forma severa, por meio, por exemplo, do uso de força militar. Mas também pode ocorrer de forma sutil, o que ocorre geralmente por pressões de caráter comercial, político, financeiro ou diplomático.⁸⁹ A elaboração das constituições da Alemanha e do Japão são os exemplos mais emblemáticos da primeira forma, já que ambos os documentos foram construídos sob fortes constrangimentos de potências ocupantes. Coerções em semelhantes contextos de ocupação foram exercidas mais recentemente no Iraque,⁹⁰ Afeganistão⁹¹ e Timor Leste,⁹² para fornecer apenas alguns exemplos. Embora nesses casos a coerção tenha sido mais sutil, já que as constituições nesses

Conceptual Framework, p. 103-133; e DIXON, Rosalind; POSNER, Eric. The Limits of Constitutional Convergence. *Chicago Journal of International Law*, v. 11, n. 2, p. 399-423, 2010; ELKINS, Zachary; SIMMONS, Beth. On Waves, Clusters, and Diffusion: A Conceptual Framework, p. 1-19.

⁸⁷ DIXON, Rosalind; POSNER, Eric. The Limits of Constitutional Convergence, p. 414 e ss.

⁸⁸ Expressão idiomática utilizada na literatura sobre difusão de padrões que se refere a uma política de oferecer uma combinação de recompensas e punições para induzir um bom comportamento. Cf. GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law, p. 630-638.

⁸⁹ Por exemplo, para se tornar membro do Conselho da Europa, os candidatos devem “aceitar os princípios do Estado de Direito e o gozo de todas as pessoas sob sua jurisdição dos direitos humanos e das liberdades fundamentais” (Estatuto do Conselho da Europa, art. 3^o). Como afirma Christina E. Parau, o processo constituinte da Romênia pós-comunista caracterizou-se por um empréstimo generalizado de nações ocidentais porque os romenos sentiam que “não tinham chance de entrar no Conselho da Europa sem uma nova constituição que fosse fundamentalmente diferente [da anterior]”. Cf. PARAU, Christina E. Romania’s Transnational Constitutional: A Traditional of Elite Learning and Self-Empowerment. In: GALLIGAN, Denis J; VERSTEEG, Mila. *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 497-531.

⁹⁰ ARATO, Andrew. *Constitution Making Under Occupation: The Politics of Imposed Revolution in Iraq*. New York: Columbia University Press, 2009.

⁹¹ THIER, J. Alexander. Big Tent, Small Tent: The Making of a Constitution in Afghanistan. In: MILLER, Laurel E (Ed.). *Framing the State in Times of Transition: Case Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 535-562.

⁹² WALLIS, Joanne. *Constitution Making during State Building*. New York: Cambridge University Press, 2014.

países foram elaboradas com relativa participação popular, há quem considere essa sutileza como “a última e mais sofisticada forma de constitucionalismo imposto” .⁹³

A coerção também pode ocorrer quando um Estado obriga outro a adotar um conjunto de normas internacionais ou nacionais de direitos humanos, seja através da pressão para assinar instrumentos internacionais ou imposição constitucional. Essa hipótese geralmente ocorre em processos de descolonização,⁹⁴ como se deu nas antigas colônias britânicas na África e no Caribe, cujo processo, como já se antecipou, ocorreu com a exigência de que os países agora independentes adotassem declarações de direitos inspiradas na Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁹⁵ Na Micronésia, os conselheiros dos Estados Unidos pressionaram por uma declaração de direitos segundo as linhas da Constituição americana.⁹⁶ A coerção também leva a adoção de normas de tratados internacionais. Nos dias atuais, os constituintes enfrentam pressão para incorporar esses tratados, ou suas disposições, aos seus projetos constitucionais.⁹⁷ Como afirma Tom Ginsburg e outros, os “documentos de direitos internacionais, começando pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, moldaram o menu dos direitos das constituições nacionais de maneira poderosa” . E mais: “esses convênios parecem coordenar o comportamento dos constituintes nacionais, independentemente de seus países estarem legalmente comprometidos com os acordos” .⁹⁸

O segundo fator ligado a uma racionalidade de custo-benefício é a *concorrência* por recursos econômicos. A lógica do argumento é de que “a concorrência pelo capital de investimento encoraja os países a oferecer pacotes atraentes de direitos de propriedade e de direitos humanos” .⁹⁹ Esse fator incentiva os Estados, especialmente os novos, a imitarem estrategicamente constituições de outros países democrático e economicamente estabelecidos,

⁹³ FELDMAN, Noah. Imposed Constitutionalism. *Connecticut Law Review*, v. 37, p. 859, 2005.

⁹⁴ GO, Julian. A Globalizing Constitutionalism? Views from the Postcolony, 1945-2000. *International Sociology*, v. 18, n. 1, p. 71-95, mar. 2003.

⁹⁵ PARKINSON, Charles. *Bills of Rights and Decolonization: The Emergence of Domestic Human Rights Instruments in Britain's Overseas Territories*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

⁹⁶ TAMANAHA, Brian Z. Battle between Law and Society in Micronesia. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 584 e ss.

⁹⁷ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*, passim; ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; SIMMONS, Beth A. Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice, p. 61-95; LINOS, Katerina. Diffusion through Democracy. *American Journal of Political Science*, v. 55, n. 3, p. 688, 2011.

⁹⁸ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; SIMMONS, Beth A. Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice, p. 61.

⁹⁹ LAW, David S. Globalization and the Future of Constitutional Rights. *Northwestern University Law Review*, v. 102, n. 3, p. 1283, 2008.

com o propósito de atrair investidores estrangeiros.¹⁰⁰ Seguindo uma lógica de mercado, a adoção de normas estrangeiras e internacionais seria motivada pela competição por investimento e capital estrangeiros. Muitos países podem adotar normas constitucionais genéricas que facilitam o comércio, a economia, asseguram a propriedade ou facilitam a assunção de compromissos internacionais com o intuito de atrair interesses comerciais de grandes aglomerados econômicos ou mesmo de fundos de investimentos. Há evidências que sugerem que, se um determinado país adotar certa política ou instituições jurídicas, é muito provável que seus concorrentes também o farão como forma de se tornarem igualmente atraentes perante o mercado. Por exemplo, é natural que investidores não tenham interesse em países que não oferecem proteção confiável ao direito de propriedade. Partindo disso, descobriu-se que “há fortes evidências de que os estados estão realmente modificando suas práticas constitucionais e se comprometendo com um regime comum de direitos de propriedade para atrair capital” .¹⁰¹

Mas investidores também podem se interessar por países que protegem direitos básicos de forma mais ampla, ainda que por razões meramente estratégicas. Por exemplo, países que protegem seriamente os direitos humanos são tipicamente estáveis e regimes estáveis geralmente gozam de maior apoio popular, não sendo, por consequência, ameaçados por levantes populares que podem pressionar as autoridades locais a mudarem a legislação de tempos em tempos. A proteção a direitos básicos também é interessante para atrair trabalhadores qualificados que se recusam a trabalhar em países inseguros. Investidores também consideram seus custos reputacionais, já que consumidores estão cada vez mais atentos à forma como os produtos que consomem são produzidos, ou seja, se a confecção envolve trabalho infantil ou escravo, por exemplo. Isso gera publicidade negativa, o que, por sua vez, afeta rendimentos. Portanto, entrincheirar direitos básicos no texto constitucional é uma forma de enviar sinais positivos a investidores. Isso sugere a possibilidade de haver uma competição não declarada entre países pela padronização de suas constituições. Pressões competitivas podem, por um lado, favorecer a adoção de direitos humanos. Por outro lado, visando exageradamente a concorrência ou mesmo interesses próprios, constituintes, como se verá adiante, podem tornar a constituição excessivamente enganosa.

O terceiro fator é a *aprendizagem*. A lógica aqui já não é mais de custo-benefício como a dos anteriores. A difusão por aprendizagem não se dá visando ganhos econômicos ou

¹⁰⁰ GODERIS, Benedikt; VERSTEEG, Mila. Transnational Constitutionalism: A Conceptual Framework, p. 112-114.

¹⁰¹ LAW, David S. Globalization and the Future of Constitutional Rights, p. 1307 e ss.

buscando evitar algum tipo de sanção externa, mas, sim, pelo convencimento de que as normas ou instituições adotadas por outros países são benéficas por razões não estratégicas. Muitas vezes, escolhas constitucionais de um país alteram as crenças preexistentes em outros países, especialmente quando há traços históricos, culturais ou religiosos semelhantes. É possível que a adoção de normas semelhantes se dê em razão de os constituintes estarem convencidos da validade, correção ou adequação da norma que estão reproduzindo. Mas nem sempre é pelo completo convencimento. O problema fundamental com o fator aprendizagem é que os atores políticos, em geral, muitas vezes têm dificuldade em avaliar antecipadamente as consequências das várias normas, instituições e políticas que resolvem adotar.¹⁰² Alguns acreditam que a difusão de padrões normativos pelo mundo pode estar apenas seguindo a lógica do Teorema do Júri Condorcet.¹⁰³ Aplicando essa hipótese ao processo constituinte, é possível que constituintes acreditem que, se a maioria dos países adota determinada norma, então essa norma tem maior probabilidade de ser correta ou melhor. Esse comportamento pode estar gerando “cascatas constitucionais”. Isto porque a adoção generalizada de uma determinada norma ou prática na comunidade internacional aumenta a probabilidade de outros estados seguirem a mesma norma ou prática.¹⁰⁴

Portanto, a adoção de regras constitucionais estrangeiras pode estar ocorrendo por meio de um raciocínio não completamente informado, ou mesmo por simples crenças difusas e ou mero entusiasmo. Embora a fonte de aprendizado possa ser um sistema com reputação reconhecida, há também o risco de as fontes de aprendizado serem selecionadas com vieses nada imparciais, dando espaço à prática de um *cherry picking* constituinte. Também é possível que o aprendizado ocorra pela influência de um líder político carismático que se interesse por normas constitucionais mais benéficas aos seus planos políticos. Há também o risco decorrente do tempo e conhecimentos limitados, o que significa dizer que o aprendizado pode se limitar a países com os quais os constituintes estejam mais familiarizados. Talvez, por isso, haja razão para se acreditar que os constituintes estejam buscando inspiração em sistemas jurídicos semelhantes. Mas pode ser também que a prática constituinte real não passe

¹⁰² ELKINS, Zachary; SIMMONS, Beth. On Waves, Clusters, and Diffusion: A Conceptual Framework, p. 11.

¹⁰³ Eric A. Posner e Cass R. Sunstein evocaram o teorema para oferecer uma explicação da prática judicial de invocação de precedentes estrangeiros por cortes ao redor do mundo. Como declaram, “o Teorema do Júri formaliza a intuição simples de que as práticas de outros países fornecem informações relevantes e que os tribunais não devem ignorar essas informações. Sugerimos que o Teorema do Júri fornece o argumento mais simples para seguir as práticas de outros estados: sugere que, se a maioria dos estados acredita que X é verdade, há motivos para acreditar que X é, de fato, verdade”. POSNER, Eric A; SUNSTEIN, Cass R. The Law of Others. *Stanford Law Review*, v. 59, p. 136, 2006.

¹⁰⁴ COPE, Kevin L. The Intermestic Constitution: Lessons from the World’s Newest Nation. *Virginia Journal of International Law*, v. 53, n. 3, p. 675, 2013.

de uma “bricolagem” constitucional. É que, não raras vezes, “uma constituição é montada a partir de provisões que os redatores de uma constituição selecionaram quase ao acaso de qualquer coisa que estivesse à mão quando chegou o momento de lidar com um problema particular” .¹⁰⁵ Em resumo, esse fator “pode envolver um processo de adoção institucional mais ou menos racional, mas também pode refletir distorções cognitivas que levam à mera imitação” .¹⁰⁶

O último fator da difusão é a *aculturação*, cuja lógica é a de que constituintes imitam modelos estrangeiros para obterem recompensas sociais, mesmo quando não há benefícios aparentes na adoção e eles não estejam suficientemente convencidos da adequação ou utilidade funcional do conteúdo das normas que copiam. Aqui, a adoção das normas é feita com o propósito de ganhar aceitação de outras nações. Como afirmam Rosalind Dixon e Eric Posner, “estados fracos, em particular, também podem querer manter uma reputação de cooperação entre estados poderosos e, por esta razão, tentar antecipar os desejos de estados poderosos imitando suas formas constitucionais, mesmo sem ser solicitado a fazê-lo” .¹⁰⁷ Muitas vezes os Estados se conformam a modelos constitucionais que consideram modelos legítimos e que simbolizam algum avanço civilizatório. Às vezes, aculturações ocorrem por receio de vergonha e de aparentar retrocesso. Portanto, “a lógica da aculturação sugere que os Estados também sentem um desejo de pertencer a determinados grupos de países” .¹⁰⁸ Deste modo, os constituintes podem adotar disposições constitucionais padronizadas, principalmente para garantir o reconhecimento internacional, mesmo na ausência de uma motivação interna ou de uma necessidade funcional de tais disposições.¹⁰⁹ Ou seja: os Estados “podem mudar voluntariamente suas normas para evitar serem excluídos ou isolados, ou para preservar ou melhorar sua reputação de cooperação internacional” , sendo esse fenômeno uma espécie de coerção “suave” .¹¹⁰

A adoção do direito internacional é uma estratégia útil para as democracias entrincheirarem políticas específicas, incentivar a confiança nos governos e regimes políticos

¹⁰⁵ TUSHNET, Mark V. The Possibilities of Comparative Constitutional Law. *Yale Law Journal*, v. 108, n. 6, p. 1285, 1999.

¹⁰⁶ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; SIMMONS, Beth A. Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice, p. 68.

¹⁰⁷ DIXON, Rosalind; POSNER, Eric. The Limits of Constitutional Convergence, p. 414.

¹⁰⁸ GODERIS, Benedikt; VERSTEEG, Mila. Transnational Constitutionalism: A Conceptual Framework, p. 120.

¹⁰⁹ DIXON, Rosalind; POSNER, Eric. The Limits of Constitutional Convergence, p. 403.

¹¹⁰ Idem, p. 403.

e reforçar a reputação do Estado perante a comunidade internacional.¹¹¹ A ideia é ser aceito “pelos melhores” na tentativa de convencer a comunidade internacional de que o país em questão pode ser considerado como parte de uma família de países com reputação. Em outros termos, “o direito internacional, embora muitas vezes descrito como em tensão com a democracia local, pode, de fato, ajudar a facilitar a democratização, tornando as promessas das novas democracias mais credíveis” .¹¹² Mas, como ocorre na aprendizagem, a influência por meio da aculturação não precisa ser global. Afinal, alguns países - ou constituintes - podem compartilhar mais interesses e afinidades com culturas específicas. De modo que, o caráter transnacional das constituições pode se regionalizar.

Constituintes podem adotar normas de outros países, não obstante seu conteúdo, simplesmente como forma de tentar aumentar sua reputação e sua legitimidade no plano global. Nesse sentido, o conteúdo do que adotam pode ser menos importante do que o relacionamento e reconhecimento que buscam construir no plano internacional. Aqui, diferentemente do que ocorre na aprendizagem, onde os constituintes aceitam as normas como resultados de suas crenças ou convicções, a conformidade a normas estrangeiras é desvinculada de sua aceitação interna. Naturalmente, é esperado que o resultado seja uma dissociação entre normas e realidade. Autores sugerem que a aculturação de atores estatais é o principal mecanismo pelo qual padrões constitucionais se difundem. Para esses autores, os direitos constitucionais e os direitos internacionais compartilham as mesmas origens ideológicas, e a mesma experiência de difusão isomórfica que, em suas análises, tem pouca ou nenhuma relação com as condições locais.¹¹³ De modo geral, a aculturação pode gerar um isomorfismo constitucional prejudicial.¹¹⁴

Portanto, é através de tais mecanismos de difusão que as constituições modernas se tornaram constituições transnacionais. Essa afirmação é apoiada por vários estudos empíricos, especialmente os que envolvem a adoção de tratados, convenções e outras normativas

¹¹¹ GINSBURG, Tom; CHERNYKH, Svitlana; ELKINS, Zachary. *Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law*, p. 201-237.

¹¹² *Idem*, p. 237.

¹¹³ GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. *How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law*, p. 646-653. Alguns estudiosos têm sugerido que a África do Sul teria adotado o modelo constitucional de sua constituição como meio de assegurar o reconhecimento por parte da comunidade internacional. Cf. KLUG, Heinz. *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 6-7. Essa afirmação também foi feita por outros estudiosos: “Embora o processo de elaboração da constituição sul-africana tenha sido elogiado por seu amplo e inclusivo processo de redação, o conteúdo da constituição sul-africana foi moldado por normas internacionais e não por identidades locais” . GORDERIS, Benedikt; VERSTEEG, Mila. *Transnational Constitutionalism: A Conceptual Framework*, p. 121.

¹¹⁴ GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. *How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law*, p. 621-703.

internacionais. Contudo, para os constituintes, a adesão às normas transnacionais gera muitos benefícios com poucos custos de atendimento. Conscientes de que as disposições em matéria de direitos podem restringir o governo menos na prática do que no papel, constituintes parecem aderir facilmente a modelos internacionais, tomam conselhos de atores estrangeiros na elaboração dessas disposições de direitos, ou ambas as coisas. Essa é uma das possíveis causas de um constitucionalismo enganoso.

1.2.4 O Constitucionalismo Enganoso

“Às vezes, as constituições mentem” . Assim iniciam David S. Law e Mila Versteeg um dos seus mais interessantes artigos. Penso, porém, que os autores foram bondosos ao escolherem o advérbio para esta frase, pelo menos ao se referirem às Constituições *large-C*. Na verdade, seus achados sugerem que as constituições *geralmente* mentem. A literatura sobre o que pode ser chamado de insinceridade constitucional, como era de se esperar, é significativa¹¹⁵ e os exemplos de normas constitucionais insinceras são cada vez mais abundantes. Há vários estudos empíricos que demonstram um abismo entre as disposições de direitos constitucionais e o verdadeiro respeito pelos direitos.¹¹⁶ A suposição de que as constituições podem vir a ser apenas “obstáculos de pergaminhos” , é bastante antiga. Hoje, no entanto, há dados que parecem confirmá-la. E esse não é um mal das constituições de países pobres ou pouco democráticos. Mesmo em países ricos e com elevados níveis democráticos é possível se verificar a existência de um amplo espaço entre a constituição e a realidade, embora, como se verá, seja verdadeiro que, em países com condições econômicas e políticas especialmente desfavoráveis, “esse espaço pode se alargar até um abismo” .¹¹⁷

Com base em um extenso conjunto de dados que abrange as disposições relativas aos direitos de cada constituição no mundo nos últimos sessenta anos, os autores atribuíram pontuações e rankings a países que refletem a medida em que eles realmente cumprem os direitos estabelecidos em suas constituições. Eles também identificaram os direitos constitucionais que são mais frequentemente não cumpridos na prática, as regiões às quais pertencem as constituições que reconhecem esses direitos e variáveis que preveem a ocorrência de “falsos” constitucionalismos. Eles criaram uma interessante tipologia de

¹¹⁵ Cf. o inventário feito em LAW, David S. Constitutions. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert (Eds.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 381-382.

¹¹⁶ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. *Sham Constitutions*, p. 865-869.

¹¹⁷ *Idem*, p. 869.

constituições e medidas de desempenho constitucional que levam em conta não só o sucesso de um país em cumprir os direitos estabelecidos em suas constituições, mas também a variedade de direitos que cada uma delas contém. Aplicando uma metodologia sofisticada, eles, então, identificam uma série de tendências globais quanto à proteção de direitos *de jure* e de direitos *de facto*. A pesquisa é ainda mais profunda. Os autores analisam quais direitos constitucionais são mais comumente descumpridos na prática. O que descobriram os levou a concluir que, ao redor do mundo, há um aumento constante de constituições enganosas.

Quanto à aptidão para produzir efeitos concretos na realidade, é conhecida a classificação das constituições proposta por Karl Loewenstein. Para esse autor, constituições *normativas* são aquelas que efetivamente conformam o processo político e as relações sociais, sendo plenamente observada pela sociedade. Já as constituições chamadas por ele de *nominais* são as que não correspondem à forma como a sociedade é organizada no mundo real, devido ao fato de as condições econômicas e políticas necessárias para sua efetividade não estarem presentes. Por sua vez, as constituições consideradas *semânticas* são as que operam apenas como instrumentos para a legitimação de regimes autoritários. À essa classificação pode ser adicionada a ideia de constituições simbólicas defendida por Marcelo Neves, cuja a intenção é identificar as constituições que não correspondem minimamente à realidade.

Uma constituição *enganosa*, porém, é aquela “cujas provisões não se confirmam na prática” .¹¹⁸ Isso pode ser identificado por meio da análise da diferença entre o que um país promete em sua constituição e o que ele entrega na prática. Assim, quanto maior essa diferença, mais enganosa será a constituição. A classificação tem uma série de vantagens. Em primeiro lugar, ela não leva em conta se uma constituição pode ou não ser considerada constituição pela ausência de certos direitos. Não se trata de uma análise normativa ou prescritiva a propósito do conteúdo da constituição. Portanto, não faz qualquer diferença quais direitos uma constituição prometeu ou se, de fato, ela promete qualquer direito. Por exemplo, uma constituição que descreve com precisão um governo totalmente tirânico pode ser normativamente insatisfatória, mas não é enganosa na definição dos autores. Em segundo lugar, para a classificação de uma constituição como enganosa, é desnecessário especular sobre os motivos pelos quais diferentes países violam ou mantêm suas obrigações constitucionais. Do contrário, ela se aproximaria da ideia de constituições *nominais*.

¹¹⁸ Idem, p. 880.

As constituições enganosas também diferem das chamadas constituições *aspiracionais*. Estas são constituições cujos “direitos constitucionais são tipicamente estabelecidos como forma de luta para mudar o *status quo*” .¹¹⁹ As constituições aspiracionais pressupõem uma sinceridade de propósitos constituintes. Por essa razão, é especialmente difícil, e até desnecessário, diferenciar uma constituição enganosa de uma constituição aspiracional. Em primeiro lugar, nenhum país irá admitir que sua constituição é enganosa. É muito mais fácil colocar a culpa em fatores externos. Portanto, é muito mais provável atribuir a ela um caráter aspiracional. Também não há - e é difícil pensar como seriam levantados - dados sobre o grau de sinceridade por trás de cada uma das constituições mundiais. Em segundo lugar, a distinção entre as constituições aspiracionais e enganosas é em parte obscura e mais uma questão de grau do que de tipo. Além de ser difícil identificar a intenção dos constituintes, como a teoria constitucional tem mostrado, “é questionável se o não cumprimento constitucional pode ser explicado apenas como uma função de redação constitucional de má fé em um extremo ou fracasso bem-intencionado, no outro extremo” .¹²⁰ Embora de boa-fé, a adoção consciente de uma constituição inegavelmente irrealista pode ser caracterizada como um ato de insinceridade tão recriminável quanto uma atitude de absoluta indiferença em relação ao cumprimento da constituição.

Mas, segundo a análise dos autores, entre uma constituição enganosa e uma honesta, há tipos intermediários. Isso dependerá de quanto é prometido e cumprido. Com base nisso, os autores oferecem quatro tipos de constituições. Para deixar claro, as constituições *enganosas* são aquelas que prometem *muito*, mas entregam *pouco*. As constituições *fortes* seriam aquelas que prometem *muito* e entregam *muito*. Já as constituições *fracas* são o extremo oposto destas últimas. Elas prometem *pouco* e entregam *pouco*. Por fim, há as constituições *modestas*, que são aquelas que prometem *pouco*, mas entregam *muito*.

Para realizar a avaliação, os autores recolheram dados sobre o conteúdo relacionado a direitos de todas as constituições nacionais no mundo nas últimas seis décadas. Especificamente, o conjunto de dados abrange um total de 729 constituições adotadas por 188 países diferentes, de 1946 até 2010. A partir disso, os autores consideraram uma lista de quinze direitos agrupados em três categorias que denominaram da seguinte maneira. O primeiro grupo é composto por *direitos à integridade pessoal*, que incluem proteções constitucionais contra abuso psíquico, detenção e punições arbitrarias. A segunda categoria é

¹¹⁹ DORF, Michael C. The Aspirational Constitution. *The George Washington Law Review*, v. 77, p. 1633, 2009.

¹²⁰ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. *Sham Constitutions*, p. 881.

a das *liberdades civis e políticas*, que envolvem direitos negativos, como liberdades de expressão e consciência, bem como direitos políticos básicos. Por último, há a categoria dos *direitos socioeconômicos e coletivos*, na qual são incluídos direitos prestacionais como à saúde, educação e direitos coletivos de gênero e minorias. Utilizando indicadores quantitativos de relatos de violações a direitos,¹²¹ os autores estabeleceram pontuações: 0 para os países que violam rotineiramente um certo direito; 0,5 para países que violam sem muita frequência o mesmo direito; e 1,0 para países que não relataram violações a esse direito. A partir disso, os autores extraíram várias conclusões.

Como era de se esperar, “a análise inicial dos dados confirma que a mera recitação de direitos em uma constituição não se traduz em um verdadeiro respeito por esses direitos na prática” .¹²² Na verdade, em geral, a relação entre um direito e o seu respeito *de facto*, em alguns casos, é negativa. Isso significa que o entusiasmo transnacional de inclusão de mais direitos no papel descrito na seção anterior nem sempre é igualado pelo aumento do compromisso com os direitos na realidade. As garantias formais de direitos socioeconômicos estão mal relacionadas com a prática real. Como mostram os dados, a correlação entre o reconhecimento de direito e o cumprimento dos direitos socioeconômicos e coletivos foi negativa ou próxima de zero, a partir da década de 1980. O desempenho mundial das liberdades civis e políticas não são tão diferentes. Como afirmam autores, “embora a correlação entre as liberdades civis e políticas *de jure* e *de facto* tenha sido positiva durante a maior parte do último quarto de século, e tenha atingido seu pico na década de 1980, ela agora exhibe claramente uma tendência decrescente” .¹²³

As chamadas *taxas de desempenho insatisfatório* revelam em que medida os países que prometem *muitos* direitos no papel conseguem cumprir esses direitos na prática. Em outras palavras, essas taxas distinguem países com constituições *enganosas* e aqueles com constituições *fortes*.¹²⁴ Com base nessas taxas, foi possível estabelecer duas listas de dez países. Uma lista representa um “hall da fama” e a outra, um “hall da vergonha” . Elas

¹²¹ Para explicação dos indicadores e dados, Cf. Idem, p. 936-940.

¹²² Idem, p. 892.

¹²³ Idem, p. 896.

¹²⁴ Uma pontuação de 0 indica que o país em questão violou seriamente todos os direitos em sua constituição, enquanto uma pontuação de 1 indica que o país respeitou plenamente todos os direitos em sua constituição. Os autores usaram o número absoluto de direitos prometidos como desempate entre países com os mesmos resultados brutos. Assim, por exemplo, embora a Finlândia e a Islândia tenham conseguido defender todos os direitos em suas constituições a partir de 2010, a Finlândia supera o ranking porque sua constituição contém mais direitos e seu sucesso é, portanto, mais abrangente. No entanto, enquanto a Constituição da Eritreia contém onze dos quinze direitos da lista formulada, a Constituição de Mianmar contém apenas dez. Assim, apesar de empatados na pontuação geral, a Eritreia recebe uma classificação inferior à de Mianmar.

são separadas por décadas - 1981, 1990, 2000 e 2010. No “hall da fama”, a Finlândia lidera nas duas últimas décadas (2000 e 2010), estando Japão (1990) e Itália (1981) nas demais décadas. No “hall da vergonha”, Nigéria lidera na última década (2010), Afeganistão nas duas anteriores (2000 e 1990) e Irã na primeira (1981).

Já as *taxas de desempenho excessivo* se centram no subconjunto de países cujas constituições contêm relativamente *poucos* direitos, permitindo distinguir entre países com constituições *modestas*, que prometem poucos direitos no papel, mas respeitam muitos na prática, e países com constituições *fracas*, que evidenciam pouca proteção a direitos no papel ou na prática. Segundo os autores, por essas taxas, é possível revelar se há países que cumprem direitos que são omitidos em seus textos constitucionais.¹²⁵ Duas tabelas são então elaboradas indicando as constituições mais modestas e as constituições mais fracas, separados por décadas - 1981, 1990, 2000 e 2010. Na ordem das décadas, as constituições mais modestas são: Holanda (1981), Finlândia (1990), Noruega (2000) e Dinamarca (2010). Na mesma ordem, as constituições mais fracas são: África Central (1981), Burundi (1990), Coreia do Norte (2000) e Arábia Saudita (2010).

Alguns dos países que aparecem na lista de constituições mais modestas possuem constituições relativamente antigas, o que é inteiramente consistente com a ideia de que as constituições antigas tendem a conter uma variedade de direitos menos abrangente. A Constituição dos Estados Unidos, a mais antiga do mundo, aparece nas listas de constituições modestas, em todas as décadas analisadas, embora em posições diferentes. A segunda mais antiga, a da Noruega, também aparece. Na mesma lista, também constam constituições que não possuíam declarações de direitos há pouco tempo atrás. É o caso da Nova Zelândia, que adotou uma *Bill of Rights* apenas na década de 1990. Embora, na década de 1981, a constituição desse país não tivesse nenhum dos quinze direitos da lista, ela honrou todos eles. Os países identificados como possuidores de constituições mais fracas, ao contrário, são aqueles que combinam constituições com poucos direitos reconhecidos em seus textos. Embora países como a Arábia Saudita e Guiné não possam ser criticados por mentirem em suas constituições, é pouco provável que essa sinceridade satisfaça aqueles que associam o constitucionalismo ao respeito pelos direitos.

Os autores também elaboram tabelas reveladoras do desempenho constitucional em cada categoria de direitos para os grupos de performance insuficiente e performance

¹²⁵ Cada país recebe uma pontuação entre 0 e 1 que é igual à proporção de direitos omitidos que, no entanto, foram respeitados na prática. Por exemplo, a Constituição da Austrália, que não possui uma declaração de direitos, inclui apenas dois dos quinze direitos listados.

excessiva. Para cada um desses grupos é elaborada uma tabela dos “piores violadores” e dos “desempenhos mais fortes” para cada um dos grupos de direitos. Quanto às Liberdades Civis e Políticas, países como Cuba, Irã, Coreia do Norte, Sudão, Síria e Vietnã são os piores do grupo de constituições de performance insuficiente. Já países como Finlândia, Granada, Islândia, Japão e Portugal figuram entre os melhores. Na lista dos Direitos Sociais e Políticos, como era de se esperar, estão os países mais pobres do mundo, entre eles Benin, Burkina Faso, Chade e Guiné-Bissau. Também não é surpreendente que os países que cumprem os compromissos constitucionais deste tipo tendem a ser países de médio a alto rendimento econômico, como a Bélgica e Belize.

Outro dado interessante e revelador diz respeito às regiões que possuem mais constituições enganosas. A ordem decrescente é a seguinte: Sul da Ásia, África Subsaariana, Norte da África e Oriente Médio (empatados), Europa Central e Oriental e Ásia Central (empatados), América Latina e Caribe (empatados), Ásia Oriental e Pacífico (empatados), Europa Ocidental e América do Norte (empatados). O interessante aqui é que a média de direitos prometidos aumentou em praticamente todas as regiões entre os anos de 1981 e 2010, um período de intensa elaboração de novas constituições.¹²⁶ Por exemplo, em 1981, a média no Sul da Ásia era de 7,86, passando para 10,5, em 2010. Na África Subsaariana, em 1981, a média era de 5,59, passando para 10,34, em 2010. No Norte da África e Oriente Médio, a média, que era de 7,64, pulou para 11,86. Gráficos também demonstram que o número de constituições enganosas aumentou exponencialmente ao longo das últimas décadas.

Outro dado interessante é que a diferença entre as regiões, como alertam os autores, não é completamente influenciada pela riqueza dos países:

Análises adicionais sugerem que essas diferenças de desempenho entre as regiões não são atribuíveis unicamente aos diferenciais de riqueza. A análise de regressão discutida na Parte VI deste artigo revela que a região geográfica continua a ser um sinal estatisticamente significativo de baixo desempenho constitucional, mesmo que se controle o produto interno bruto (PIB) per capita e uma série de outras variáveis. Este achado de padrões intrinsecamente regionais é consistente com estudos existentes sobre a difusão de políticas, que há muito evidenciou a tendência das jurisdições vizinhas de adotar políticas similares por razões relacionadas à sua proximidade. Na medida em que os governos de uma determinada região servem de referência e fontes de inspiração um para o outro, não é surpreendente que eles adotem abordagens semelhantes para a implementação de redação da constituição.¹²⁷

¹²⁶ Idem, p. 897 e ss.

¹²⁷ Idem, p. 911.

Os autores, ao investigarem quais direitos da lista formulada são mais enganadores, descobriram que onze dos quinze direitos são amplamente descumpridos. Tais direitos são completamente respeitados por menos da metade dos países que os prometem em suas constituições. Em ordem decrescente, os três direitos mais enganosos são: proibição de tortura, igualdade de gênero em questões econômicas, igualdade de gênero em questões sociais (embora direitos relacionados às mulheres estejam entre os nove mais presentes nas constituições nacionais).¹²⁸ Chama atenção o fato de a liberdade de religião, o direito mais popular nas constituições nacionais,¹²⁹ seja violado em 70% dos países analisados. Os autores também formulam uma tabela que indica se a proteção constitucional formal do direito está correlacionada com um maior respeito por esse direito na prática nos últimos vinte e cinco anos. O que é revelado é assustador: para a maioria desses direitos, a correlação é inexistente ou negativa.¹³⁰

Por razões óbvias, os direitos positivos são mais difíceis de cumprir e, portanto, mais suscetíveis de serem violados do que os direitos negativos. Dos dez direitos mais amplamente violados, quatro são de natureza socioeconômica ou coletiva. Além disso, dois dos quatro direitos para os quais a proteção *de jure* e *de facto* estão negativamente correlacionados são dessa mesma categoria. De modo geral, os países tendem a ganhar pontuações mais altas nas categorias de direitos de integridade pessoal e liberdades civis e políticas do que na categoria de direitos socioeconômicos e coletivos. Nas palavras dos autores,

Em uma escala de 0 a 1, onde 0 indica desrespeito completo e 1 representa o pleno respeito pelos direitos, 80,7% dos países receberam pontuação de 0,5 ou superior na categoria de direitos de integridade pessoal, enquanto 15,9% obtiveram 0,9 ou mais. Com respeito ao desempenho na área das liberdades civis e políticas, as pontuações são mais inclinadas para o topo da escala: 68,8% dos países obtiveram mais de 0,5, enquanto 32,2% obtiveram 0,9 ou mais. Em contrapartida, as pontuações socioeconômicas e de direitos grupais estão fortemente agrupadas em direção ao meio e não ao fim da escala: 28,3% de todos os países receberam uma pontuação de 0,5, que também é a pontuação mediana.¹³¹

Os autores levantam algumas hipóteses de porque alguns países cumprem suas constituições enquanto outros ficam aquém do esperado. Algumas delas envolvem as características do país em questão, enquanto outras referem-se às características das próprias constituições. A primeira característica relacionada ao país seria o nível de democracia. Como supomos na seção anterior, regimes não democráticos podem deliberadamente adotar

¹²⁸ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, p. 1200.

¹²⁹ *Idem*, p. 1200.

¹³⁰ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. *Sham Constitutions*, p. 914.

¹³¹ *Idem*, p. 915.

constituições simuladas como uma estratégia para ganhar reconhecimento e aceitação da comunidade internacional. Parece ser relevante o fato de o país em questão ter ratificado tratados de direitos humanos. O fato de um país ter se comprometido não só em sua própria constituição, mas também com tratados e aos olhos da comunidade internacional, muitas vezes é pensado como um aumento da probabilidade de que tais direitos sejam cumpridos. Mas pesquisas sobre o impacto real de tais tratados revelam muitas vezes o oposto. Há sinais de que os países que pertencem ao *common law* são mais propensos a protegerem direitos na prática. Os conflitos internos e guerras, como não poderiam deixar de ser, influenciam negativamente no cumprimento de direitos. Do mesmo modo, sociedades divididas também podem influenciar o não cumprimento de direitos prometidos constitucionalmente. Naturalmente, uma sociedade homogênea pode tornar mais fácil o cumprimento de direitos para o governo. Outros fatores, como localização geográfica, contingente populacional e economia também parecem influenciar.

Os autores apontam cinco principais características constitucionais. Embora não existam evidências, é muito provável que o não cumprimento de direitos constitucionais esteja relacionado à falta de mecanismos de imposição judicial. Nas últimas seis décadas, houve um aumento substancial na proporção de constituições que explicitamente preveem alguma forma de controle judicial de constitucionalidade. Em 1946, apenas 25% dos países tinham alguma forma de controle judicial explicitamente reconhecida em suas respectivas constituições. Em 2006, essa proporção aumentou para 82%.¹³² A segunda característica é a idade das constituições. Embora não seja muito evidente que constituições mais antigas resultem em níveis mais altos de cumprimento constitucional, “na medida em que os compromissos constitucionais exigem tempo para se enraizar, é de esperar que o cumprimento dos direitos aumente ao longo do tempo”.¹³³ Por outro lado, têm razão os autores ao afirmarem que “a conformidade poderia, em vez disso, diminuir ao longo do tempo se os entendimentos e práticas informais começarem a deslocar a constituição formal, ou se a sociedade evoluir de tal forma que os direitos que antes eram apreciados tornaram-se obsoletos, discutidos ou desvalorizados”.¹³⁴ Outra característica seria o caráter ideológico das constituições em questão. É esperado que constituições “estatistas” gerem maiores dificuldades para serem cumpridas no que tange aos direitos sociais. A ambição

¹³² LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, p. 1200.

¹³³ LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. *Sham Constitutions*, p. 923.

¹³⁴ *Idem*, p. 923.

constitucional é outro fator. Se uma constituição ambiciosa reconhecer direitos além daqueles mais comuns, é provável que ela falhe.

Mas é importante destacar o que se segue:

Embora os países que prometem direitos geralmente tenham piores desempenhos que países que não os prometem, isso não significa necessariamente que os direitos constitucionais formais não possuem qualquer efeito benéfico na prática. A decisão de adotar um determinado direito constitucional pode estar correlacionada com uma série de outras variáveis que escondem ou sobrecarregam o efeito do próprio direito. Por exemplo, o fato de que as proibições constitucionais contra a tortura estão correlacionadas com a prática maior da tortura está aberto a múltiplas explicações. Isso poderia refletir uma tendência por parte de regimes abusivos para proibir a tortura como uma prova para seus críticos. Alternativamente, no entanto, os países que adotam tais proibições podem ser aqueles que estão realmente lutando para superar uma história de abuso de direitos graves, enquanto que os países que estão livres de tortura podem renunciar à proibição como desnecessário. Se os únicos países que adotam a proibição são aqueles que precisam de melhorias, então as proibições de tortura podem estar positivamente correlacionadas com o uso da tortura, mesmo que tenham o efetivo efeito de reduzir o uso da tortura. Assim, as correlações relatadas aqui nem provam nem refutam a noção de que os direitos constitucionais formais fazem uma diferença prática. A questão de saber se e em que condições as constituições formais influenciam o comportamento do governo é notoriamente difícil de responder empiricamente, e não pretendemos resolvê-lo neste artigo.¹³⁵

De qualquer modo, é preciso reconhecer que identificar as lacunas entre texto e prática é uma forma pobre de analisar a eficácia constitucional, “porque as lacunas não indicam quando e como uma constituição faz a diferença”.¹³⁶ O entrincheiramento de um direito pode motivar muitas lutas e mudanças em comportamentos na sociedade. É bem verdade que, às vezes, o intervalo temporal entre a adoção de uma promessa constitucional e sua implementação é longo. É o caso da Décima Quarta Emenda à Constituição americana. Ela só começou a ter real efeito quase cem anos depois de sua adoção. Mas, às vezes, ele também pode ser curto. Veja-se, por exemplo, a Décima Nona Emenda, que estendeu o sufrágio às mulheres. Seu efeito foi imediato. Portanto, o atraso dos efeitos diferirá entre os direitos e dependerá de vários fatores. Além disso, a promessa de um direito também pode levar a um aumento imediato em suas reivindicações, fazendo com que pareça que ele não seja eficaz. Considere o direito à razoável duração do processo e à moradia. O cumprimento desses direitos exige empenho público significativo, o que leva tempo.¹³⁷

¹³⁵ Idem, p. 915.

¹³⁶ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. Time and Constitutional Efficacy. In: GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *Assessing Constitutional Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 236.

¹³⁷ Os exemplos foram retirados de Idem, p. 236 e ss.

De qualquer modo, Tom Ginsburg e outros buscaram avaliar o efeito do tempo sobre a eficácia dos direitos constitucionais. Embora tenham identificado três possíveis efeitos - maturação, declínio e estagnação -, a análise estatística aplicada sugere que o efeito primário do tempo sobre a eficácia dos direitos constitucionais é a maturação. Eles concluíram que à medida que os direitos constitucionais envelhecem, as promessas constitucionais tendem a melhorar seu desempenho. Entretanto, o efeito médio de maturação é relativamente pequeno e existem algumas condições sob as quais o efeito é mais pronunciado. Como afirmam, surpreendentemente, “o efeito da maturação é mais forte nos contextos em que o direito existe há mais de cinquenta anos, quando um país tem uma história de mau desempenho e em regimes autoritários com um nível relativamente alto de independência judicial”. Portanto, em suas palavras, “parece haver muito pouco efeito de maturação nas democracias. Mas nas ditaduras, os direitos constitucionais tornam-se mais eficazes à medida que envelhecem, desde que tenham um poder judiciário independente para impô-los” .¹³⁸

Portanto, essa pesquisa confirma duas suposições dos autores do estudo anterior: a importância do poder judiciário e a evolução dos direitos no tempo, ainda que muito abaixo do que razoavelmente se poderia esperar. Todavia, sem dúvida, o resultado mais surpreendente é que os direitos constitucionais parecem maturar mais em regimes autoritários, o que contraria não só a suposição dos autores do estudo anterior, mas de muitos de nós. Mas há uma explicação possível considerada pelos autores: as democracias já teriam um elevado nível de proteção dos direitos, não havendo espaço para a proteção aumentar, pelo menos em nível suficiente para revelar um aumento comparável ao verificado nas ditaduras. Essa possibilidade, no entanto, também dependerá de inúmeros fatores. De qualquer modo, essa pesquisa sugere que os direitos em uma democracia não maturam o quanto se poderia pensar. Além disso, a média de tempo para sua maturação está acima da média de existência das constituições que, como se verá, é de apenas dezenove anos.

Tudo isso indica que não basta apenas incluir direitos constitucionais nas constituições. As constituições não tornam as palavras mágicas. Uma constituição que promete muito e não cumpre o que promete gera frustração e é desvalorizada. É preciso que o processo constituinte não seja visto como a solução para a mudança da realidade. Mas as constituições parecem não apenas enganosas, mas também impopulares.

1.2.5 O Constitucionalismo Impopular

¹³⁸ Idem, p. 264-265.

É corriqueira a afirmação de que as constituições são declarações de valores, ideais e propósitos que refletem o passado da nação, bem como suas crenças, esperanças e aspirações. Embora as constituições já não possam mais ser consideradas apenas como expressões de valores nacionais, o conteúdo de uma constituição deve dizer algo significativo sobre a identidade da nação, o que envolve dar atenção aos seus desafios, objetivos, metas e dramas. Talvez a forma mais retórica e óbvia de manifestar seus valores e propósitos seja por meio de preâmbulos. Às vezes, eles declaram com ênfase a crença da nação. A Constituição Transitória do Sudão do Sul, por exemplo, começa o preâmbulo agradecendo a “Deus Todo-Poderoso por dar ao povo do Sudão do Sul a sabedoria e coragem para determinar seu destino e futuro” .¹³⁹ Assim também fizeram os constituintes irlandeses, ao promulgarem a constituição “[reconhecendo] firmemente todas as nossas obrigações para com o nosso Divino Senhor, Jesus Cristo, que sustentou nossos país através de séculos de julgamento” .¹⁴⁰ De fato, os preâmbulos constitucionais geralmente contêm um relato da história da nação e ocasionalmente expõem o contexto social para a criação da constituição. O preâmbulo da Constituição da África do Sul de 1996 reconhece implicitamente as lutas do país contra o apartheid, ao declarar: “Nós, o povo da África do Sul, reconhecemos as injustiças do nosso passado; honramos aqueles que sofreram por justiça e liberdade em nossa terra; e acreditamos que a África do Sul pertence a todos os que vivem nela, unidos em nossa diversidade” . Tal como a Constituição da África do Sul fez em seu preâmbulo, algumas constituições também adotaram disposições diretivas de constitucionalismo aversivo, como a Polônia - contra o passado de nazismo, comunismo e fascismo - e Ruanda - contra os horrores do genocídio. Os preâmbulos também podem conter “declarações de missões” , estabelecer os objetivos da nação para o futuro à luz da experiência de seu passado.¹⁴¹ Talvez o preâmbulo da atual Constituição brasileira se encaixe nesse último caso.

¹³⁹ COPE, Kevin L. South Sudan’s Dualistic Constitution. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 314.

¹⁴⁰ Sobre a Constituição da Irlanda, cf. BRADY, Paul. Social, Political and Philosophical Foundations of the Irish Constitutional Order. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 269 e ss.

¹⁴¹ A ideia básica aqui de que as constituições podem ser “declarações de missões” sugere que “as constituições podem delinear os compromissos políticos fundamentais e constitucionais da comunidade e destinam-se a orientar as instituições do estado em interações entre si, bem como em suas relações com cidadãos e pessoas estrangeiras e organizações (incluindo estados estrangeiros)”. KING, Jeff. Constitutions as Mission Statements. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 81.

Embora nem todos os preâmbulos sejam usados para declarações de valores e identidade nacional, já que alguns contêm reivindicações mais universalistas, definindo o relacionamento da nação com a comunidade mundial ou com determinados estados estrangeiros, um número crescente de países tem adotado preâmbulos com aqueles propósitos. De acordo com um levantamento envolvendo todas as constituições escritas do mundo desde 1946, apenas 5% das Constituições continham preâmbulos declarando valores, desafios, objetivos, metas e dramas nacionais. Hoje, 25% de todas as constituições contêm esse tipo de preâmbulo.¹⁴² Como afirma Mila Versteeg, “com crescente frequência, os *designers* constitucionais estão usando preâmbulos para expressar os maiores valores da nação e de seus povos” .¹⁴³ Mas os valores de uma constituição não se revelam apenas por meio de declarações majestosas e preambulares.

A ideia de que uma nação precisa ter uma identidade constitucional¹⁴⁴ pressupõe que esta esteja refletida em suas escolhas constitucionais substanciais, o que envolve a necessidade de se constitucionalizar normas que ajudem a enfrentar desafios, a alcançar objetivos, a realizar metas e superar dramas vividos por cada país. Essa identidade nacional, como já se disse, é caracterizada pelos desafios, objetivos, metas e dramas de cada país. Tal como a Constituição brasileira, muitas constituições contemporâneas geralmente começam com uma seção sobre princípios fundamentais, que podem ser chamadas de “Disposições Gerais” , “Provisões Básicas” , “Objetivos Gerais” etc.¹⁴⁵ Como informa Jeff King, existe um aumento notável no uso dessas seções em constituições nacionais. Em todos esses casos, as constituições contêm uma variedade de disposições abstratas, mas que estabelecem os princípios fundadores e fundamentais da nação. Notavelmente, em todos os casos, esses princípios básicos são estabelecidos em seções diferentes das que tratam dos direitos fundamentais.¹⁴⁶ Há constituições que também trazem uma seção própria com os chamados “Princípios Diretivos da Política do Estado” . Segundo Jeff King, esse foi um contributo da Constituição irlandesa e, posteriormente, da indiana para o constitucionalismo mundial. Hoje, seções desse tipo são encontradas nas constituições recentes da Eritreia, Gâmbia, Gana, Nepal, Nigéria, Papua Nova Guiné, Sri Lanka, Sudão, Suazilândia, Tailândia, Uganda, Zâmbia entre outras. Como o autor afirma, “esses tipos de diretrizes geralmente são

¹⁴² VERSTEEG, Mila. Unpopular Constitutionalism. *Indiana Law Journal*, v. 89, n. 3, p. 1141, 2014.

¹⁴³ VERSTEEG, Mila. Unpopular Constitutionalism, p. 1141.

¹⁴⁴ JACOBSON, Gary Jeffrey. *Constitutional Identity*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2010, p. 3.

¹⁴⁵ Vários exemplos são citados em KING, Jeff. *Constitutions as Mission Statements*, p. 82.

¹⁴⁶ Vários exemplos são citados em Idem, p. 82.

expressamente não exigíveis judicialmente, e seu caráter é vago. A extensão do seu impacto é discutível, mas seu papel é estabelecido com bastante firmeza” .¹⁴⁷

Apesar da importância de seções constitucionais como essas para inúmeros países, são as declarações de direitos as que mais fielmente podem revelar os traços constitucionais característicos de uma nação. Uma constituição que contempla a pena de morte para homicídios sugere uma sociedade que valoriza a vida, a segurança ou a ordem, como talvez seja o caso dos Estados Unidos, cujo texto constitucional é interpretado como autorizador de penas capitais. Do mesmo modo, uma constituição que reconhece direitos a um feto, proibindo assim o aborto, pode correlacionar-se com uma cultura enraizada em normas religiosas, como a Irlanda, que verdadeiramente o proíbe em seu texto constitucional, assim como Guatemala, Honduras, El Salvador, Equador, Paraguai e Chile.¹⁴⁸ O compromisso de respeitar os valores populares provavelmente será mais forte quando veiculado em normas de direitos fundamentais. Declarações de direitos representam um conjunto de escolhas substanciais que podem ser impostas judicialmente. Mesmo que os direitos sejam considerados universais como uma questão normativa, o amplo debate hoje sobre relativismo cultural comprova que os direitos são contestados culturalmente. Os debates recentes sobre liberdade de expressão e liberdade religiosa ao redor do mundo são evidências reais da contestação da natureza universal desses direitos.

Em uma pesquisa envolvendo todas as constituições existentes no período entre 1946 e 2012, perfazendo um total de 751 constituições de 186 países diferentes, Mila Versteeg fez uma análise da popularidade das constituições, tomando por base doze direitos constitucionais. A autora buscou direitos comumente encontrados nas constituições do mundo e que representassem uma mistura de direitos de liberdade negativa de primeira geração, direitos socioeconômicos de segunda geração, bem como alguns direitos mais recentes relacionados à família e aos valores tradicionais. As doze escolhas constitucionais substantivas incluídas na análise foram: (1) a proteção da vida familiar; (2) o direito ao descanso/lazer; (3) o direito ao trabalho; (4) a proteção ao meio ambiente; (5) a proteção do casamento; (6) o direito à petição; (7) o direito à reunião; (8) o direito de greve; (9) a proteção da igualdade, independentemente da orientação sexual; (10) uma proibição de aborto (por meio da proteção do feto); (11) igualdade de gênero nas relações de trabalho; e (12) a proteção da maternidade. A autora, então, contrastou esses doze direitos constitucionais com dados do *World Values Survey* - WVS, uma organização projetada para capturar quais são as

¹⁴⁷ Idem, p. 83.

¹⁴⁸ Cf. VERSTEEG, Mila. *Unpopular Constitutionalism*, p. 1133-1190.

crenças e os valores das pessoas em países ao redor do mundo. Ela armazena e processa dados de opinião de diferentes países, recolhidos por uma rede mundial de cientistas sociais.¹⁴⁹

A pesquisa revela que existe apenas uma relação fraca entre escolhas constitucionais e valores populares. Ou seja, revela que as escolhas constitucionais geralmente são divorciadas de pontos de vista e valores populares. Para alguns direitos constitucionais sequer existe essa relação. Curiosamente, em alguns países cujas pessoas valorizam profundamente um direito, elas não conseguem adotá-lo na constituição. Por outro lado, em países cujas pessoas não valorizam o mesmo direito, a constituição o prevê. Em relação a outros direitos, os valores que representam são quase universalmente aprovados em todos os países, mas apenas alguns países realmente consagram esses direitos nas suas constituições.

Considere o direito de greve. Em 2010, cerca de 45% das constituições mundiais incluíam esse direito. No entanto, sua inclusão geralmente não coincide com a importância que as pessoas atribuem a este direito. As constituições de Marrocos, Hungria, Romênia, El Salvador, Bielorrússia, República Eslovaca, Venezuela, República do Quirguistão e Filipinas possuem um direito de greve, embora mais de 90% das suas populações (variando de 96% em Marrocos a 91% nas Filipinas) afirmaram que nunca participariam, em nenhuma circunstância, de uma greve legal. Por outro lado, outras constituições omitem esse direito, embora seja altamente valorizado pelas pessoas. Na Coreia do Sul, Suécia e Dinamarca, mais de metade da população está disposta a participar de uma greve legal, mas o direito é omitido no texto de suas constituições.

Considere também a proteção da igualdade, independentemente da orientação sexual. Com poucas exceções (nomeadamente, Suécia, Holanda, Noruega, Islândia, Dinamarca, Suíça, Luxemburgo, Espanha, Finlândia, Austrália e Alemanha), a maioria dos cidadãos de cada país alega que a homossexualidade é inaceitável. Essa desaprovação geralmente se reflete em constituições escritas, que raramente protegem a homossexualidade claramente. Na África do Sul, um dos poucos países a proteger constitucionalmente a homossexualidade, 82% de todos os sul-africanos consideram inaceitável a homossexualidade hoje, enquanto 88% a consideravam inaceitável na época em que a constituição foi escrita. Embora, na maioria dos casos, a omissão constitucional de uma proteção para o homossexualismo reflita os pontos de vista e valores populares, as constituições dos países que mais aceitam a homossexualidade, como Holanda e Suécia, não incluíam o direito à época da pesquisa.

¹⁴⁹ Para um detalhamento da metodologia, cf. VERSTEEG, Mila. Unpopular Constitutionalism, p. 1148-1155.

A autora criou um *índice numérico de constituição populista* com o propósito de captar até que ponto as escolhas constitucionais de um determinado país refletem os valores de seu povo. Em outras palavras, o índice captura o populismo constitucional: a medida em que uma dada constituição se alinha à opinião pública do respectivo país. Como esclarece a autora: “O índice captura o percentual de pessoas em um país cujos valores se alinham com a forma como sua constituição lida (ou não lida) com um problema e depois calcula o escore médio do país em todos os doze assuntos. Quando a constituição consagra um direito, o índice capta a porcentagem de pessoas que valorizam esse direito e, quando a constituição omite o direito, o índice capta a porcentagem de pessoas que não valorizam esse direito.”¹⁵⁰

Os achados são surpreendentes. Muitos estudiosos geralmente acreditam que, para que uma constituição possua uma forte legitimidade democrática, ela precisa ser mais democrática do que a legislação ordinária. Os achados, no entanto, revelam que, entre os documentos constitucionais mundiais em vigor na data da pesquisa, apenas nas constituições da Macedônia, Guatemala, Itália, El Salvador, Uganda, Polônia e Etiópia, a média reflete os valores de mais de dois terços da população. Esses números parecem surpreendentemente baixos. Em 2000, a Nova Zelândia era o país que tinha a constituição menos populista, com 34%. Surpreendentemente, a constituição seguinte era da África do Sul, com 35%, apesar de seu amplo catálogo de direitos constitucionais e de seu processo constituinte ser considerado exemplar no que diz respeito à participação popular, e de a maioria da população ser negra. O Brasil teve 61%. Em 2010, Cingapura liderou como o menos popular, com 32%, mas a África do Sul continua pouco popular, com 36%, ocupando a quarta posição. Brasil aparece com 65%.

De fato, muitas constituições simplesmente não refletem as visões de mundo predominantes em suas respectivas comunidades políticas. A Índia e a Turquia são constantemente citadas como duas das comunidades políticas mais religiosas no mundo, no sentido de que os membros dessas comunidades políticas estão entre os mais propensos a se definir por sua afiliação religiosa, serviços religiosos ou recorrerem à religião para orientação em sua vida cotidiana. No entanto, as constituições de ambos promovem visões distintamente seculares da política que não refletem as vontades de seu povo.

Por que algumas constituições demonstram fidelidade aos valores populares, enquanto outras não? Novamente, há aspectos relacionados à nação e à constituição que parecem influenciar essa relação. Quanto à constituição, o primeiro aspecto é a idade. É esperado que

¹⁵⁰ VERSTEEG, Mila. *Unpopular Constitutionalism*, p. 1163.

constituições antigas não reflitam os valores da sociedade atual. Como veremos na seção seguinte, em todo o mundo, a idade média de uma constituição nacional é de apenas dezenove anos. E antes de ela ser completamente substituída, ela sofre reformas com muita frequência. Ocorre que muitas constituições recentes se mostraram desconectadas dos valores populares. Isso significa que a idade não é um fator determinante, embora seja um. O segundo fator apontado pela autora é a participação pública. Como ela afirma: “Parece que as constituições adotadas em um processo envolvendo participação popular são mais propensas a refletirem a opinião popular substantiva. Onde as pessoas estão ativamente envolvidas no processo constituinte, é provável que eles busquem seus próprios pontos de vista e valores” .¹⁵¹ O terceiro aspecto seria a proclamação de valores populares no preâmbulo. Nas constituições que assim procedem “o menu de direitos também pode corresponder à opinião popular” . “ Nesse caso, um verdadeiro compromisso com os valores populares se reflete tanto no preâmbulo quanto na declaração de direitos” , afirma a autora. Por fim, “é possível que as constituições que contenham relativamente poucos direitos gozem de níveis mais baixos de apoio popular do que uma constituição que contém numerosos direitos, porque as pessoas geralmente favorecem um extenso catálogo de direitos” .¹⁵²

Mas a desconexão entre escolhas constitucionais e valores populares não é, sozinha, indicativo de um constitucionalismo impopular. As pessoas podem não desejar que suas constituições reflitam todos os valores que julgam importantes para uma vida em comunidade. Mas é difícil aceitar isso. Em um tempo em que as constituições estão crescendo cada vez mais, com direitos bastante idiossincráticos e particulares, é difícil pensar que aqueles que acreditam na importância e no valor de determinado direito não queiram entrincheirá-lo na Constituição. Sobre as possíveis causas de um constitucionalismo impopular, a autora chega à seguinte conclusão:

Para entender a desconexão, é importante notar que as constituições geralmente não são escritas pelo povo como um todo. Na maioria das vezes, elas tendem a ser elaboradas por pequenos grupos de especialistas consultados por organizações internacionais, bem como grupos de interesse especial, principalmente sob a forma de organizações não-governamentais nacionais e internacionais. Embora em cerca de cinquenta por cento dos casos haja um referendo final, na maioria desses, a aprovação popular ainda não é grande. Assim, os especialistas que escrevem as constituições muitas vezes o fazem em um relativo isolamento das pressões democráticas. E, ao projetar o país mais alto, esses especialistas não consideram apenas sentimentos majoritários, mas os ponderam e equilibram com uma série de

¹⁵¹ VERSTEEG, Mila. Unpopular Constitutionalism, p. 1167.

¹⁵² Idem, p. 1168.

considerações concorrentes que podem contrariar o objetivo da auto-expressão popular. Supondo que os constituintes simplesmente não buscam consagrar suas próprias preferências e valores, mas pensam no bem maior, existem duas considerações importantes que competem com o desejo de expressar opiniões e valores populares. Essas considerações concorrentes são o funcionalismo e o universalismo. O universalismo sustenta que todas as constituições devem consagrar certos valores universais, sobretudo relacionados aos direitos, independentemente dos desejos da maioria. As considerações universalistas previnem os constituintes contra a auto-expressão popular porque as constituições populistas podem prejudicar as normas universais de direitos humanos. O funcionalismo aconselha contra as constituições populistas, porque esses documentos são mais propensos a ser tecnicamente inadequados: por exemplo, eles geralmente consagram um catálogo de direitos excessivamente amplo.¹⁵³

Mas as constituições podem revelar a identidade nacional não apenas por meio de normas definidoras de direitos. Elas também são capazes de veicular essa identidade por meio de seus arranjos institucionais, incluindo disposições que coincidem com as estruturas de poder existentes. Por exemplo, em um país cujo líder poderoso e carismático lidera o processo constituinte, é provável que seja criado um forte papel constitucional para o Executivo. Por outro lado, uma país que desconfie dos juízes, pode minimizar a importância do controle judicial de constitucionalidade e do Poder Judiciário em geral. Um país que adota um federalismo pode indicar que ele valoriza as diferenças locais. Mas, novamente, a ideia de identidade constitucional deve envolver desafios, objetivos, metas e dramas vividos por cada país.

1.2.6 A Prolixidade Constitucional

A Constituição de Nauru - um país insular do hemisfério sul, localizado na Oceania, que compreende uma área de 21 quilômetros quadrados - possui cerca 13 mil palavras para 10 mil habitantes. Mas nenhuma supera a Constituição de Tuvalu, um Estado da Polinésia formado por um grupo de nove ilhas e atóis, antigamente chamado Ilhas Ellice. O documento do país possui cerca de 35 mil palavras para os aproximadamente 12 mil habitantes da ilha, o que equivale a cerca de três palavras por habitante. Nas contas de Tom Ginsburg, a Constituição de 1908 de Butão - um país localizado no sul da Ásia - teria sido a constituição

¹⁵³ VERSTEEG, Mila. Unpopular Constitutionalism, p. 1168.

nacional mais curta já produzida, com escassas 865 palavras, não fornecendo praticamente nenhum detalhe sobre o funcionamento do governo.¹⁵⁴

O tamanho ideal de uma constituição é objeto de debates desde a Convenção Constitucional dos Estados Unidos de 1787. Como constituinte, James Madison defendia que constituições nacionais curtas e orientadas para a estruturação do governo, como o próprio documento que estavam produzindo, durariam mais.¹⁵⁵ Ele argumentava que as únicas leis necessárias eram aquelas que “delimitavam com precisão os deveres” dos cidadãos e “limitavam o poder” e transportou essa crença para a ideia de constituição.¹⁵⁶ Em contrapartida, os antifederalistas, que foram chamados, à época, de “homens de pouca fé”, por não estarem certos do futuro seguro que os federalistas previam sob a Constituição, temiam que a brevidade do texto deixasse importantes direitos desprotegidos, o que provocou a posterior promulgação de uma Declaração de Direitos.¹⁵⁷ Apesar das raízes históricas deste debate, estudiosos da economia constitucional positiva, da ciência política e do direito constitucional comparado começaram a avaliar o impacto da prolixidade ou verbosidade constitucional sobre os resultados da governança a nível nacional, graças ao advento de *softwares* de estatística e de novas bases de dados, como o Projeto de Constituições Comparadas.¹⁵⁸

Em relação ao tamanho, as constituições do mundo diferem significativamente. Algumas têm menos de 5.000 palavras, aproximadamente uma dúzia de páginas médias. As constituições da Tunísia, da Islândia e dos Estados Unidos se enquadram bem nesta categoria. Outras, entretanto, têm a extensão de um romance médio. A Constituição da Índia, a mais longa do mundo, foi aprovada com 79 mil palavras, quase exatamente vinte vezes maior que a constituição mais curta do mundo, a da Tunísia.¹⁵⁹ Frequentemente emendada, a Constituição da Índia, até 2010, continha 117.820 palavras, o que equivale a mais de duzentas páginas. A Constituição brasileira de 1988 foi promulgada com cerca de 42,473 mil palavras. Hoje, com

¹⁵⁴ GINSBURG, Tom. Constitutional Specificity, Unwritten Understandings and Constitutional Agreement. In: SAJÓ, András; UITZ, Renaita (Eds.). *Constitutional Topography: Values and Constitutions*. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 70.

¹⁵⁵ Cf. HAMMONS, Christopher W. Was James Madison Wrong? Rethinking the American Preference for Short, Framework-Oriented Constitutions. *The American Political Science Review*, v. 93, n. 4, p. 837, 1999.

¹⁵⁶ Idem, p. 837.

¹⁵⁷ “Mas, no contexto da grande massa de documentos de ratificação”, esclarece Bernard Bailyn, “os antifederalistas emergem como aqueles que mantinham a fé - a antiga fé era uma parte tão fundamental das origens ideológicas da Revolução, da qual, argumentavam, a Constituição partia”. BAILYN, Bernard. *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1990, p. 331 e ss.

¹⁵⁸ Para uma descrição do projeto e suas potencialidades, cf. ELKINS, Zachary et al. Constitute: The World's Constitutions to Read, Search, and Compare. *Journal of Web Semantics*, v. 27, p. 10-18, 2014.

¹⁵⁹ VOIGT, Stefan. Explaining Constitutional Garrulity. *International Review of Law and Economics*, v. 29, n. 4, p. 290, 2009.

quase cem emendas constitucionais, o número é muito maior. Em sua tradução para o inglês, a Constituição anterior da Tailândia, embora um pouco menor, contava com 45 mil palavras. Por outro lado, a Constituição dos EUA foi promulgada com apenas 4.600 palavras. Em síntese, analisando todas as constituições desde 1789, estudiosos concluíram que as constituições têm em média 14 mil palavras.

A brevidade de uma constituição pode estar relacionada a uma questão de estilo. Por exemplo, a Constituição da China de 1975, que continha cerca de 2.932 palavras, e do Camboja de 1976, com aproximadamente 1.559 palavras, eram curtas, porém programáticas. Constituições comunistas antigas e curtas, como a da Mongólia de 1960, eram vistas como documentos transitórios, que seriam abolidos quando o Estado não fosse mais necessário. Por outro lado, os países socialistas tendem a dedicar mais atenção ao preâmbulo do que à descrição dos órgãos do governo ou ao reconhecimento de direitos.¹⁶⁰ Há constituições com mais de mil palavras em seus preâmbulos. Por exemplo, a Constituição da Iugoslávia de 1974 tinha um preâmbulo formado por mais 6 mil palavras, sendo, assim, maior do que muitas constituições ao redor do mundo. Embora o tamanho médio de um preâmbulo seja de 175 palavras, sendo que setenta e cinco deles contêm menos de trezentas palavras, há outros exemplos de extensão significativa.¹⁶¹

A despeito de as constituições ainda variarem em tamanho, o fato é que elas estão ficando maiores a cada dia. Tanto constituições *estatistas* como constituições *libertárias* seguem crescendo. Os preâmbulos, ao que parece, não estão ficando mais extensos. Talvez esse seja um sinal de que as constituições ideológicas estejam diminuindo pelo mundo. Mas as seções sobre direitos e organização do Estado estão se estendendo significativamente. Como era esperado, as seções que tratam de direitos constitucionais estão cada vez mais parecidas, muito mais do que as que dizem respeito à organização e distribuições de competência no Estado.¹⁶²

Há dois aspectos de uma constituição diretamente relacionados ao seu tamanho. O primeiro deles é a *abrangência*, que se refere ao campo de cobertura temática da constituição,

¹⁶⁰ Até 2014, os maiores e mais ideológicos preâmbulos foram encontrados nas constituições dos seguintes países, em ordem decrescente: Iugoslávia (1975), Jamaica (1974), Irã (1979), Papua Nova Guiné (1991), Cuba (1952), Libéria (1955), China (1982), Vietnã (1960), República Central da África (1962), Etiópia (1987), Japão (1889), Serra Leoa (1974), Madagascar (1962) e Síria (200). Cf. GINSBURG, Tom; FOTI, Nick; ROCKMORE, Daniel. “We the Peoples” : The Global Origins of Constitutional Preambles. *The George Washington International Law Review*, v. 46, p. 314, 2014. O preâmbulo da Constituição brasileira atual tem 81 palavras.

¹⁶¹ GINSBURG, Tom. Constitutional Specificity, Unwritten Understandings and Constitutional Agreement, p. 71.

¹⁶² Idem, p. 71.

revelado pela quantidade de assuntos que ela aborda. Estudos quantitativos revelam que os constituintes estão cada vez mais propensos a criarem constituições de amplo alcance, enxertando temas e mais temas a cada oportunidade. Tom Ginsburg e seus colegas realizaram uma pesquisa quantitativa reveladora da abrangência das constituições. Como medida, eles elencaram os noventa e dois assuntos que encontraram em constituições de 148 países escolhidos aleatoriamente. Assim, eles descobriram que, em média, as constituições incluem quarenta e cinco dos noventa e dois assuntos dessa lista (49%). A Constituição colombiana de 1991 e a Constituição tailandesa de 1997, conforme seus achados, são as mais abrangentes nesta medida, incluindo ambas 78% dos assuntos da referida lista. Ainda quanto a este aspecto, estudiosos identificaram que a tendência geral está aumentando ao longo do tempo e o valor médio identificado no ano 2000 é maior do que de qualquer constituição escrita antes de 1885. Embora existam algumas constituições pós-guerra de alcance muito pequeno, a grande maioria parece abranger um conjunto relativamente minucioso de tópicos. Em outros termos, as Constituições estão prevendo assuntos cada vez menos materialmente constitucionais.

O segundo aspecto é o *detalhe* constitucional, que, por sua vez, diz respeito a quão minuciosas são disposições da constituição quanto a cada assunto tratado. A medida de detalhe foi estabelecida dividindo a extensão (em palavras) do texto constitucional pelo número de assuntos em cada constituição examinada. A medida equivale, portanto, ao número de palavras por assunto em uma determinada constituição. Há constituições bastante sucintas, como a Constituição chinesa de 1982, com 26 palavras por assunto, e constituições bastante detalhistas, como a Constituição do Quênia de 1963, com uma média de 1.690 palavras por assunto. Entre todas as constituições, a média por assunto varia de 306 a 1690 palavras.¹⁶³

Foi revelado também que não apenas as constituições que cobrem uma grande quantidade de assuntos tendem a ser mais longas, mas aquelas que cobrem um número menor de assuntos também tendem a incluir mais palavras por assunto. As constituições que cobrem menos de 40 assuntos incluem 260 palavras por assunto, enquanto que aquelas com mais de 40 assuntos usam 320 palavras por assunto. Em média, as constituições de maior abrangência também incluem mais detalhes. Mas, independentemente do número de assuntos, todas elas usam muitas palavras. Existem, no entanto, contrastes significativos. Por exemplo, tanto a Constituição da China quanto a do Quênia agregam 46 por cento dos assuntos presentes na

¹⁶³ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*, p. 105.

lista de Tom Ginsburg e seus colegas pesquisadores. Entretanto, a China possui por volta de 1.200 palavras, enquanto o documento do Quênia envolve cerca de 75 mil palavras.¹⁶⁴

As constituições mais recentes tendem a ser mais longas e a cobrir mais assuntos. Talvez gere certa estranheza o fato de os países de *common law* tenderem a ter constituições mais longas. Stefan Voigt concluiu em seu levantamento que ter sido uma colônia britânica ou (e) ter uma origem legal de direito consuetudinário faz com que as constituições sejam substancialmente maiores - entre 16.000 e mais de 22.000 palavras.¹⁶⁵ Mas isso é explicado pelo legado da legislação britânica e pelo processo de descolonização, no qual a adoção de constituições particularmente extensas foi imposta como condição para a independência, como já foi dito. Além disso, muitas constituições pós-colonização britânica possuem calendários de implementação como anexos, embora algumas pesquisas tenham excluído essas partes. Por outro lado, ser uma sociedade predominantemente muçulmana ou estar localizado no Oriente Médio ou na África do Norte faz com que uma constituição seja significativamente mais curta - entre 4.000 e quase 11.000 palavras.¹⁶⁶

Estudiosos têm relacionado o tamanho das constituições com questões importantes. No que diz respeito às reformas constitucionais, Donald S. Lutz prevê que as constituições mais longas serão alteradas com mais frequência porque são mais propensas a conter disposições detalhadas que correm o risco de se tornarem obsoletas ao longo do tempo.¹⁶⁷ Quando tais disposições restringirem as ações da maioria governante, diz ele, elas serão alteradas ou removidas completamente. Em um estudo aprofundado envolvendo constituições da América Latina, Gabriel L. Negretto foi capaz de confirmar as previsões de Donald L. Lutz, oferecendo evidência de que, nesta região, as constituições mais longas tendem a ser sujeitas a alterações mais frequentes.¹⁶⁸

O tamanho das constituições parece se relacionar com os níveis de confiança social. Em comparações de extensão e detalhes constitucionais em 110 países, Bjørnskov e Voigt descobriram que baixos níveis de confiança social estariam relacionados a constituições longas e detalhadas. Considera-se também que constituições mais longas estão associadas a um menor PIB per capita. Comparando o número de artigos na constituição de um país, como *proxy* para o tamanho, falta de simplicidade e desempenho econômico, conforme medido pelo

¹⁶⁴ Idem, p. 106.

¹⁶⁵ VOIGT, Stefan. Explaining Constitutional Garrulity, p. 290-303.

¹⁶⁶ Idem, p. 290-303.

¹⁶⁷ LUTZ, Donald S. *Principles of Constitutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 155.

¹⁶⁸ NEGRETTO, Gabriel L. Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America. *Law and Society Review*, v. 46, n. 4, p. 762, 2012.

PIB per capita, o autor sugere que nenhum país com alto PIB per capita tem uma constituição longa.¹⁶⁹ Em uma pesquisa mais recente, dois investigadores limitaram a amostra de suas pesquisas a constituições de países da OCDE e ainda assim confirmaram que longas constituições estão associadas a um menor PIB per capita. Além disso, encontraram sinais de que esse tipo de constituição está associado a níveis mais altos de corrupção. E mais: mesmo que a corrupção seja controlada, o efeito negativo de constituições longas sobre o PIB per capita persiste. Tudo isso sugere que uma constituição mais curta proporciona mais oportunidades para o crescimento econômico.

É claro que um resultado mais preciso exigiria saber mais sobre a correlação das constituições longas com a estabilidade política ou social, a presença de violência e outros fenômenos sociais relevantes. Mas, de qualquer modo, as correlações são valiosas para chamar atenção de constituintes para possíveis efeitos negativos de uma prolixidade constitucional.

1.3 O Processo Constituinte e a Longevidade Constitucional

Jeanne Calment fumou cigarros dos 21 até os 120 anos de idade. Passou praticamente sua vida inteira comendo pelo menos um quilo de chocolate por semana e bebendo vinho do porto, uma dieta hoje nada recomendável, especialmente às pessoas senis. Mas Calment, que era francesa, morreu apenas aos 122 anos e 164 dias de idade, em agosto de 1997. Atualmente, ela é considerada o ser humano que mais viveu, pelo menos entre os documentados. Seu curioso caso é hoje lembrado por importantes cientistas políticos quando são perguntados sobre a sobrevivência da Constituição dos Estados Unidos, o exemplar mais antigo de sua espécie, cuja longa vida é tida como igualmente inexplicável quando comparada à vida da imensa maioria das constituições promulgadas desde o seu nascimento, em 1787. Seria completamente sem sentido sugerir que a vida da senhora Calment tem alguma relação com as constituições ao redor do mundo. Aliás, se sua sobrevivência dependesse delas, ela provavelmente teria vivido muito pouco. O mesmo valeria se quiséssemos traçar alguma relação entre sua vida e as das constituições de seu próprio país. Mas, como essa impressionante senhora francesa, a Constituição norte-americana desafia as expectativas, pelo menos segundo um importante estudo.

¹⁶⁹ MONTENEGRO, Alvaro A. Constitutional Design and Economic Performance. *Constitutional Political Economy*, v. 6, n. 2, 1995.

Em um estudo bastante influente, Tom Ginsburg e seus colegas americanos descobriram que as constituições nacionais duram em média apenas 19 anos, sendo que a maioria das que ultrapassam essa idade dificilmente se tornam cinquentenárias.¹⁷⁰ De acordo com a estimativa desses pesquisadores, a cada ano, até cinco constituições serão substituídas, quinze constituições serão alteradas e outras vinte emendas serão apreciadas por parlamentos ao redor do mundo. No mesmo estudo, eles foram capazes de perceber que a longevidade constitucional está relacionada a três características básicas: flexibilidade, inclusão e especificidade. Nenhum desses atributos explicados adiante é percebido na Constituição dos Estados Unidos. Segundo a chamada teoria da renegociação, defendida por eles, “pode haver boas razões para adotar o modelo da Filadélfia - o equivalente constitucional de cigarros, chocolate e vinhos -, mas a resistência constitucional não é um deles” .¹⁷¹

Por resistência constitucional, entenda-se a capacidade de as constituições sobreviverem ao tempo e aos desafios políticos aos quais podem se submeter em diferentes contextos ao longo de sua vida, ou vigência. De acordo com a teoria que defendem, esses três fatores estruturais - flexibilidade, inclusão e especificidade - são críticos para a duração das constituições. Há, entretanto, um pressuposto básico para essa teoria que precisa ser antecipado: seus autores consideram as constituições como acordos ou contratos que envolvem interesses de partes relevantes na vida política. Naturalmente, as crises constitucionais podem abalar esses acordos, modificando o cálculo dos benefícios e custos envolvidos em sua manutenção. Isso, portanto, é inegável.

Para os autores, “as Constituições funcionam como estruturas de governança que permitem a coordenação entre atores políticos para a realização de resultados cooperativos” . Mas elas também seriam “instrumentos de poder que os políticos usam para obter vantagens políticas e satisfazer seus interesses partidários de curto prazo” . Por isso, o risco de uma renegociação do acordo também é levado em conta. Afinal, um processo constituinte pode ser desastroso, a depender do ponto de vista. Reconhecendo isso, em situações de crises constitucionais, as partes irão considerar a sua posição na negociação atual, comparando-a com os resultados esperados de uma renegociação constitucional, deduzindo os custos de adaptação ou de substituição da nova negociação e os riscos de um processo constituinte falhar. Como dizem, “o peso relativo dos cálculos partidários e do poder de negociação depende dos eventos que desencadeiam mudanças constitucionais e da espessura do véu de

¹⁷⁰ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*, p. 129.

¹⁷¹ Idem, p. 65.

ignorância que as partes enfrentam em relação aos efeitos do processo constituinte sobre suas posições políticas futuras” . Entretanto, aquelas características básicas - inclusão, flexibilidade e especificidade -, embora não suficientes, representam importantes pilares para a manutenção do edifício constitucional. A ideia é de que, dependendo da presença ou ausência desses fatores, o tempo terá um efeito estabilizador ou desestabilizador sobre as constituições nacionais.¹⁷²

A *inclusão* constitucional refere-se à amplitude da participação na formulação do acordo constitucional, na sua atualização e na sua execução corrente. É de se esperar que uma constituição elaborada com ampla participação popular, além de ter maior probabilidade de corresponder às expectativas das sociedades, muito possivelmente gere mais identificação e adesão de seus destinatários, aqui entendidos elites, grupos conflituosos, minorias e a população em geral. Mas a inclusão não pode se restringir ao momento constituinte. É recomendável que uma participação mais ampla se dê de alguma maneira em seus processos de reforma ou revisão, especialmente em relação às constituições mais antigas, que permanecem em vigor por sucessivas gerações. Mesmo uma constituição extremamente popular em seu nascedouro pode, no entanto, correr severo risco de morte se as gerações futuras às quais ela for aplicável não puderem percebê-la como um projeto adaptável às suas realidades e circunstâncias. Em síntese, a durabilidade constitucional é diretamente proporcional ao nível de inclusão constitucional. A ideia central é esta: quanto mais grupos puderem influenciar na construção e manutenção do projeto constitucional, mais interesse haverá quanto à sua sobrevivência. Consequentemente, quanto mais interesse houver na manutenção da constituição, menos crises ocorrerão, visto que menos grupos terão interesse em violar suas normas.¹⁷³

A *flexibilidade* é um fator estrutural polêmico, devido à sua associação com a estabilidade constitucional. Embora, de fato, ela seja geralmente vista como uma qualidade ou característica do constitucionalismo moderno, a flexibilidade, quando bem calibrada, pode permitir ajustes necessários de modo a tornar duradoura a constituição, já que ela permite que a constituição se adapte mais facilmente à emergência de novas questões sociais e possibilita reajustes de poderes e competências. Em outras palavras, esse atributo fornece uma saída mais eficaz e menos dramática a impasses políticos e crises constitucionais, permitindo que soluções sejam encontradas dentro do marco constitucional, sem ruptura constitucional e evitando os custos e riscos de uma renegociação política em um processo constituinte. A

¹⁷² Idem, p. 70.

¹⁷³ Idem, p. 97 e ss.

flexibilidade, inclusive, se relaciona com a ideia anterior de inclusão constitucional, visto que de nada adiantaria se ter uma constituição inclusiva, todavia excessivamente rígida. O que importa aqui é que a possibilidade de ajuste da constituição às condições políticas e sociais mutáveis evita a pressão para uma renegociação completa.¹⁷⁴

A *especificidade* constitucional refere-se ao nível de detalhe na constituição e à amplitude de assuntos que o documento abrange. Embora muitos acreditem que a Constituição norte-americana tem durado precisamente em razão de seu caráter não analítico, a teoria da renegociação sugere que a clareza e especificidade do texto constitucional podem ser úteis para incentivar e facilitar a sua execução. A ideia é a de que um documento mais claro e mais específico gerará mais facilmente entendimentos compartilhados acerca dos seus termos, produzindo, assim, um nível mais profundo de adesão. A especificidade também seria responsável em resolver questões relacionadas com informações ocultas no momento da negociação constitucional, possivelmente omitidas no processo constituinte. Assim, uma constituição mais específica anteciparia e resolveria fontes relevantes de controvérsia política que podem levar à morte constitucional quando deixadas sem solução. Como dizem, “a visão um pouco contra intuitiva sugerida por nossa teoria parte do pressuposto de que negociar detalhes textuais e incorporar um grande número de tópicos é oneroso. A especificidade requer uma elaboração cuidadosa e negociações difíceis, ambas levando tempo e recursos políticos” .¹⁷⁵ Para alguns grupos, a especificidade de uma constituição escrita representa um investimento que não pode ser recuperado se a Constituição falhar. Mas aqui é preciso também encontrar um ponto ótimo. É que uma constituição muito minuciosa pode sacrificar a clareza e a coerência e, portanto, prejudicará, em vez de facilitar, a coordenação, ameaçando a duração constitucional. Por essa razão, o texto constitucional deve resolver questões com alta probabilidade de surgirem ao longo da vida constitucional. Em alguns aspectos, a amplitude da constituição será muito dependente do contexto e das necessidades da comunidade política. Portanto, na medida certa, a especificidade tenderá a aumentar, em vez de dificultar a resistência e, assim, a longevidade constitucional.

Os dados apresentados pelos autores sugerem que a duração constitucional está positivamente associada ao PIB de um país, à democracia e à estabilidade política.¹⁷⁶ Em média, quando as constituições possuem maior longevidade, os países são mais ricos, mais democráticos, politicamente mais estáveis e passam por menos crises institucionais. Por outro

¹⁷⁴ Idem, p. 99 e ss.

¹⁷⁵ Idem, p. 84.

¹⁷⁶ Idem, p. 48.

lado, os autores destacam que quando uma sociedade cresce fora de sincronia com as suas disposições constitucionais, pode haver a necessidade de uma substituição. Assim, quando a Constituição não mais representa os anseios da sociedade, é necessário que ela seja substituída. Contudo, é preferível que tais alterações não sejam realizadas com grande periodicidade, visto que as constituições duradouras permitem que as instituições de um país se desenvolvam, contribuem para uma maior unidade nacional e fornecem uma base mais sólida para a prosperidade econômica e estabilidade democrática.

1.4 O Processo Constituinte Como Empreendimento Realista-Estratégico

Até pouco tempo atrás, a literatura sobre a expansão do constitucionalismo, com a ampliação e difusão dos direitos fundamentais e a adoção do controle judicial de constitucionalidade, era dominada por explicações idealistas e funcionalistas. As teorias *idealistas* sugerem que o significado e a qualidade das ideias são fatores fundamentais para explicar sua adoção ou abandono. Quanto mais atraentes forem as ideias do ponto de vista normativo, maior a probabilidade de elas prevalecerem na vida política, o que inclui os processos de elaboração e reforma das constituições. De acordo com essa visão, as ideias importam mais do que os interesses. Os atores políticos e as instituições promovem certas ideias principalmente porque consideram essas ideias verdadeiramente corretas, justas e adequadas.¹⁷⁷ Com base nesse pressuposto, a constituição de uma determinada comunidade política seria a reação mais genuína da vontade popular, das visões de mundo e das aspirações de um povo.

Essa visão idealista da política tem desempenhado um papel fundamental na explicação do surgimento e ascensão do constitucionalismo. A partir dela, a convergência constitucional em todo o mundo é tipicamente retratada como decorrente da aceitação e do compromisso dos países, após a Segunda Guerra Mundial, com a noção de que a democracia significa mais do que mera adesão ao princípio da regra da maioria. Os horrores do nazismo são comumente invocados como uma clara ilustração de porque a constitucionalização dos direitos é necessária. O passado, portanto, serve para provar que a democracia deve proteger as pessoas contra a tirania do governo da maioria por meio da constitucionalização de direitos e da adoção do controle judicial de constitucionalidade. Mas o status moralmente elevado dos valores globais, o fato de eles refletirem uma plataforma ideológica justa que muitos líderes

¹⁷⁷ Cf., por exemplo, ELSTER, Jon. *Solomonic Judgements: Studies in the Limitations of Rationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 175 e ss.

políticos, instituições e eleitores acreditam, seriam os principais fatores da disseminação do constitucionalismo no último meio século. Para a vertente idealista, as constituições são vistas como precauções autovinculantes que as pessoas, conscientes de suas fraquezas, tomam contra suas próprias imperfeições. Portanto, para não sucumbirem aos seus próprios desejos futuros, as pessoas fazem pré-compromissos constitucionais. É aqui que se encaixa a metáfora de Ulysses e as sereias utilizada por Jon Elster.¹⁷⁸

É de se esperar que plataformas ideacionais predominantes estejam entre os fatores que determinam a gama de opções constitucionais, principalmente em ambientes pós-autoritários, como se verá no Capítulo III. Mas as explicações baseadas em ideais tendem a postular uma noção um tanto romântica de constitucionalização como reação à mobilização política e à vontade popular.¹⁷⁹ Como se viu, muitas constituições simplesmente não refletem as visões de mundo predominantes em suas respectivas comunidades políticas. E apesar de o compromisso com certas ideias ou valores poder explicar a difusão transnacional e tendências de imitação, já que esse fenômeno pode ter lugar por meio da aprendizagem, como vimos, há outros fatores explicativos dessa difusão que são bem menos idealistas. E mais: como explicar que processos ideacionais de longo prazo são realmente tão significativos na promoção da constitucionalização, se as constituições mudam tão rápido como Tom Ginsburg e outros estudiosos evidenciam. É difícil pensar que ideais, mesmo em um mundo globalizado, mudam tão rapidamente. A abordagem também não explica porque as constituições estão cada vez mais detalhistas, mesmo em sociedades não tão divididas. Em síntese, o processo constituinte pode até ser um empreendimento idealista, mas não preponderantemente.

A vertente *funcionalista* vê as constituições como oferecendo respostas eficientes a problemas sistêmicos de informação e coordenação.¹⁸⁰ As constituições seriam instrumentos de compromisso confiável que promovem a previsibilidade e melhoram o desempenho econômico, estabelecendo limites à ação governamental. A adoção de mecanismos legais que reforcem a confiança dos investidores, na maioria das vezes exemplificados pela proteção constitucional dos direitos de propriedade, seriam justificados pela racionalidade e busca de eficiência. A ideia é que a constituição de uma dada comunidade política precisa fornecer ao mundo exterior um documento confiável ou um sinal do conjunto de valores e práticas a que

¹⁷⁸ ELSTER, Jon. *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

¹⁷⁹ Cf. GALLIGAN, Denis J. The People, the Constitution, and the Idea of Representation. In: _____; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 134-156.

¹⁸⁰ Sobre essa abordagem, cf. HIRSCHL, Ran. The Strategic Foundations of Constitutions. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 161-163.

essa comunidade política está comprometida. O crescimento do número de direitos e o fortalecimento do poder judicial seriam uma resposta institucional inevitável a problemas de coordenação complexos decorrentes da necessidade sistêmica de adotar normas legais padronizadas em todos os estados membros em uma era de mercados econômicos convergentes.¹⁸¹

Portanto, para a abordagem funcionalista, as constituições não são meramente fóruns para expressar valores populares ou ideias convincentes por sua própria correção. Elas também representariam uma oportunidade para projetar a nação e alcançar estrategicamente determinados objetivos econômicos, comerciais etc. As constituições podem promover objetivos desejáveis, como o bem-estar econômico, um respeito duradouro pelos direitos e liberdade, a democracia estável e a mitigação do conflito em sociedades divididas. Mas isso não tem nada de idealista. Sob a lógica funcional, a constitucionalismo implica um conjunto de princípios constitucionais substantivos aos quais os países devem aderir se quiserem alcançar um governo que funcione bem. Esses princípios tendem a ser padronizados e geralmente não dependem do contexto. O desenho constitucional funcional é, portanto, semelhante a uma ciência, cujos especialistas prescrevem soluções constitucionais ótimas para as nações. Infelizmente, tais receitas funcionais para o projeto constitucional, no entanto, provavelmente serão desconectadas da opinião popular.

Essa abordagem pode até explicar a difusão de padrões constitucionais globais, já que, como vimos, um dos fatores é a concorrência ou competição por capitais estrangeiros. Mas essa abordagem contraria achados sobre a prolixidade constitucional. Se a função das constituições realmente é projetar a nação para alcançar estrategicamente determinados objetivos econômicos e funcionais, então as constituições deveriam ser menores e menos prolixas, já que a prolixidade destes documentos parece estar relacionada a um menor PIB per capita e a baixos níveis de confiança social. No entanto, o que ocorre é o oposto. As constituições estão se tornando cada vez mais extensas, abrangentes e detalhistas, cobrindo áreas cada vez menos materialmente constitucionais. E mais: embora ela possa explicar a constitucionalização de direitos de primeira geração, não explica o crescimento exponencial de direitos sociais, já que esses direitos em geral custam caro ao Estado e contrariam os interesses de mercado.

Na última década, porém, surgiu uma vertente alternativa em resposta a essas duas teorias existentes. Trata-se da abordagem estratégico-realista que se baseia na noção de direito

¹⁸¹ SHAPIRO, Martin; STONE-SWEET, Alec. *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 1-2.

constitucional como uma forma de “política por outros meios” .¹⁸² Tal abordagem procura fornecer um relato explicativo mais rico da proliferação e do papel das constituições e dos tribunais constitucionais como reação a um conjunto de considerações, interesses e escolhas mundanas e mesmo estratégicas. Um aspecto central é que “o comportamento estratégico dos políticos, elites e tribunais desempenha um papel-chave na explicação da enorme variação na amplitude, na natureza e no momento da reforma constitucional” .¹⁸³

Para essa terceira abordagem, o direito constitucional está repleto de lutas por poder, busca de interesses e conflitos políticos. A constitucionalização de direitos ou a negação deles não são motivadas unicamente ou principalmente por pressões populares ou convencimentos idealistas ou mesmo pela busca de respostas eficientes aos problemas de coordenação sistêmica. Na verdade, a abordagem fornece um relato “realista-estratégico” convincente do processo constituinte que identifica as partes reais da negociação - elites políticas, grupos de interesses etc - como os principais agentes e suas expectativas ou horizontes temporais como os principais fatores no momento de elaboração da constituição. Em outras palavras, no processo constituinte, os grupos políticos constitucionalizam direitos e criam instituições que servirão melhor aos seus interesses assim que a Constituição entrar em vigor. Por isso, não causa nenhuma surpresa que os atores políticos tenham um grande interesse no processo constituinte. Afinal, um dos principais objetivos de qualquer Constituição, é criar, canalizar e monitorar o poder.

A abordagem estratégico-realista do processo constituinte baseia-se em uma série de suposições e ideias. Primeiro, a transformação constitucional não se desenvolve no vácuo e não pode ser analisada separadamente das lutas sociais, políticas e econômicas concretas que moldam um dado sistema político. Isso significa que qualquer tentativa de retratar o processo constituinte como uma arena predominantemente idealista e funcionalista, e não política, está assim destinada a render relatos incompletos das origens e consequências da constitucionalização. Essa abordagem baseia-se na teoria da escolha racional, que pressupõe que os políticos são atores racionais, auto-interessados e maximizadores de utilidade que favorecem instituições que servem seus interesses.¹⁸⁴ Afinal, as constituições são instituições feitas pelo homem, pessoas reais que tomam decisões e escolhas concretas, e não por ideias

¹⁸² HIRSCHL, Ran. *The Strategic Foundations of Constitutions*, p. 157.

¹⁸³ *Idem*, p. 158.

¹⁸⁴ Cf. GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. *Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions*. In: _____; _____ (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 19.

abstratas. Nesse sentido, o processo constituinte é um momento de barganhas, jogos de poder e agenda política das elites interessadas.

Em segundo lugar, ao estudar as origens políticas da constitucionalização, é importante levar em conta eventos que não ocorreram, escolhas não tomadas e a motivação dos detentores do poder político para a inação ou para não se comportarem de determinadas maneiras. Afinal, há silêncios eloquentes e ambiguidades estratégicas. A ausência de um direito no texto constitucional nem sempre significa uma “não-decisão”.¹⁸⁵ Como dois estudiosos lembram, as ambiguidades em textos constitucionais são muitas vezes o resultado direto da presença de grupos políticos concorrentes que esperam manter o poder no futuro, e, por isso, não desejam se comprometer no momento constituinte. Foi, por exemplo, o que ocorreu em Israel.

Em terceiro lugar, as instituições jurídicas produzem efeitos distributivos diferenciados: eles privilegiam alguns grupos, interesses e preferências políticas em detrimento de outros. Este efeito é ainda mais acentuado quando se trata de constituições. Dado seu status elevado e a relativa dificuldade de reformá-las ou substituí-las, as constituições fornecem uma plataforma ideal para proteger certas visões de mundo, preferências políticas e estruturas institucionais, ao mesmo tempo em que impedem a consideração de perspectivas alternativas. Por essas razões, atores políticos, elites e grupos de interesse tendem a favorecer a constitucionalização de direitos e prerrogativas bem como o estabelecimento de estruturas institucionais mais benéficas para eles. Portanto, as partes interessadas não se comportam de uma maneira puramente baseada em princípios. E, como afirma Hirschl, uma vez que a constituição é um instrumento de extrema importância política, é difícil pensar que as elites e grupos de interesses irão se comportar de maneira autodestrutiva durante o processo constituinte.¹⁸⁶

Uma quarta noção básica é a de que as constituições são também instrumentos de redução de risco ou de ameaça. Como veremos no Capítulo III, uma ameaça de guerra civil ou de dissolução de uma determinada comunidade política traz muitas vezes à mente uma visão pragmática das constituições como instrumentos que mitigam os conflitos ou garantem a segurança.¹⁸⁷ Mas um sentimento mais concreto e auto-interessado de ameaça e aversão ao risco também está em jogo quando se trata de constitucionalização. Uma lógica semelhante pode ser aplicada para conceituar a disposição dos interessados pertinentes de se envolverem

¹⁸⁵ DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Deciding not to Decide: Deferral in Constitutional Design. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 3-4, p. 636-672, 2011.

¹⁸⁶ HIRSCHL, Ran. *The Strategic Foundations of Constitutions*, p. 157.

¹⁸⁷ Idem, p. 166-167.

na constitucionalização como um tipo de apólice de seguro em um ambiente político inseguro.¹⁸⁸ Portanto, é a “aversão ao risco como um fator chave para a constitucionalização”, onde a abordagem estratégica das constituições se aproxima da metafórmula genérica das “constituições como pré-compromissos”, embora o foco aqui seja o pré-compromisso estratégico de atores concretos e interessados, e não o pré-compromisso em seu sentido abstrato e de escolha pública.¹⁸⁹

Um quinto pressuposto é o de que os atores políticos que voluntariamente estabelecem instituições que parecem limitar sua existência institucional - como entrincheiramento de direitos e o fortalecimento do controle judicial de constitucionalidade - podem assumir que o “corte de suas asas” sob a nova estrutura institucional será compensado pelos limites que poderão ser impostos aos políticos rivais e ou pela reduzida probabilidade de acontecimentos políticos desfavoráveis no futuro. Ou seja, sob condições de incerteza eleitoral, a constitucionalização de direitos, bem como o fortalecimento do poder judiciário, pode emergir como uma “forma de seguro para potenciais perdedores eleitorais durante a negociação constitucional”.¹⁹⁰ Por outro lado, os partidos políticos mais fortes optarão por menos constrangimentos porque antecipam a possibilidade de avançar com sucesso seus interesses na legislatura pós-constitucional.

Por fim, elites governantes constitucionalizam direitos quando preveem a perda de poder e, portanto, são ameaçadas em seu status político, visões de mundo e políticas. O momento do processo constituinte é crucial, porque nas últimas fases do seu governo, as elites que esperam perder o poder asseguram seus interesses futuros, estabelecendo restrições adequadas aos governos sucessivos e prevendo a imposição do seu cumprimento pelos órgãos judiciais. Portanto, o processo constituinte seria um meio pelo qual as elites em retirada preservam seus interesses políticos, vestidos de valores, colocando-os fora do alcance da legislação ordinária. Portanto, “a ameaça de perder o controle sobre os processos e resultados de formulação de políticas pertinentes pode ser uma força motriz significativa para as tentativas de constitucionalizar as questões”.¹⁹¹ Desta forma, as elites ameaçadas podem passar para o domínio constitucional o que não podem obter através do mercado eleitoral posteriormente.

¹⁸⁸ GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

¹⁸⁹ HIRSCHL, Ran. *The Strategic Foundations of Constitutions*, p. 168.

¹⁹⁰ HIRSCHL, Ran. *The Strategic Foundations of Constitutions*, p. 167.

¹⁹¹ Idem, p. 168.

Portanto, o poder das elites de influenciar o conteúdo é o ponto principal da abordagem realista-estratégica aplicável ao processo constituinte. Como diz Hirschl, “a constitucionalização muitas vezes não é meramente, ou mesmo principalmente, uma forma de Ulysses contra os próprios desejos, mas sim uma vinculação egoísta de outros atores possivelmente ameaçadores que avançam cosmovisões rivais e preferências políticas” .¹⁹²

1.5 O Risco de Captura do Processo Constituinte

Apesar de serem abordagens distintas, não há incompatibilidade entre a análise da constitucionalização como processo idealista, como funcionalista e o realista estratégico. Tais abordagens são, na prática, complementares, embora esta última pareça ser mais compatível com os achados expostos ao longo desde capítulo. Mas é preciso acrescentar que os constituintes não agem estrategicamente apenas entrincheirando direitos fundamentais como modo de “cortar suas próprias asas” . Eles também lutam pela adoção de disposições estruturais que organizam os poderes e distribuem competências que atendam a seus interesses pessoais e institucionais sem custos políticos significativos e muitas vezes sem chamar tanta atenção, como ocorre no que diz respeito às disposições de direitos fundamentais. Obviamente, para elites e grupos de interesse, os benefícios da centralização ou da divisão de poderes podem ser bem maiores que os decorrentes do entrincheiramento de direitos fundamentais. Afinal, arranjos institucionais afetam mais diretamente elites e governantes após a promulgação da constituição. Por exemplo, boa parte do tempo da última constituinte brasileira foi gasto com a discussão sobre o tempo de mandato do presidente da república. Como Cope ressalta no caso do Sudão do Sul, a constitucionalização de direitos e valores foi vista como uma “conversa barata” , especialmente em uma nação que tem um longo histórico de abuso de direitos. Portanto, era fácil para as elites do Sudão do Sul aceitar uma declaração de direitos elaborada de acordo com os padrões internacionais. Os constituintes sabiam que disposições estruturais teriam um impacto direto sobre o papel futuro das diferentes elites no governo e, por isso, as elites lutaram vigorosamente sobre a parte estrutural da constituição.¹⁹³

Portanto, dada a grande importância desses elementos, é muito provável que os auto-interesses de curto prazo se concentrem muito mais nas disputas por essas normas do que nas

¹⁹² Idem, p. 169.

¹⁹³ COPE, Kevin L. South Sudan’ s Dualistic Constitution, p. 295-321.

normas definidoras de direitos fundamentais. Uma vez que o maior foco dos estudiosos é nos direitos fundamentais, os elementos estruturais da constituição acabam sendo deixados de lado pela literatura. Talvez seja devido ao fato de tais elementos não sofrerem a mesma padronização global que sofrem os direitos fundamentais. Mas, em essência, as constituições são em parte transnacionais e, em parte, domésticas. Por isso, Cope tem razão em chamar os documentos constitucionais atuais de “constituições intermésticas” .¹⁹⁴

Independentemente do tipo de norma, se definidora de direitos ou estruturais, o processo constituinte estará sujeito à captura por elites políticas, grupos de interesses, lobistas, partidos políticos, empresários etc. A grande maioria das revoluções constitucionais das últimas décadas são resultados de acordos de elite. A noção de participação popular substantiva nos processos de constitucionalização é em grande parte fictícia, como demonstram Denis Galligan e Mila Versteeg¹⁹⁵. Em vez disso, as revoluções constitucionais foram negociadas entre partidos rivais durante épocas de transição política (por exemplo, África do Sul), promovidas por atores externos (como no Afeganistão em 2004 e no Iraque em 2005), como se verá no Capítulo III. Além disso, são muitas vezes capturados por interessados influentes ou foram iniciados por elites políticas cujos interesses não refletem necessariamente a vontade popular na época, como aconteceu ao longo da história da América Latina.¹⁹⁶ Sempre haverá o risco de a participação popular ser meramente cerimonial. Por mais que um processo constituinte possa ser aberto ao povo, a depender do tipo de inclusão, a constituição não irá refletir seus anseios e vontades. Portanto, a captura política aumenta sobremaneira o risco de o resultado do processo constituinte, por mais participativo que possa ter sido, ser bastante desapontador e decepcionante, com constituições alienadas, enganosas, impopulares, prolixas e não duradouras. Por essa razão, é importante realizar uma reflexão sobre como realmente deve ser um processo constituinte participativo, a começar pela ideia de participação, como se fará no próximo capítulo.

¹⁹⁴ COPE, Kevin L. *The Intermestic Constitution: Lessons from the World's Newest Nation*, p. 667-724.

¹⁹⁵ GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. *Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions*, p. 19.

¹⁹⁶ NEGRETTO, Gabriel. *Making Constitutions: Presidents, Parties and Institutional Choice in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2013.

2 O PROCESSO CONSTITUINTE INCLUSIVO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS

2.1 Introdução

Ao longo das últimas décadas, o envolvimento dos cidadãos nos processos constituintes passou de um mero voto em referendos para um envolvimento mais deliberativo. James Tully afirmou, há mais de vinte anos, que o processo constituinte é “a única atividade na política moderna que não foi democratizada” nos últimos três séculos.¹⁹⁷ Mas, como bem afirma o importante cientista político Abrak Saati, “ao longo dos últimos vinte e cinco anos, a percepção comum do processo constituinte como algo reservado à deliberação de elites políticas e juristas por trás de portas fechadas, um domínio exclusivo dos poucos escolhidos sem visão pública, foi seriamente desafiado”.¹⁹⁸ Por isso, houve um aumento daquilo que agora é comumente referido como processo constituinte participativo. Esse desafio tem envolvido normas internacionais, mas também esforços desmedidos de estudiosos e políticos. Como se verá, a normativa internacional não garante, por completo, um direito de “tomar parte” no processo constituinte. Mas, como se argumentará, há razões teórico-democráticas que não apenas justificam mas exigem que o processo constituinte seja mais que indiretamente participativo.

Como se sustentará, esse processo, por sua natural importância, precisa gerar mais que participação. Há de se exigir também inclusão. Portanto, neste capítulo, busca-se fundamentos teóricos e evidências empíricas que embasem a ideia de que os processos constituintes participativos encontram sua lógica na ideia mesma de democracia, que é baseada, aqui, na ideia de democracia deliberativa. Também serão tratados os principais possíveis benefícios, mas também os principais possíveis perigos de um processo constituinte amplamente participativo. No final do capítulo, se chamará atenção para a necessidade de incluir elites e especialistas no processo constituinte.

2.2 O Direito Internacional e o Processo Constituinte Participativo

¹⁹⁷ TULLY, James. *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 11.

¹⁹⁸ SAATI, Abrak. Participatory Constitution-Making as a Transnational Legal Norm: Why Does It “Stick” in Some Contexts and Not in Others? *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 2, n. 1, p. 114, 2017.

A internacionalização descreve o impacto das normas, instituições e processos internacionais e supranacionais sobre os arranjos constitucionais internos.¹⁹⁹ A internacionalização do direito constitucional não é nova. Essa convergência está ocorrendo em um grau que difere de tempos anteriores em âmbito global, intensidade e substância. A partir da segunda metade do século XX, a internacionalização cresceu tanto em seu ritmo quanto em sua amplitude. Foi estimulada inicialmente por eventos geopolíticos, incluindo as consequências da Segunda Guerra Mundial e o colapso do comunismo na Europa a partir de 1989. Tem sido uma catalisadora de ondas de reação contra governos autoritários em várias regiões do mundo. Seus efeitos foram potencializados pelo aumento do número de Estados: a quantidade de membros das Nações Unidas aumentou de cinquenta e um membros originais em 1945, para cento e cinquenta e nove em 1990, e cento e noventa e três, em 2012.

O impacto dos arranjos internacionais sobre os sistemas constitucionais nacionais é considerável e igualmente crescente. Os instrumentos internacionais podem fornecer o modelo em que os formuladores de uma constituição nacional se baseiam, de forma mais ou menos fiel. Nesses casos, as normas internacionais entram em vigor como disposições constitucionais e é improvável que seja um conjunto separado e concorrente de normas nacionais de direitos humanos. Os variados processos de internacionalização contribuem assim para um grau significativo de convergência constitucional, como se expôs no Capítulo I.

Nos Estados pós-conflitos e nos Estados em transição do autoritarismo para a democracia, tanto na África como na Europa, América Latina, região do Oriente Médio e no Sudeste Asiático, pessoas comuns estão sendo convidadas a expressar suas opiniões e transmitir suas aspirações quanto ao que elas acreditam ser questões e normas importantes o suficiente para serem incluídas nas constituições de seus países. Mas esse seria um direito? Ou essa é apenas uma tendência? Muitos teóricos do processo constituinte argumentam que a participação pública nesse episódio importante de uma história nacional seria uma norma emergente de âmbito internacional.

Como se sabe, o Direito Internacional é formado por tratados e pelo direito consuetudinário. Não há nenhuma evidência de que o direito consuetudinário exija que constituições ou leis fundamentais sejam elaboradas de certa maneira. Os Estados são considerados pelo direito internacional como entidades políticas soberanas, sendo que tal

¹⁹⁹ SAUNDERS, Cheryl. The Impact of Internationalisation on National Constitutions. In: CHEN, Albert H. *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 391.

soberania não é e não pode ser limitada sem o seu expresso consentimento. Ainda assim, não é possível afirmar que a soberania é um atributo absoluto e incontornável de um Estado nacional, já que ela pode ser limitada por meio da adesão a tratados e convenções internacionais. Nesse sentido, há quem entenda que, ainda que um tratado de direitos humanos não se aplique expressamente ao processo de elaboração de uma constituição, sua observância é hoje uma questão de dever implícito em razão dos propósitos desses documentos internacionais. Os signatários do Tratado “estarão obrigados a observar as normas gerais aplicáveis à governança, em virtude do caráter vinculante desses tratados, como interpretado amplamente à luz de seus objetivos e propósitos” .²⁰⁰ Já “os novos Estados, que podem ainda não ser parte de tais obrigações do tratado, podem estar vinculados pela norma comum consuetudinária que decorre do fato da adesão universal a um tratado sobre governança” .²⁰¹ Em outros termos, os tratados se aplicariam mesmo se os Estados em questão não sejam signatários.

Como não há normas internacionais especificamente voltadas ao processo de elaboração de constituições nacionais, então seria unicamente possível especular a aplicação de disposições contidas em tratados que se aplicam de forma mais geral à governança. Atentos a isso, os defensores da inclusão do público em geral no processo de elaboração de constituições nacionais recorrem ao artigo 21 da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, que afirma que “Toda pessoa tem o direito de participar do governo de seu país, diretamente ou através de representantes livremente escolhidos” . O artigo 5 (c) da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial também é geralmente lembrado, já que igualmente reconhece o direito de se participar dos assuntos públicos. Invoca-se também a Convenção Europeia para a Proteção das Minorias Nacionais, pois, em seu artigo 15, este documento estabelece que as pessoas que pertencem a minorias nacionais devem poder participar efetivamente na vida cultural, social e econômica, bem como nos assuntos públicos. Ao lado desses documentos internacionais, várias cartas regionais também destacam o direito de se participar de assuntos públicos como, por exemplo, a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos de 1981, a Declaração de Harare da Commonwealth de 1991 e a Carta Asiática de Direitos de 1998.²⁰²

²⁰⁰ FRANCK, Thomas M.; THIRUVENGADAM, Arun K. Norms of International Law Relating to the Constitution-Making Process. In: MILLER, Laurel E. (Org.). *Framing the State in Times of Transition*. Washington, DC: U.S Institute of Peace Press, 2010, p. 4.

²⁰¹ Idem, p. 3-4.

²⁰² SAATI, Abrak. Participatory Constitution-Making as a Transnational Legal Norm: Why Does It “Stick” in Some Contexts and Not in Others?, p. 121.

Entretanto, a principal fonte internacional sobre a questão é o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, particularmente seu artigo 25.²⁰³ No artigo 25 é estabelecido que “ Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores” . São igualmente importantes os artigos 26 e 27, que estabelecem um direito geral à igualdade e uma proteção voltada às minorias étnicas, religiosas e linguísticas, respectivamente.

O artigo 1 (1) nunca recebeu uma interpretação por parte do Comitê de Direitos Humanos no sentido de sua aplicação ao processo constituinte, embora o Pacto preveja a possibilidade de Estados e indivíduos oferecerem queixas alegando seu descumprimento. Parece, então, perfeitamente possível que uma denúncia possa alegar que um processo constituinte violou o direito à autodeterminação. Isso talvez seja ainda mais possível em processos constituintes de independência, onde países antes colonizados buscam afirmar sua autodeterminação por meio de uma constituição. Enquanto os artigos 1 e 25 se relacionam mais precisamente a um direito de participação na elaboração, seja por meio de votação ou através de representantes eleitos, os artigos 2 e 3 parecem estar mais diretamente ligados à necessidade de as constituições elaboradas respeitarem direitos à igualdade e demais direitos civis e políticos anunciados no Pacto, o que é reafirmado nos artigos 26 e 27.

Até o momento, a aplicação dessas disposições a processos constituintes tem recebido pouca consideração por parte da jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos, órgão encarregado de monitorar e implementar o Pacto. Recentemente, no entanto, ele foi chamado a interpretar e a aplicar o artigo 25 em um interessante caso oriundo do Canadá. Lá, por meio do *Constitution Act* de 1982, o governo nacional “reconheceu e afirmou” os direitos dos povos aborígenes que vivem no país. Com o objetivo de identificar e esclarecer esses direitos,

²⁰³ Além do artigo 25, outras disposições desse Pacto são mencionadas. O artigo 1 (1) estipula que “[t]odos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural” . O artigo 2 (1), por sua vez, estabelece que “[o]s Estados Partes do presente pacto se comprometem a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição” . Já o artigo 3 dispõe que “[o]s Estados Partes no presente Pacto se comprometem a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto” .

o Ato previa um processo que incluía uma conferência constitucional a ser convocada pelo Primeiro Ministro do Canadá, com a participação de representantes das províncias e dos “representantes dos povos aborígenes de Canadá” . O governo nacional e os governos provinciais se comprometeram com o acordo de que as discussões teriam lugar nessa conferência antes de quaisquer emendas constitucionais serem feitas e incluídas na Constituição do Canadá em relação a assuntos que afetassem diretamente os povos aborígenes, incluindo a determinação e a definição dos direitos desses povos. A questão era particular porque, como regra, as conferências constitucionais no Canadá contam apenas com a participação de líderes eleitos dos governos federal e provincial. As conferências sobre assuntos aborígenes constituíram uma exceção a essa regra. Mas, de fato, várias conferências foram convocadas pelo Primeiro Ministro do Canadá nos anos seguintes, para as quais foram formulados convites a representantes de quatro associações nacionais que vocalizavam o interesse de cerca de 600 grupos aborígenes. Durante as conferências, se concentraram na questão do autogoverno dos aborígenes e se, e de que forma, um direito aborígene geral ao governo autônomo deveria estar entrincheirado na Constituição do Canadá. As conferências não foram conclusivas. Nenhum consenso foi alcançado sobre qualquer proposta e nenhuma emenda constitucional foi, portanto, colocada perante as legislaturas federal e provincial para debate e votação.

Entretanto, em 1986, oficiais do Grande Conselho da sociedade Tribal Mikmaq questionaram sua exclusão do processo perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas.²⁰⁴ Eles alegaram que seus direitos à autodeterminação e a participar da condução dos assuntos públicos teriam sido violados. Os representantes da comunidade tribal Mikmaq afirmaram que a recusa do Canadá em permitir que eles participassem das conferências constitucionais convocadas de acordo com o *Constitutional Act* violaria seus direitos previstos no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, especialmente o previsto em seu artigo 25. O *Act* previa um processo que incluía uma conferência constitucional na qual grupos aborígenes seriam representados por associações. Entretanto, a Mikmaq sustentou que seus interesses não estavam adequadamente representados nas conferências constitucionais. A tribo apresentou um pacote de propostas, mas uma das associações que supostamente a representava não o submeteu à convenção e não as incorporou em suas propostas. A conclusão do Comitê foi, porém, a seguinte:

²⁰⁴ Cf., a respeito, BLAUSTEIN, Albert P. Self-government for the Aboriginal Peoples of Canada: the Mi'kmaq Nation Starts Constitution-making. *International Journal on Group Rights*, v. 1, n. 3, p. 225-236, 1993.

Não obstante o direito de todos os cidadãos de participarem na condução de assuntos públicos sem discriminação e sem restrições não razoáveis, o Comitê conclui que, nas circunstâncias específicas do presente caso, a falha do Estado Parte em convidar representantes da sociedade tribal Mikmaq às conferências constitucionais sobre assuntos aborígenes, que constituíam a conduta de assuntos públicos, não violou esse direito dos autores ou outros membros da sociedade tribal Mikmaq. Além disso, na opinião do Comitê, a participação e a representação nessas conferências não foram sujeitas a restrições injustificadas. Por conseguinte, o Comitê é da opinião de que a comunicação não revela violação do artigo 25 ou de quaisquer outras disposições do Pacto.

Portanto, ao apreciar a alegada violação do artigo 25 (a), o Comitê de Direitos Humanos concluiu que as conferências constitucionais constituem um modo de condução de assuntos públicos, mas afirmou que os direitos da sociedade tribal Mikmaq não tinham sido violados. Mas, apesar do resultado desfavorável aos interesses da tribo, a decisão foi importante, tendo em vista que o Comitê reconheceu que o artigo 25 (a) protege os direitos dos cidadãos de participar na condução de assuntos públicos, direta ou indiretamente. No entanto, o Comitê rejeitou a ideia de que esse direito permite aos cidadãos decidirem se eles participarão na condução de assuntos públicos diretamente. Assim, os membros do Comitê concluíram que a decisão do Canadá de elaborar um processo de revisão constitucional utilizando conferências com a participação de representantes das províncias - seus Primeiros Ministros - teria proporcionado a participação cidadã suficientemente, ainda que por meio de representantes. Em outros termos, o artigo 25 (a) não atribuía ao povo um direito incondicional à participação direta na condução dos assuntos públicos. Em vez disso, permitiria que aos estados poderiam escolher modalidades diretas ou representativas de participação. Enquanto a modalidade de participação escolhida pelo Estado reclamado não discriminar com base em “raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou outro status” ou restringir a participação popular de forma injustificada, não poderia ser reconhecida uma violação ao artigo 25 (a) do Pacto.

Portanto, o Comitê determinou que “o artigo 25 (a) do pacto não pode ser compreendido como significando que qualquer grupo diretamente afetado, seja ele grande ou pequeno, tem o direito incondicional de escolher as modalidades de participação em assuntos públicos. Isso, de fato, seria uma extrapolação do direito à participação direta dos cidadãos, muito além do alcance do artigo 25 (a)” . O Comitê focou sua análise em possibilidades de exclusão externa, como ficará claro mais adiante. Ou seja, ele não se manifestou sobre a necessidade de uma efetiva participação no processo constituinte, no sentido de uma

possibilidade real de influenciar no processo de decisão. Embora os líderes da sociedade tribal Mikmaq tenham declarado que suas submissões através de um órgão intermediário nunca tinham sido colocadas sobre a mesa, o Comitê destacou a representação de “cerca de 600 grupos aborígenes” por “quatro associações nacionais” e mais tarde por “um ‘Painel’ de até 10 líderes aborígenes”, entendendo, assim, adequada para atender aos requisitos do artigo 25.²⁰⁵

O Comitê de Direitos Humanos reiterou essas conclusões em 1996, no Comentário Geral sobre o artigo 25, afirmando que os cidadãos participam diretamente na condução dos assuntos públicos “quando eles escolhem ou mudam sua constituição ou decidem questões públicas através de um referendo ou outro processo eleitoral conduzido de acordo com o parágrafo (b). Portanto, neste comentário, o Comitê se limitou a afirmar que a participação direta se restringe a um referendo ou outro processo eleitoral. Esses incluiriam assembleias populares, órgãos consultivos, representantes livremente escolhidos, referendos, eleições e debate público e diálogo. Nesse Comentário, a importância fundamental do direito geral de participação do artigo 25 é claramente sublinhada: “Qualquer que seja a forma de processo constituinte... a convenção exige que os Estados... assegurem que os cidadãos tenham uma oportunidade efetiva de gozar dos direitos que ela protege. O artigo 25 está no cerne do governo democrático” . Embora a opinião predominante seja que um Comentário Geral tem autoridade, mas não é vinculante, essa declaração inequívoca, aliada ao precedente do Comitê, indubitavelmente reconhece não apenas a importância de um processo constituinte, mas de um processo constituinte qualificado: um processo constituinte participativo, conquanto não especifique o que significa exatamente esse processo.

A vitória do povo Mikmaq foi pequena, mas importante, e não apenas para ele: embora seu alegado direito não tivesse sido violado no caso, conforme se entendeu, o Comitê reconheceu a existência de um direito à participação no processo constituinte. Assim, os esforços do povo Mikmaq foram valiosos para a formação de um importante precedente no Comitê, ainda que de amplitude limitada. Mas, ao contrário da noção muito limitada de representação em *Marshall v. Canadá*, o Comentário Geral expande explicitamente o alcance da participação democrática além do ato de votar. Com isso, tem-se que todos os Estados, ao elaborarem novas constituições ou mesmo ao reformarem-nas, são aconselhados a considerar o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no que diz respeito à participação

²⁰⁵ HART, Vivien. *Democratic Constitution Making*. Washington, DC: United States Institute of Peace Press, 2003, p. 6.

popular. Contudo, os Estados que adotaram processos constituintes amplamente participativos não o fizeram, pelo menos não explicitamente, com base no Pacto. Eles democratizaram seus processos por outras razões. Inequivocamente, trata-se de uma tendência, e não de uma imposição a partir de normas internacionais. Por isso, conquanto o alto grau de participação pública em processos constituintes esteja se tornando axiomático, Thomas Frank e Arun Thiruvengadam têm razão ao afirmarem que:

Embora seguir a tendência global para a abertura no processo constituinte, tem vantagens e parece ser desejável e pragmático, ainda não está claro que qualquer coisa no direito internacional exige que um estado adira a práticas uniformes. As constituições de nações que utilizaram procedimentos de redação relativamente fechados não são consideradas como violadoras do direito internacional ou são menos legais do que aquelas que adotaram procedimentos mais abertos.²⁰⁶

2.3 A Ordem Transnacional Legal e o Processo Constituinte Participativo

É verdade que, até o momento, não há nenhuma exigência normativa para que países adotem processos constituintes participativos. Mas isso não significa que as normas do direito internacional são irrelevantes. Elas são importantes como um recurso para os membros desfavorecidos de uma comunidade política, ainda que seja o único argumento que tenham. De qualquer modo, há evidências crescentes de que a participação pública no processo constituinte é necessária. Inúmeras cartas regionais têm expandido progressivamente a definição de participação. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981 (Carta de Banjul) repete a linguagem do artigo 25 do Pacto com uma ênfase adicional na “igualdade rigorosa”. A Declaração de Harare da Commonwealth (1991) reconhece “o direito inalienável do indivíduo de participar por meio de processos políticos livres e democráticos na definição da sociedade na qual ele ou ela vive”, o que se aplicaria ao processo constituinte. O direito de participação também consta da Carta Democrática Interamericana (2001) da Organização dos Estados Americanos (OEA). A previsão, portanto, de um direito de participação em tomada de decisões sobre assuntos públicos e a circulação dessas ideias têm reforçado a prática de processos constituintes ao redor do globo.

Baseando-se em todas essas fontes, Vivien Hart argumenta em favor de um direito legal emergente à participação no processo constituinte. Ela observa que “nenhum conjunto

²⁰⁶ FRANCK, Thomas M.; THIRUVENGADAM, Arun K. Norms of International Law Relating to the Constitution-Making Process, p. 15.

de normas impositivas ainda surgiu na lei ou de fontes organizacionais” para orientar a participação pública, mas afirma que a cultura de processos constituintes tem incluído a expectativa de prática democrática”. E à medida que aumenta o número dessas experiências em todo o mundo, é razoável supor que o conhecimento dessas experiências contribuirá para as expectativas do público em novos casos de que eles também devem ser capazes de participar de seus próprios exercícios de reforma constitucional. Quando a prática de muitos estados se torna conscientemente padronizada, esses padrões seriam reconhecidos como evidência do direito internacional consuetudinário. Formariam “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”, que também são considerados uma fonte de direito internacional.²⁰⁷

Paralelamente a tais argumentos baseados em normas internacionais e regionais e também na repetição de processos constituintes participativos em episódios recentes, há outros argumentos oferecidos em favor do direito de participação no processo constituinte que merecem análise. Há aqueles que sustentam que o processo constituinte seria também uma norma *transnacional*. Mais precisamente, o processo constituinte faria parte de uma Ordem Jurídica Transnacional.²⁰⁸ Isso teria a vantagem de superar a crítica de que os Estados não signatários não estariam obrigados a adotar processos constituintes participativos. Portanto, com essa ideia, se retiraria a necessidade de se buscar uma autoridade para aquela imposição.

Essa ordem transnacional é compreendida como “uma coleção de normas legais formalizadas e organizações e atores associados que orientam o entendimento e a prática do direito em jurisdições nacionais”.²⁰⁹ A definição caracteriza algo como legal se envolve uma organização ou rede jurídica transnacional, diretamente múltiplas instituições jurídicas nacionais e assume uma forma jurídica reconhecível. As normas legais transnacionais, por sua vez, “envolvem prescrições para a regulamentação de atividades em determinados domínios funcionais”, e fornecem aos atores ferramentas e modelos para que possam redesenhar

²⁰⁷ HART, Vivien. Constitution Making and the Right to Take Part in a Public Affair. In: MILLER, Laurel E. (Org.). *Framing the State in Times of Transition*. Washington, DC: U.S Institute of Peace Press, 2010, p. 24-25.

²⁰⁸ Cf., a respeito, HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnational Legal Orders. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 2, n. 1, p. 773-802, 2017.

²⁰⁹ O termo “organização associada” é interpretado amplamente para incluir qualquer organização ou formação social, assim como o termo “ator”, que inclui atores coletivos e indivíduos cujas atividades superam as fronteiras nacionais. Cf. HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnational Legal Orders. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 2, n. 1, p. 11, 2017.

arranjos institucionais para enfrentar situações específicas.²¹⁰ Além disso, “a fonte ou as fontes, por trás das normas jurídicas transnacionais, podem ser diferentes, desde tratados internacionais até modelos jurídicos estrangeiros aprovados por atores transnacionais” . Portanto, essa ordem é jurídica não no sentido formal, que pressupõe uma autoridade - nacional ou internacional - que a tenha estabelecido. Para Terence C. Halliday e Gregory Shaffer, a dimensão legal da Ordem Jurídica Transnacional que eles têm em mente não requer uma “hierarquia única de normas, nem é sempre formalmente vinculante, nem é invariavelmente apoiada pela coerção”²¹¹. É mais precisamente um conjunto de práticas recomendáveis que, de algum modo, transcende os Estados nacionais e é apoiado por instituições como a Comissão de Veneza.²¹²

Essa ordem transnacional, portanto, consiste em normas legais ou não que são exportadas e importadas através das fronteiras e que envolvem redes transnacionais e instituições internacionais e regionais que ajudam a construir e a transmitir esses padrões para distintos campos do direito. Quando se trata de processo constituintes participativos, haveria indícios que sugeririam que esse “padrão” teria se tornado uma norma jurídica transnacional nesse sentido, uma vez que a noção como tal, bem como a sua prática, de fato, é exportada e importada por fronteiras nacionais. Esses indícios são as repetições de práticas de participação que se repetem consecutivamente em inúmeros processos constituintes. Portanto, tratar-se-ia de uma espécie de migração de ideias procedimentais relativas ao processo constituinte.

Isso é até verdade. Inúmeros estudos de casos têm revelado padrões procedimentais. Contudo, novamente, afirmar que eles se repetem não é o mesmo que dizer que eles são obrigatórios como normas. Ou seja, não há, de fato, uma prescrição no sentido de se adotar esse ou aquele procedimento. Mas há, no entanto, um senso de que o processo precisa ser mais ou menos participativo. Em síntese, “embora o envolvimento do público na elaboração de suas leis fundadoras pareça ser uma tendência que está aqui para ficar, não há regras, diretrizes ou prescrições formuladas de maneira clara sobre em que fase do processo e em que medida e com que quantidade o processo deve ser influenciado pelo público”²¹³.

²¹⁰ SAATI, Abrak. Participatory Constitution-Making as a Transnational Legal Norm: Why Does It “Stick” in Some Contexts and Not in Others?, p. 116.

²¹¹ HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnational Legal Orders, p. 18.

²¹² CRAIG, Paul. Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 2, p. 69, 2017.

²¹³ SAATI, Abrak. Participatory Constitution-Making as a Transnational Legal Norm: Why Does It “Stick” in Some Contexts and Not in Others?, p. 117.

A norma transnacional que reclama uma participação popular no processo constituinte encontra, no entanto, mais aplicação quando a comunidade internacional está envolvida. Geralmente, isso ocorre em países que estão em processo de transição de conflitos. Nesses casos, a comunidade internacional, especialmente por meio das Nações Unidas, funciona como uma autoridade para essa norma. Portanto, embora seja uma tendência (diga-se, não global) a adoção dessa “norma”, nem sempre ela é internalizada pela ordem doméstica. Por essa razão, a despeito dos fortes argumentos que seus defensores levantam em favor da compreensão segundo a qual o processo constituinte participativo seria uma norma jurídica transnacional, entendo que a ideia não basta. Por isso, penso que a sua defesa deve ser reforçada buscando-se argumentos nas implicações decorrentes da ideia de democracia, precisamente de uma democracia deliberativa inclusiva, como se sustentará a seguir.

Apesar de as normas internacionais e regionais estarem, de fato, expandindo a ideia de participação e de que realmente um grande número de episódios de processos constituintes participativos esteja ocorrendo com mais frequência nos últimos anos, revelando, com isso, uma tendência quase global, esses fatos não são argumentos suficientes para justificar a necessidade de participação popular no processo constituinte, e isso por pelo menos três razões. Em primeiro lugar, os Estados, sobretudo aqueles que são signatários desses tratados, pactos e convenções não estão obrigados a seguir suas orientações. Se essas normas forem os únicos argumentos, então isso significa que, se um processo constituinte for autoritário, nada poderá ser dito a seu respeito, exceto que se trata de uma escolha local. Em segundo lugar, se a adoção crescente e reiterada de processos constituintes participativos for o argumento para que eles assim sejam, estaremos diante de um argumento completamente circular: os processos constituintes devem ser participativos por serem participativos. Como os processos constituintes ocorrem em ondas, uma próxima onda poderá ser de processos constituintes autoritários ou elitizados. Se isso ocorre, e se só tivermos esses argumentos, então não teremos razões suficientes para sustentar a necessidade de um processo constituinte participativo. Por fim, o que poderia ser dito de um episódio constituinte autoritário cujo produto o povo aceitasse como legítimo, embora ele próprio reconhecesse que o direito de participação direta ou indireta lhe tenha sido negado? Essa constituição não seria reconhecida pela comunidade internacional? Essas mesmas críticas se aplicam à ideia de processo constituinte como norma transnacional. Mas essa ideia dá margem a mais objeções.

Não há dúvida de que as práticas de processos constituintes estão se tornando cada vez mais transnacionais e institucionalizadas. Mas isso não significa que esses processos sejam governados pelo direito transnacional no sentido confuso exposto por alguns autores. Há

muito pouco de jurídico em nível não nacional regendo o próprio processo constituinte, como se viu. Na verdade, ele deve ser compreendido como um campo que sofre influência de diferentes organizações e indivíduos, que podem fornecer conselhos e influenciar o processo. Muitos desses atores são, sim, organizações internacionais regidas por uma ordem transnacional. Mas o processo, em si, não o é. O que pode ser dito a seu respeito é que ele é um “campo que serve como arena para que outras ordens legais transnacionais se envolvam” .²¹⁴ Embora o processo constituinte seja um campo em que alguma ordem possa vir a emergir no futuro, sempre haverá elementos de desordem devido à sua natureza eminentemente política. É exatamente por essa razão que esses processos falham com regularidade. Neles, não há garantia de sucesso, ainda que existisse um suposto conjunto de normas transnacionais que pudesse ser identificado como exclusivo e aplicável aos processos constituintes nacionais. O que, no máximo, pode ser efeito, e esse é o propósito desse trabalho, é prescrever recomendações de melhores práticas e configurações, democratizando as dinâmicas que governam os processos constituintes, com vistas a tornar esses exercícios de tomadas de decisão mais participativos e assertivos.

Obviamente, é possível, e certamente tem ocorrido, que alguns países estejam adotando processos constituintes amplamente participativos baseando-se em normas internacionais, seguindo o que outros países fizeram ou mesmo na ideia abstrata de que um processo desse tipo seria uma imposição decorrente de uma suposta ordem legal transnacional apenas para se legitimarem aos olhos da comunidade internacional e do público interno. Contudo, estamos em busca de uma justificativa não frágil para a necessidade de um processo constituinte realmente participativo e democrático, ou seja, um processo constituinte inclusivo, com se esclarecerá adiante. Como não há normas impositivas e o argumento de que “há uma tendência” não serve como justificativa, penso que os fundamentos devem ser buscados não em normas ou em fatos, mas na ideia de democracia, mas precisamente nas ideias de democracia participativa e deliberativa, como se verá. Portanto, esse trabalho considera que, ainda que normas internacionais e ordens transnacionais tenham um papel importante para um processo constituinte participativo - especialmente em países que estejam saído de conflitos ou em transição -, é preciso convencer os constituintes de que a participação pública é não apenas uma questão de imposição “legal”, mas o melhor a ser feito. É claro, só se convence quem aceita ser convencido, de modo que a tese está voltada

²¹⁴ GINSBURG, Tom. Constitutional Advice and Transnational Legal Order. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 2, p. 127, 2017.

para regimes não autoritários. Isso não significa que as constituições de regimes autoritários sejam desimportantes.²¹⁵

2.4 Democracia Deliberativa e o Processo Constituinte Participativo: o Argumento teórico

2.4.1 As Contribuições da Teoria da Democracia Participativa

A literatura referente à participação no processo constituinte tem suas bases intelectuais na literatura sobre os benefícios da participação política em geral. Essa última, por sua vez, tem suas raízes na literatura sobre a participação democrática, que reivindica a participação dos cidadãos tanto no governo como em setores da sociedade para além dos que tradicionalmente são entendidos como políticos, como o lar e o local de trabalho. Desse modo, a pergunta sobre porque o processo constituinte precisa ser participativo deve buscar sua resposta na teoria da participação democrática e, mais precisamente, naquela que se dedica à discussão sobre as participações popular e individual nas questões públicas. Essa literatura, como logo se imagina, é vasta, de modo que seria impossível expor toda ela neste trabalho. De qualquer modo, como em quase todo campo do conhecimento, é possível identificar, sem isenção de riscos, quais são as principais influências e opiniões a respeito de determinada questão ou tema, identificando-se, assim, a genealogia e o estado da teoria em seus pontos mais importantes.

Para começar, praticamente todos os trabalhos sobre os benefícios da participação pública na vida política revelam que os primeiros argumentos nesse sentido estão previstos nas obras e escritos de teóricos liberais clássicos dos quais as contribuições de Jean Jacques Rousseau e John Stuart Mill estão entre as mais citadas.²¹⁶ Os principais benefícios citados nessa literatura clássica são a educação, o desenvolvimento e o cooperação proporcionados pelo engajamento cívico. De modo geral, espera-se que a participação promova o desenvolvimento de cidadãos responsáveis e politicamente conscientes que reconheçam que a cooperação com outros membros da sociedade é benéfica para todos, tanto a longo como a curto prazo. Referindo-se a essa literatura, Abrak Saati destaca que, “como sugerem essas

²¹⁵ Cf., a respeito, ELKINS, Zachary et al. *The Content of Authoritarian Constitutions*, p. 141-164.

²¹⁶ Cf., especialmente, PATEMAN, Carole. *Participation and Democratic Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1970, p. 22 e ss. “Rousseau pode ser chamado de o teórico *por excelência* da participação, e uma compreensão da natureza do sistema político que ele descreve no *O Contrato Social* é vital para a teoria da participação democrática” (p. 22). E, mais à frente, diz: “Os argumentos que formam a base da teoria da democracia participativa tornam-se mais claros a partir das teorias de J. S. Mill e [G.D.H] Cole” . p. 27. Cf., no mesmo sentido, HILMER, Jeffrey D. *The State of Participatory Democratic Theory*. *New Political Science*, v. 32, n. 1, p. 43-63, 2010.

ideias, a participação na tomada de decisões políticas é, antes de mais, percebida como benéfica para o indivíduo que se envolve nela” . No entanto, acrescenta o mesmo autor, “os teóricos também enfatizam que as atitudes democráticas que os indivíduos desenvolvem ao longo da participação na tomada de decisões políticas também levarão ao desenvolvimento democrático no nível macro” ²¹⁷.

Mas “democracia participativa” é um neologismo que se refere a uma teoria específica e moderna da democracia que, segundo os estudiosos de sua genealogia, parece ter se originado a partir do apelo de Arnold S. Kaufman para uma “política participativa” ²¹⁸. Esse autor, responsável pelo início de sua teorização, acreditava em vários benefícios que decorreriam da participação das pessoas nos assuntos públicos.²¹⁹ Entre esses benefícios, destacavam-se o sentimento público e o pensamento não egoísta. Nesse sentido, participar de assuntos públicos levaria as pessoas a trabalharem em conjunto, a ajustarem e a refletirem sobre seus próprios desejos e preocupações, levando em consideração os desejos e preocupações de outros membros da sociedade.

No final dos anos de 1960 e primeira metade da década de 1970, a referência e o uso do termo “participação” tornaram-se quase obrigatórios, especialmente nos Estados Unidos, onde a ideia de democracia participativa “começou como um *slogan* dos movimentos estudantis da *New Left* da década de 1960” ²²⁰. Durante o seu auge, e após estar suficientemente desenvolvida, a teoria da democracia participativa foi considerada uma alternativa viável à democracia liberal, tal como teorizada por cientistas políticos americanos.²²¹ Como afirma C.B Macpherson:

Nas mesmas décadas, a ideia de que deveria haver uma participação substancial dos cidadãos na tomada de decisão do governo se espalhou tão amplamente que os governos nacionais começaram a se enrolarem, pelo

²¹⁷ SAATI, Abrak. *The Participation Myth: Outcomes of Participatory Constitution Building Process on Democracy*, p. 18. Cf., também, MOEHLER, Devra C. *Distrusting Democrats Outcomes of Participatory Constitution-Making*, p. 13 e ss.

²¹⁸ Cf., entre outros, FLORIDIA, Antonio. Participatory Democracy versus Deliberative Democracy: Elements for a Possible Theoretical Genealogy. Two Histories, Some Intersections. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, v. 3, p. 299-326, 2014; GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 8 e ss; e ELSTER, Jon. Introduction. In: _____. *Deliberative Democracy*. 9. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 1 e ss.

²¹⁹ HILMER, Jeffrey D. The State of Participatory Democratic Theory, p. 45.

²²⁰ MACPHERSON, C. B. *The Life and Times of Liberal Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 1977, p. 93.

²²¹ Cf. DRYZEK, John S. *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*. Oxford: Oxford University Press, 2000. Especialmente, Capítulo 1.

menos verbalmente, na bandeira participativa, e alguns programas passaram mesmo a incorporar ampla participação cidadã.²²²

Em geral, teóricos contemporâneos sustentam que a participação (1) fortalece o compromisso dos cidadãos para com a comunidade e o governo, ao colocar o povo em contato com os assuntos políticos; (2) educa os participantes a se tornarem mais conscientes de questões relevantes, tolerantes quanto a distintas visões de mundo e realistas sobre interesses públicos; (3) legitima governos, instituições, líderes e resultados políticos ao permitir que cidadãos influenciem o processo de decisão; e, por fim, (4) eleva a capacidade cívica dos indivíduos, assim como o desejo por oportunidades adicionais de participação.

Esses seriam os pilares da chamada teoria desenvolvimentista da participação pública. Seus adeptos consideram que a participação, o conhecimento e as atitudes cívicas estão inter-relacionados de três maneiras distintas, criando um ciclo virtuoso. Primeiro, os efeitos hipotéticos da participação pública seriam sempre positivos. Assim, quanto mais participação houver, tanto mais benefícios haveriam. Em segundo lugar, a participação criaria uma rede de apoio mútuo de benefícios, na qual um benefício fortaleceria outro. Por exemplo, a participação aumentaria a eficiência, que, por sua vez, reforçaria a confiança social; esta, por outro lado, criaria maior apoio às instituições governamentais, e assim por diante. Por fim, haveria um *feedback* infinito entre participação e suas consequências a nível individual: a participação produziria mudanças nas atitudes e no conhecimento que, por sua vez, facilitariam uma maior participação.²²³ De fato, é o que se encontra na obra de uma de suas principais expoentes. Veja-se:

Uma vez que o sistema participativo é estabelecido, e este é um ponto de maior importância, torna-se autossustentável porque as próprias qualidades exigidas aos cidadãos individuais, se o sistema funcionar com sucesso, são aquelas que o próprio processo de participação desenvolve e promove; quanto mais o cidadão individual participa, mais será capaz de fazê-lo. Os resultados humanos decorrentes do processo participativo fornecem uma justificativa importante para um sistema participativo.²²⁴

Os teóricos democratas geralmente se referem a um local físico em que ocorre a participação, o que pode ser rotulado como o *setor de participação*. Também se referem a diferentes formas de ação política, que podem ser rotuladas como *modos de participação*. Considerando essa distinção, Jeffrey D. Hillmer oferece o seguinte exemplo: um setor inclui

²²² MACPHERSON, C. B. *The Life and Times of Liberal Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 1977, p. 93.

²²³ MOEHLER, Devra C. *Distrusting Democrats Outcomes of Participatory Constitution-Making*, p. 14-15.

²²⁴ PATEMAN, Carole. *Participation and Democratic Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1970, p. 25 *apud* MOEHLER, Devra C. *Distrusting Democrats Outcomes of Participatory Constitution-Making*, p. 15.

domínios sociais, civis e econômicos: o lar, a sala de aula, o bairro, as associações e o local de trabalho, mas também reinos governamentais: como cargos políticos e a administração burocrática. Por outro lado, o modo pode incluir deliberação, apropriação e gestão cooperativa, tomada de decisão coletiva, administração e assim por diante.²²⁵

Com efeito, enquanto alguns teóricos democráticos participativos se concentram em setores tradicionalmente não políticos como um *locus* potencial para a democracia participativa, a deliberação, a tomada de decisões coletivas e a votação que ocorrem nesse setor são distinguidas como modos de participação. Embora os teóricos democráticos participativos não possam dedicar tempo igual a todos os setores e modos de participação, é importante notar que cada um é assumido como faceta importante da teoria democrática participativa.²²⁶

Nesse sentido, MacPherson foi o primeiro a dar um passo além. No final da década de 1970, ele articulou uma teoria da democracia participativa que “opera através de uma estrutura parlamentar ou congressional” .²²⁷ Portanto, uma teoria a ser aplicada ao setor político, precisamente legislativo ou constitucional. O modo de participação seria por meio da deliberação e decisão coletivas. Enquanto teóricos na metade do século passado buscavam democratizar os locais de trabalho, MacPherson procurou democratizar as instituições políticas tradicionais já existentes que, em sua opinião, não estariam tão democratizadas quanto poderiam estar. Ele se pergunta se a ascendente ideia de democracia participativa seria agora possível nesse setor.²²⁸

Mas preocupava o autor a “questão do tamanho” . Ou seja, como poderia funcionar uma democracia participativa no setor político em sociedades tão grandes como as do século em que ele escrevia. Diante desse fato, ele escreveu: “Parece claro que, a nível nacional, deve haver algum tipo de sistema representativo, não uma democracia completamente direta” .²²⁹ Daí ele imaginar um sistema democrático piramidal, onde, na base, deveria haver uma democracia direta, e, acima dela, uma do tipo indireta. Nesse sistema, o povo deveria receber o reforço de mecanismos como o *recall*. Mas, como o próprio ator assume: “Isso pode

²²⁵ HILMER, Jeffrey D. *The State of Participatory Democratic Theory*, p. 46.

²²⁶ *Idem*, p. 46.

²²⁷ MACPHERSON, C. B. *The Life and Times of Liberal Democracy*, p. 3.

²²⁸ Como ele escreveu à época: “Acaso o governo liberal-democrático poderia ser mais participativo e, em caso afirmativo, como? Esta questão ainda não teve tanta atenção quanto merece. O debate entre os teóricos políticos esteve inicialmente preocupado com a questão anterior: é mais desejável a participação do cidadão? Esse debate ainda não foi encerrado” . Cf. *Idem*, p. 94.

²²⁹ Entretanto, como um autor à frente de seu tempo, ele antecipava que: “A ideia de que os avanços recentes e esperados em tecnologia informática e telecomunicações permitirão alcançar a democracia direta no nível de mil milhões de dólares requerido é atraente não só para tecnólogos, mas também para teóricos sociais e filósofos políticos” . Cf. *Idem*, p. 95.

parecer muito longe do controle democrático. Mas acho que é o melhor que podemos fazer”

²³⁰

Portanto, duas foram as principais contribuições dos mais importantes autores da década de 1960 e 1970. A primeira foi esforço no sentido da extensão do controle democrático a vários setores da sociedade, como o ambiente de trabalho e as instituições políticas. A segunda foi a identificação de inúmeros benefícios decorrentes da participação, resumidos por Jeffrey Hilmer da seguinte forma:

Alguns desses benefícios seriam psicológicos: os seres humanos seriam capazes de realizar todo seu potencial político: os cidadãos experimentaríamos um tipo de capacitação que lhes permitiria romper com a apatia que parecia endêmica de muitos cientistas políticos na década de 1950; social: a ‘esfera privada’ da sociedade, a saber, a vida familiar e no lar, considerada fora do plano político, seria democratizada; e econômicos: os perigos que as desigualdades - especialmente as desigualdades econômicas - têm sobre a democracia são reconhecidos e abordados, e os trabalhadores terão controle direto sobre os aspectos de suas vidas que antes eram considerados em grande parte fora de seu controle.²³¹

Mas se a teoria da democracia participativa brotou na década de 1960 e floresceu na década de 1970, ela definhou na década 1980. A razão é que pouca atenção foi dada a modos específicos de participação, ou seja, não houve preocupação por parte desses teóricos em operacionalizar o que defendiam com vistas a produzir os benefícios alegados.²³² Essa contribuição específica adveio não da teoria da democracia *participativa*, mas, sim, da teoria da democracia *deliberativa*. Embora próximas, as duas não se confundem. A confusão rotineira é compreensível, entretanto. É que as teorias contemporâneas da democracia deliberativa são geralmente descritas como participativas porque envolvem cidadãos que deliberam sobre assuntos públicos. Embora este seja, de fato, um elemento necessário da democracia participativa, não é, como muitas vezes se pensa, uma condição suficiente, já que a participação também deveria ser ampliada para setores não políticos, como locais de trabalho, condomínios, clubes e lares²³³. Mas a democracia deliberativa preocupa-se com muito mais do que a mera participação. Ela se volta para os métodos de decisão. Em outras palavras, preocupa-se com a operacionalização da participação.

Não é o objetivo deste trabalho aprofundar a questão sobre as origens da democracia deliberativa nem expor em profundidade seus expoentes. Há inúmeros trabalhos fornecendo

²³⁰ Idem, p. 109.

²³¹ HILMER, Jeffrey D. *The State of Participatory Democratic Theory*, p. 48.

²³² Essa é a conclusão de Idem, p. 47.

²³³ Idem, p. 47 .

essa contribuição.²³⁴ Importa aqui, para os propósitos que ficarão mais claros adiante, destacar as principais características da democracia deliberativa, como se fez quanto à democracia participativa. É o que se passa a fazer.

2.4.2 A Democracia Deliberativa

De modo geral, a teoria da democracia deliberativa surge na década de 1980, “como uma alternativa às teorias da democracia então predominantes, as quais a reduzem a um processo de agregação de interesses particulares, cujo objetivo seria a escolha de elites governantes”.²³⁵ Essa teoria entende que o processo democrático não se resume ao momento decisório, de caráter geralmente elitista.²³⁶ Sua primeira e mais importante característica é o requisito do oferecimento de razões.²³⁷ Ela afirma a necessidade de se justificar decisões tomadas pelos cidadãos e por seus representantes. Espera-se, assim, que ambos - cidadãos e representantes - justifiquem as leis e normas em geral que eles se impõem reciprocamente. Em uma democracia, os líderes devem, portanto, justificar suas decisões e seguir aquelas que o povo toma. Mas nem todos os problemas, o tempo todo, requerem deliberações. A democracia deliberativa abre espaço para muitas outras formas ou modos de tomada de decisão, como a negociação entre os grupos, desde que o uso dessas próprias formas de decisão seja justificado em algum momento - anterior ou posterior - em um processo deliberativo.²³⁸

A segunda característica da democracia deliberativa é a de que as razões oferecidas neste processo devem ser acessíveis a todos os cidadãos a quem são dirigidas. Para justificar a imposição de um comportamento sobre você, seus concidadãos devem dar razões que sejam compreensíveis para você. Se você procura impor sua vontade a eles, então você deve fazer o

²³⁴ Cf., especialmente, FLORIDIA, Antonio. *Participatory Democracy versus Deliberative Democracy: Elements for a Possible Theoretical Genealogy. Two Histories, Some Intersections*, p. 299-326. Mas, cf., também, STEINER, Jürg. *The Foundations of Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

²³⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 71.

²³⁶ “O caráter elitista da democracia contemporânea decorreria fundamentalmente de dois fatores. Em primeiro lugar, da complexidade dos problemas sociais e econômicos da atualidade, cuja resolução só poderia estar a cargo de governantes profissionais. [...] Em segundo lugar, o corte elitista da democracia contemporânea seria resultante do desinteresse generalizado dos cidadãos pela política. Cf. *Idem*, p. 74-75.

²³⁷ Esta é a principal diferença entre a concepção deliberativa de democracia da concepção agregativa. A primeira considera os motivos que os cidadãos e seus representantes dão para suas preferências expressas. Solicita, portanto, justificativas. A concepção agregativa, ao contrário, considera as preferências dadas (embora algumas versões corrijam as preferências com base na desinformação). Esse trabalho rejeita esta última concepção.

²³⁸ STEINER, Jürg. *The Foundations of Deliberative Democracy*, p. 14.

mesmo. Esta forma de reciprocidade significa que os motivos devem ser públicos em dois sentidos. Primeiro, a própria deliberação deve ter lugar em público, não apenas na privacidade da mente. A este respeito, a democracia deliberativa contrasta com a concepção da democracia de Rousseau, na qual os indivíduos refletem por conta própria sobre o que é certo para a sociedade como um todo, e depois vêm à assembleia e votam de acordo com a vontade geral. Além disso, essa segunda característica confronta o componente elitista das concepções de democracia então em voga.²³⁹

O outro sentido em que os motivos devem ser públicos diz respeito ao seu conteúdo. Uma justificativa deliberativa nem sequer começa se aqueles a quem é endereçada não conseguem entender seu conteúdo essencial. Não seria aceitável, por exemplo, apelar apenas para a autoridade da revelação, seja de natureza divina ou secular. É bem verdade que os cidadãos muitas vezes precisam contar com especialistas. Isso não significa, porém, que os motivos, ou as bases dos motivos, sejam inacessíveis. Os cidadãos podem confiar em especialistas (1) se estes descrevem a base para suas conclusões de maneira que os cidadãos possam entender, e (2) se os cidadãos têm alguma base independente para acreditar que os especialistas são confiáveis.

A terceira característica da democracia deliberativa é que seu processo visa a produzir uma decisão vinculante por algum período de tempo. A este respeito, o processo deliberativo não é como um programa de entrevistas ou um seminário acadêmico. Os participantes não argumentam por causa do argumento; eles não argumentam pelo próprio bem da verdade (embora a veracidade dos argumentos deles seja uma virtude deliberativa porque é um objetivo necessário para justificar sua decisão). Eles pretendem que sua discussão influencie uma decisão que o governo fará, ou um processo que afetará a forma como as decisões futuras são tomadas. Em algum momento, a deliberação cessa temporariamente, e os líderes tomam uma decisão e esta, por sua vez, valerá até o tempo determinada ou até que se tome outra decisão a respeito. Portanto, a decisão e seus fundamentos devem ser vistos como questionáveis e abertos à rediscussão.²⁴⁰

Por isso, a quarta característica da democracia deliberativa é o seu caráter dinâmico. Embora a deliberação vise a uma decisão justificável, não pressupõe que a decisão em questão seja inquestionável, e muito menos que uma justificação hoje será suficiente para sempre. Ela deve manter aberta a possibilidade de um diálogo contínuo, no qual os cidadãos possam criticar as decisões anteriores e avançar com base nessa crítica. Conquanto uma

²³⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*, p. 71.

²⁴⁰ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy*, p. 9.

decisão deva durar algum período de tempo, é ela provisória no sentido de que deve estar aberta a desafios em algum momento no futuro. Manter o processo de tomada de decisão aberto dessa forma - reconhecendo que seus resultados são provisórios - é importante por dois motivos. Primeiro, na política como em grande parte da vida prática, os processos de tomada de decisão e o entendimento humano de que dependem são imperfeitos. Portanto, não podemos ter certeza de que as decisões que tomamos hoje estarão corretas amanhã, e até mesmo as decisões que parecem mais corretas no momento podem parecer menos justificáveis à luz de evidências posteriores. Mesmo no caso daquelas que são irreversíveis - como a decisão de atacar um país, por exemplo - podem ser, posteriormente, consideradas erradas. Em segundo lugar, na política, a maioria das decisões não é consensual. Aqueles cidadãos e representantes que discordaram da decisão original são mais propensos a aceitá-la quando acreditam terem a chance de revertê-la ou modificá-la no futuro. E eles são mais propensos a fazê-lo se tiverem a chance de continuar levantando argumentos que julgam plausíveis e merecedores de atenção e consideração.

A propósito, essa quarta característica da ideia de democracia deliberativa traz consigo a importante noção de “economia do desacordo moral”, que é bem resumida por Amy Gutmann e Dennis Thomas nos seguintes termos:

Ao fundamentar suas decisões, os cidadãos e seus representantes devem tentar encontrar justificativas que minimizem suas diferenças com seus oponentes. Os democratas deliberativos não aguardam a deliberação sempre ou mesmo geralmente para chegar a um acordo. A maneira como os cidadãos lidam com o desacordo, que é endêmico na vida política, deve, portanto, ser uma questão central em qualquer democracia. Praticar a economia do desacordo moral promove o valor do respeito mútuo (que é o cerne da democracia deliberativa). Ao economizar seus desentendimentos, os cidadãos e seus representantes podem continuar a trabalhar em conjunto para encontrar um terreno comum, senão sobre as políticas que produziram o desacordo, pelo menos sobre políticas a respeito das quais eles têm maiores chances de encontrar um acordo.²⁴¹

Ao se combinar essas quatro características, torna-se possível definir a democracia deliberativa como uma forma de governo em que os cidadãos livres e iguais - bem como seus representantes, justificam as decisões em um processo em que eles dão, uns aos outros, razões que são mutuamente aceitáveis e geralmente acessíveis, com o objetivo de chegarem a conclusões que são vinculantes no presente a todos os cidadãos, mas abertas a questionamentos futuros. Portanto, embora diferentes autores possam assumir e defender perspectivas distintas, em síntese, a noção de “democracia deliberativa” envolve a ideia de

²⁴¹ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy*, p. 7.

um processo de tomada de decisão com a participação de todos aqueles que potencialmente serão afetados por suas decisões ou pelas decisões de seus representantes. Esta é a parte democrática daquela noção. A parte deliberativa significa que esse processo de tomada de decisão é feito por meio de argumentos oferecidos *por e para* os participantes.²⁴²

Hoje, entre os processos de tomada de decisão nos quais se busca aplicar as ideias centrais da democracia deliberativa está, sem dúvida, o processo constituinte. Se um país adota uma constituição como sua norma fundamental e superior, então este talvez seja o principal processo de tomada de decisão dessa comunidade política. Isto porque, sob sua vigência, todos os demais processos de decisão sobre assuntos políticos deverão estar de acordo com ela. Por essa e outras razões, muitos estudiosos estão hoje engajados em defender um processo constituinte participativo, no qual cidadãos livres e iguais possam participar do processo de criação da norma mais importante de suas comunidades, oferecendo argumentos para a adoção de normas e estruturas constitucionais específicas. Ainda que o direito internacional não ofereça uma resposta evidente sobre o direito de participação no processo constituinte, como se viu em item anterior, há razões históricas e teóricas para considerar que o direito de participar do processo decorre da própria ideia de que as decisões públicas vinculantes devem ser tomadas por aqueles que serão submetidos a elas. É preciso que os destinatários das normas constitucionais se sintam também seus coautores. Portanto, é na própria ideia de democracia, que, por sua natureza, reclama por deliberação pública, que deve ser buscado o fundamento da necessidade de participação popular no processo constituinte. Como afirma Jane Reis, “o modelo teórico deliberativo não apenas é conciliável com as estruturas de participação direta, como explica de forma eficiente a sinergia entre autodeterminação política e direitos”.²⁴³

No entanto, como se afirmou na Introdução a este trabalho, embora nas últimas décadas os processos constituintes possam estar se tornando cada vez mais participativos, é possível que a vontade do povo ainda esteja sendo desconsiderada ou descartada. Ou seja, pode estar havendo participação, mas não verdadeira inclusão. Talvez esse seja um dos motivos de as constituições estarem durando tão pouco tempo, já que, se alguns autores estiverem certos, a durabilidade constitucional é diretamente proporcional ao nível de inclusão constitucional. Também pode ser uma das causas de elas serem tão enganosas. Além disso, se as constituições estão cada vez mais longas, por que, então, elas continuam sendo

²⁴² ELSTER, Jon. Introduction, p. 8.

²⁴³ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. A Iniciativa Popular no Sistema Constitucional Brasileiro: Fundamentos Teóricos, Configurações e Propostas de Mudança. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1750.

impopulares? Portanto, é possível que, a despeito da participação popular, os processos constituintes estejam sendo facilmente capturados por elites políticas e grupos de interesses. Em outras palavras, a exigência de uma ampla participação popular no processo constituinte não resolve adequadamente o problema de uma participação popular sem poder. Mesmo um processo constituinte participativo pode ser exclusivo. Mas, então, quando um processo constituinte é inclusivo? É isso que será tratado na seção a seguir.

2.5 Significado e Importância de um Processo Constituinte Inclusivo: Argumentos Teóricos e Evidências Empíricas

É bem verdade que muitos processos constituintes têm sido considerados participativos e democráticos. São muitos os exemplos de episódios constituintes nos quais o povo teve a oportunidade de participar elegendo representantes, enviando opiniões e sugestões, participando de audiências públicas, tendo oportunidade de se manifestar em plenários e ratificando o texto final aprovado por um órgão constituinte em um referendo. Diz-se, com isso, que esses processos empoderaram o povo. Mas, o povo é realmente empoderado se as opiniões que expressa não influenciam diretamente o resultado de um processo de tomada de decisão sobre assuntos públicos? Em que sentido é possível se falar em participação quando, apesar de representado, um cidadão comum não tem sua opinião considerada? Afinal, a mera participação em um processo constituinte não significa que ela foi efetiva. Embora o modelo da democracia deliberativa ofereça um começo útil para criticar a exclusão popular do processo constituinte, ele ainda não é satisfatório para garantir que a constituição realmente reflita a vontade popular. Veja-se.

2.5.1 A Exclusão Sutil de Processos de Deliberação

Um processo constituinte, para não ser apenas participativo, mas inclusivo, deve garantir não apenas que os indivíduos estejam fisicamente presentes nos fóruns de decisão, mas que tenham uma oportunidade efetiva de influenciar o pensamento dos delegados ou constituintes. Uma participação sem poder de influenciar “mina as justificativas teóricas e legais de uma constituinte participativa” .²⁴⁴ Como afirmam dois importantes estudiosos, “a simples consulta é inadequada. Os representantes constituintes devem ser obrigados a levar

²⁴⁴ BANKS, Angela M. Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities. *William and Mary Law Review*, v. 49, n. 4, p. 1045-1046, 2008.

em consideração as opiniões públicas e analisá-las e incorporá-las à constituição” .²⁴⁵ Embora em muitos processos não haja garantia de que as opiniões do povo serão levadas a sério imparcialmente ou não serão distorcidas no processo, é possível pensar em configurações que, conquanto não eliminem completamente essa possibilidade, pelo menos a dificulte. É possível, portanto, diminuir a possibilidade de exclusões internas e externas. Mas, a propósito, o que significam essas duas ideias já mencionadas ao longo desse trabalho?

Em uma obra de grande relevo, Iris M. Young, uma importante cientista política americana, aponta que certas interpretações da democracia deliberativa ordinária tornam-se muito estreitas ou exclusivas na tarefa de aprofundar a democracia nas sociedades de massa com injustiças estruturais e profundas.²⁴⁶ Embora esses pressupostos não sejam compartilhados por todos os defensores da democracia deliberativa, eles, segundo a autora, estão presentes na maioria dos escritos dos seus defensores, tanto explícita como implicitamente.

O primeiro pressuposto seria o do “argumento privilegiado” , que está relacionado ao caráter elitistas das democracias contemporâneas.²⁴⁷ Mesmo em muitas formulações teóricas em favor da democracia deliberativa o argumento - no sentido de uma cadeia de raciocínio ordenada desde as premissas à conclusão - constitui a forma primária de comunicação política. Entretanto, embora o argumento seja um contribuinte importante para a discussão política, há razões para desconfiar do chamado argumento privilegiado e especialmente de certas interpretações do que significa um bom argumento, em relação a outras formas de comunicação. Explica-se. No modelo deliberativo ordinário, a deliberação não pode prosseguir, a menos que existam algumas premissas que todos os participantes aceitam e um arcabouço conceitual e normativo geralmente aceito para enquadrar as questões. A discussão deve prosseguir identificando tais premissas e estruturas mutuamente aceitas, baseando argumentos nelas. Entretanto, como afirma Iris M. Young:

Dada a heterogeneidade da vida humana e a complexidade das estruturas sociais e da interação, o esforço para moldar os argumentos de acordo com as premissas compartilhadas dentro dos quadros discursivos compartilhados, às vezes, exclui a expressão de algumas necessidades, interesses e sofrimentos de injustiça, porque estes não podem ser expressos com as premissas e estruturas operacionais.²⁴⁸

²⁴⁵ GHAI, Yash; GALLI, Guido. *Constitution Building Processes and Democratization*. IDEA, p. 45, 2006.

²⁴⁶ YOUNG, Iris M. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 36.

²⁴⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*, p. 71 e ss.

²⁴⁸ Idem, p. 38

O que a autora chama de “comunicação democrática inclusiva”, no entanto, deve estar atenta à possibilidade de um público - que parece ter entendimentos compartilhados - excluir algumas necessidades que não se expressam dentro desses mesmos entendimentos. A falta de premissas compartilhadas ou estrutura discursiva para fazer um argumento sobre uma necessidade ou injustiça, no entanto, não implica que não haja maneiras de se comunicar a necessidade ou a injustiça aos outros.²⁴⁹ Mesmo onde os participantes na discussão política compartilham premissas, as normas que as práticas e as teorias da deliberação assumem frequentemente podem privilegiar alguns e pôr em desvantagens outros. Em outras palavras, a mera deliberação pode desvalorizar ou descartar os esforços de alguns participantes para fazer suas reivindicações e argumentos, pressupondo que aqueles que estão discutindo compartilham as mesmas premissas e o mesmo arcabouço conceitual próprio daquela discussão. Isso não é ser “razoável” em uma discussão.

Ser razoável em uma discussão significa estar aberto a ouvir os outros e fazer com que eles influenciem os pontos de vista de alguém, e expressar as suas próprias reivindicações sobre eles de forma a atingir o seu consentimento ou compreensão. O desejo e a capacidade de ser razoável neste sentido reside nas práticas da própria ação comunicativa, na medida em que, quando as pessoas falam, pretendem entender-se. Ser razoável neste sentido não exige educação ou treinamento especial além das exigências significativas da interação social cooperativa.²⁵⁰

A ideia de comunicação democrática inclusiva chama atenção para o fato de que as normas de deliberação também muitas vezes privilegiam a fala que é formal e geral. Elas valorizam a expressão que passa da premissa à conclusão de forma ordenada, formulando princípios gerais e aplicando-os em casos particulares. Essas normas seriam culturalmente especificadas. Em outros termos, aqueles que exibem qualidades de expressão articuladas geralmente são socialmente privilegiados. As situações reais de discussão muitas vezes não se abrem igualmente para todas as formas de fazer reivindicações e oferecer razões.

Muitas pessoas se sentem intimidadas com os requisitos implícitos de falar em público. Em algumas situações de discussão e debate, como salas de aula, tribunais e câmaras do conselho da cidade, muitas pessoas sentem que devem pedir desculpas pelo discurso distante e indireto. Embora todos nós devamos admirar clareza, sutileza e outras excelências de expressão, nenhum de nós deve ser excluído ou marginalizado em situações de discussão política porque não conseguimos nos expressar de acordo com normas de tom, gramática e dicção culturalmente específicas.²⁵¹

²⁴⁹ Cf., no mesmo sentido, LIST, Christian. *Collective Wisdom: Lesson from the Theory of Judgement*. In: LANDEMORE, Hélène; ELSTER, Jon (Eds.). *Collective Wisdom: Principles and Mechanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 203 e ss.

²⁵⁰ YOUNG, Iris M. *Inclusion and Democracy*, p. 38.

²⁵¹ Idem, p. 39.

Geralmente, a ideia de deliberação pressupõe uma oposição entre razão e emoção. Isso tende falsamente a identificar a objetividade com calma e ausência de expressão emocional. Para aqueles suspeitos de emoção, expressões de raiva, dano ou preocupação apaixonada comprometem quaisquer reivindicações e razões que acompanham. Gestos desajeitados, movimentos de nervosismo ou expressão corporal de emoção, além disso, são tomados como sinais de fraqueza que anulam suas afirmações ou revelam a falta de objetividade e controle de uma pessoa. Como diz Young, “alguns defensores das normas deliberativas privilegiam o idioma ‘literal’ sobre a linguagem figurativa que usa metáfora, hipérbole e assim por diante” .²⁵² Mas uma concepção adequada da comunicação democrática deve rejeitar essa oposição entre razão e emoção, linguagem literal e figurativa. Como discutirei mais no próximo capítulo, todas as formas de expressão que promovam a inclusão são ferramentas importantes no processo constituinte.²⁵³

Outro problema apontado pela autora na maioria dos escritos de teóricos da deliberação está na ideia difundida de “bem comum” , no sentido de que membros de uma comunidade política têm interesses comuns e entendimentos compartilhados sobre princípios e políticas. Alguns assumem essa ideia como uma pré-condição para a deliberação, enquanto outros a enxergam como um objetivo. Como Young afirma, “um número de escritores com uma abordagem geralmente deliberativa da democracia parece pensar que um processo democrático bem-sucedido depende de uma unidade anterior entre seus participantes” .²⁵⁴

Mas há pelo menos dois problemas com o pressuposto de que a democracia deliberativa deve prosseguir com base num entendimento comum. Em primeiro lugar, em sociedades pluralistas, não podemos assumir que compartilhamos entendimentos o suficiente para que possamos resolver problemas coletivos. Sob circunstâncias do pluralismo, os apelos a entendimentos supostamente compartilhados podem excluir ou marginalizar algumas pessoas ou grupos. Em segundo lugar, essa suposição evita a reflexão e a mudança de opiniões, já que, “se o diálogo for bem-sucedido, principalmente quando se apela ao que todos os participantes já compartilham, então, nenhum dos participantes precisa revisar suas opiniões ou pontos de vista de forma séria para ter em conta outros interesses, opiniões ou

²⁵² Idem, p. 41.

²⁵³ Cf. também sobre essa ideia, LANDEMORE, Hélène. Deliberation, Cognitive Diversity, and Democratic Inclusiveness: An Epistemic Argument for the Random Selection of Representatives. *Synthese*, v. 190, n. 7, p. 1211, mai. 2013.

²⁵⁴ YOUNG, Iris M. *Inclusion and Democracy*, p. 39.

perspectivas” .²⁵⁵ Terceiro, em circunstâncias de desigualdade social, a ideia de um bem comum ou interesse geral pode servir de meio de exclusão.²⁵⁶ Em quarto lugar, focar num bem comum, no sentido de valores e interesses que todos concordamos compartilhamos, é suscetível de restringir a possível agenda de deliberação e, com isso, eficazmente silenciar alguns pontos de vista que mereciam igual consideração.

Portanto, todas essas são formas claras de exclusões sutis de processos deliberativos.

2.5.2 Inclusões Externa e Interna nos Processos Democráticos

A ideia geral “deliberação” , como foi dito anteriormente, traz conotações do primado do argumento, da ausência de paixão e da ordem na comunicação. Esses pressupostos, como se vê, geram exclusão e a exclusão gera ilegitimidade. Por essa razão, “ as normas democráticas exigem a inclusão como critério da legitimidade política dos resultados” , e não mera participação na deliberação.²⁵⁷ Para se assegurar não apenas participação, mas verdadeira inclusão, é preciso que as opiniões, razões e interesses dos participantes de um processo de tomada de decisão sejam verdadeiramente considerados e levados a sério. Como, com inteira razão, afirma a Young:

A democracia implica a igualdade política, que todos os membros da comunidade política são incluídos igualmente no processo de tomada de decisão e têm a mesma oportunidade de influenciar o resultado. A inclusão aumenta as chances de que aqueles que fazem propostas transformem suas posições de uma postura inicial autossuficiente para um apelo mais objetivo à justiça, porque devem ouvir outros com diferentes posições para quem também são responsáveis. Mesmo que eles não concordem com um resultado, os atores políticos devem aceitar a legitimidade de uma decisão se for alcançado através de um processo inclusivo de discussão pública. A norma de inclusão é, portanto, também um meio poderoso para criticar a legitimidade de processos e decisões nominalmente democráticos.²⁵⁸

Importa considerar aqui duas formas de exclusão da discussão política e da tomada de decisões. A primeira, chamada de exclusão externa, é aquela que “mantêm alguns indivíduos

²⁵⁵ Idem, p. 41.

²⁵⁶ “Assumindo uma situação de discussão em que os participantes são diferenciados pela posição ou cultura social e onde alguns grupos têm maior privilégio simbólico ou material do que outros, ou onde existem minorias social ou economicamente fracas, as definições do bem comum provavelmente expressarão os interesses e perspectivas dos grupos dominantes em termos generalizados. Os menos privilegiados são convidados a deixar de lado a expressão de sua experiência, que pode exigir uma maneira diferente de falar, ou suas queixas e demandas devem ser suspensas por causa de um bem comum cuja definição é tendenciosa contra eles” . Idem, p. 43.

²⁵⁷ Idem, p. 49.

²⁵⁸ Idem, p. 52.

ou grupos fora dos fóruns de debate ou processos de tomada de decisão, ou que permitem que alguns indivíduos ou grupos dominem o controle sobre o que acontece neles” .²⁵⁹ Essa é a forma mais conhecida de exclusão. Ela ocorre em quase todos os ambientes e fóruns de deliberação, inclusive, é claro, no processo constituinte. Mas há outra forma menos conhecida e falada, todavia mais perigosa, por ser sutil e permitir um resultado farsesco com inclusão externa. A exclusão muitas vezes ocorre mesmo quando indivíduos e grupos estão incluídos no processo de discussão. São essas formas de exclusão internas que autora denuncia, a demonstrar que “os termos do discurso fazem suposições que alguns não compartilham, a interação privilegia estilos específicos de expressão, a participação de algumas pessoas é descartada como fora de ordem” .²⁶⁰ Nos processos de deliberação em geral e nos constituintes, em particular, as formas mais comuns de exclusão são internas, como se verá no Capítulo IV.

A inclusão interna, ou seja, a consideração à sério das contribuições que participantes fazem em processos de deliberação permite que a diversidade cognitiva²⁶¹ - a diferença na forma como as pessoas abordarão um problema ou uma questão - seja, de fato, aproveitada na tomada de decisão. A ideia de inclusão interna supõe que a legitimidade dos resultados de um processo de deliberação não é alcançada apenas por meio de um procedimento justo e bem articulado. Mas, como se verá, o procedimento importa, especialmente em um processo constituinte. Como se verá na seção seguinte, foi por meio de regras procedimentais que se gerou, em diferentes graus, alguma inclusão nos processos constituintes em países com fragilidades democráticas e institucionais na África, por exemplo.

Antes de prosseguir, é importante pontuar que, por participação popular, entendemos o comportamento por parte dos membros do povo direcionado a influenciar, direta ou indiretamente, a formulação, adoção ou implementação de escolhas governamentais ou políticas.²⁶² Por inclusão, porém, entendemos a possibilidade de esses mesmos membros realmente influenciarem essas escolhas, o que envolve a necessidade de uma ampla abertura dos processos de deliberação e real consideração das contribuições públicas. Isso não significa que a vontade popular não possa ser contestada, especialmente no processo constituinte, que visa a elaboração de um documento que, por sua natureza, é contramajoritário. Entretanto, as decisões

²⁵⁹ Idem, p. 54.

²⁶⁰ Idem, p. 53.

²⁶¹ Cf. LANDEMORE, Hélène. *Deliberation, Cognitive Diversity, and Democratic Inclusiveness: An Epistemic Argument for the Random Selection of Representatives*, p. 1211.

²⁶² Cf., no mesmo sentido, FISHKIN, James S. *When the People Speak: Deliberative Democracy & Public Consultation*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 45.

públicas devem ser feitas com o oferecimento de razões que, por sua vez, devem considerar uma diversidade cognitiva e a consideração real das mais distintas contribuições. Nas democracias representativas, como afirma, com inteira razão, Cláudio Pereira de Souza Netto, “[o]s representantes decidem, mas suas decisões devem ser justificadas no espaço público através de argumentos passíveis de serem aceitos pelos cidadãos, sobre os quais tais decisões irão incidir”.²⁶³

O objetivo deste trabalho é transplantar para o processo constituinte essas valiosas considerações teóricas para uma reflexão sobre quais seriam as melhores práticas a serem adotadas em todas as etapas de um processo constituinte de modo a que ele possa ser considerado não apenas participativo - ou seja, um processo que apenas assegura a inclusão externa -, mas internamente inclusivo. A ideia, portanto, é agregar as contribuições da democracia deliberativa inclusiva. Isso significa que o forte apelo deste trabalho por maior participação é por uma “participação de qualidade”, em vez de apenas populismo. Mas, antes de prosseguir, vejamos alguns exemplos.

2.5.3 Exemplos de Processos Constituintes Inclusivo e Não Inclusivo

A década de 1990 testemunhou uma série de reformas constitucionais em toda a África. Vários países, incluindo Namíbia, Uganda, África do Sul, Benin, Ruanda, Tanzânia, Quênia e Zimbábue, passaram por grandes mudanças constitucionais, seja reformando profundamente suas constituições, seja adotando constituições novas. O uso recente de processos constituintes em países fora dessa região, como Timor-Leste e Bougainville, também ilustra o desafio que a inclusão no processo constituinte apresenta.²⁶⁴ Analisar episódios constituintes em países tão pobres e divididos, com níveis de educação tão reduzidos, e que tenham passado por algum tipo de conflito, nos permite pensar com otimismo sobre a possibilidade de ocorrer um processo inclusivo mesmo em ambientes quase completamente desfavoráveis. Apesar de inúmeras adversidades, nesses países, os esforços por inclusão garantiram, em graus distintos, não só que os indivíduos estivessem fisicamente presentes nos fóruns de decisão, mas também uma oportunidade efetiva de influenciar o processo e o seu produto, a constituição. Novamente, o relato é válido pelo aprendizado,

²⁶³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*, p. 85.

²⁶⁴ Cf., a respeito, WALLIS, Joanne. *Constitution Making during State Building*, passim.

devido à extraordinária ênfase na participação pública nesses episódios constituintes desacreditados.

Na história recente da África, é possível identificar pelo menos quatro ondas constituintes.²⁶⁵ A primeira delas ocorreu logo após os processos de independência que tiveram lugar durante as décadas de 1960 e 1970. Era importante, tanto para fins simbólicos como práticos, que os novos estados adotassem novas constituições pós-independência. Mas esse foi um período curto. As constituições da primeira onda criadas quando muitos estados africanos ganharam independência foram modificadas para servirem como bases jurídicas para governos de partido único ou descartadas na sua totalidade durante a segunda onda, que teve início na década de 1970 e continuação na primeira metade de 1980. Contudo, no final da década de 1980, surge uma nova onda provocada sobretudo pelas mudanças no plano internacional e movidas pelo profundo descontentamento da população de vários países daquele continente em relação à estagnação política e à recessão econômica. Muitos protestos levaram autocratas a abraçarem a democracia com regimes multipartidários, ainda que apenas formalmente. A partir daí, muitos países empreenderam uma nova onda de constituintes e processos de reforma abrangentes que introduziram, destacadamente, declarações de direitos e sistema multipartidários.²⁶⁶ A quarta onda já foi iniciada. Ela coincide com uma tentativa contínua de diminuir as deficiências dos processos constituintes da terceira onda, e conta com processos constituintes relevantes, como o do Quênia de 2010, sobre o qual ainda se discorrerá. Além do episódio queniano, dentre esses importantes processos constituintes, destacam-se, como extraordinários, os ocorridos em Uganda, Ruanda e África do Sul. Veja, por exemplo, o que ocorreu em Uganda.

Com uma população de quase 40 milhões pessoas, Uganda é um país complexo, com mais de cinquenta grupos principais, divididos em questões regionais, religiosas, econômicas e étnicas. Ex-colônia britânica, tornou-se um país independente apenas 1962, por meio de um compromisso firmando entre a coroa e grupos de elite. A primeira constituição foi adotada naquele mesmo ano. Mas novas foram impostas em 1966 e 1967, por meio de processos que excluíram os principais grupos e sem qualquer participação popular. Após um golpe militar

²⁶⁵ Cf., a respeito, HESSEBON, Gedion T. The Fourth Constitution-Making Wave of Africa: Constitutions 4.0? *Temple International & Comparative Law Journal*, v. 28, n. 2, p. 185-214, 2014.

²⁶⁶ Como afirma Christopher Clapham, “a elaboração de novas constituições e a revisão de constituições antigas na maioria dos países africanos na década de 1990 foi um claro reconhecimento da necessidade de mudanças radicais no *status quo ante*. Em alguns casos, significava uma ruptura total com um passado terrível - como o apartheid no sul da África, mas na maioria dos casos significava reconhecer que um quadro constitucional construído em torno do sistema de um único partido que criara um governo autoritário e ditatorial era uma receita para a instabilidade política e declínio econômico”. Citação extraída de Idem, p. 189.

em 1971, catorze anos de conflito interno resultaram em várias centenas de milhares de mortes.²⁶⁷ Mas Uganda é um país abençoado com riquezas agrícolas, minerais e reservas petrolíferas recentemente descobertas, possuindo grande potencial para um oferecer um futuro promissor aos seus cidadãos. Todavia, a estabilidade ainda é um bem escasso no país.²⁶⁸

Um novo governo chegou ao poder em 1986 e estabeleceu um Ministério dos Assuntos Constitucionais para desenvolver um processo constituinte participativo.²⁶⁹ Em 1988, uma lei estabeleceu a Comissão Constitucional do Uganda, composta de vinte e um membros, e com poderes para desenvolver um novo projeto de constituição. Essa comissão deveria “envolver o povo de Uganda” ao decidir sobre a constituição, trabalhar para um “consenso nacional” sobre questões constitucionais, “buscar os pontos de vista do público em geral” e “estimular a discussão pública e a conscientização sobre questões constitucionais”.²⁷⁰ A comissão realizou a tarefa para qual foi incumbida em cinco etapas exemplares, todas voltadas à garantia da inclusão da população no processo.²⁷¹

Na primeira delas, em 1989, a Comissão desenvolveu uma agenda de questões constitucionais consultando amplamente o povo. A primeira fase do processo de consulta centrou-se na determinação de se os cidadãos acreditavam que uma nova constituição era necessária para o país e, em caso afirmativo, o que o novo documento deveria conter. Durante esta etapa, foram divulgados documentos que explicaram o contexto da reforma constitucional em todas as línguas e dialetos. Foram realizados cerca de 140 seminários em todo o país, envolvendo quase setenta mil pessoas. Este processo identificou vinte e nove principais tópicos constitucionais e muitas questões menores, porém importantes para o povo. A segunda etapa ocorreu no ano seguinte e o foco esteve na educação cívica da população. Foram, então, desenvolvidos materiais educacionais, incluindo a publicação de cópias de constituições passadas; a preparação de um livro de 111 páginas intitulado “Diretrizes sobre Questões Constitucionais”; um panfleto contendo 253 “perguntas orientadoras”, um

²⁶⁷ Foram mortos cerca de 300 mil opositores políticos do ditador Idi Amin durante a década de 1970. Cf., entre outros, ANDREWS, John. *Os Grandes Conflitos Mundiais*. Lisboa: Clube do Autor, 2016, p. 160 e ss.

²⁶⁸ “O Uganda está sujeito a confrontos armados entre outros grupos étnicos hostis, rebeldes, bandos armados, milícias e várias forças governamentais que atuam para lá das suas fronteiras: refugiados ugandeses, bem como membros do Exército de Resistência do Senhor (ERS), procuram abrigo no sul do Sudão e no Parque Nacional de Garamba, na República Democrática do Congo”. Comentário feito pela CIA extraído de Idem, p. 160.

²⁶⁹ MOEHLER, Devra C. Participation and Support for the Constitution in Uganda. *Journal of Modern African Studies*, v. 44, n. 2, p. 275, 2006.

²⁷⁰ BRANDT, Michele et al. *Constitution-Making and Reform: Options for the Process*. Geneva: Interpeace, 2010, p. 348.

²⁷¹ TRIPP, Aili Mari. The Politics of Constitution Making in Uganda. In: MILLER, Laurel E. (Ed.). *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 158.

panfleto sobre como submeter sugestões escritas; e, também, cartazes educacionais. Comissários foram divididos em equipes para apresentar os materiais educativos em seminários realizados em todas as 890 áreas do país.

A terceira etapa ocorreu um ano depois, em 1991, quando, então, a Comissão começou a receber as opiniões das pessoas sob a forma de submissões escritas e apresentações orais, com os comissários novamente realizando reuniões públicas em todo o país para receber opiniões e garantir às pessoas que suas opiniões não seriam adulteradas depois de serem enviadas. Essa etapa foi especialmente importante. Nela, “a comissão realizou esforços especiais para assegurar que os grupos que tradicionalmente permaneceram fora do processo consultivo, inclusive as mulheres, fossem consultados e que suas opiniões fossem levadas em consideração” .²⁷² Para considerar todas as submissões igualmente, foram elas resumidas e traduzidas para o inglês e todas foram publicadas juntamente com um relatório final. Além disso, a comissão solicitou os pontos de vista de cidadãos que vivem no exterior e também viajou para vários países para obter uma compreensão comparativa das práticas e experiências constituintes.²⁷³

Na quarta etapa, iniciada no final de 1991 e concluída na primeira metade de 1992, a Comissão analisou *todas* as submissões recebidas, traduzindo aquelas apresentadas em idiomas locais e resumindo o que todas elas diziam em cada um daqueles vinte e nove principais tópicos. Como afirma alguns consultores, “no processo, ficou claro que houve consenso sobre a maioria dos problemas. Alguns permaneceram controversos, e a análise estatística dos pontos de vista foi usada para ajudar a Comissão a chegar a suas decisões sobre isso” .²⁷⁴ Na quinta e última etapa, que ocorreu no segundo semestre de 1992, o relatório final da Comissão e um projeto de Constituição foram elaborados, apresentados ao governo, editados e publicados em 1993.

Mas não parou por aí. A Comissão Constitucional do Uganda também preparou um relatório em 1991 sobre qual deveria ser o órgão constituinte, analisando os pontos de vista daqueles que se opunham a atribuir ao legislador nacional a importante tarefa e a favorecer uma assembleia constituinte. A comissão aconselhou e o governo aceitou realizar eleições para esse órgão.²⁷⁵ Em março de 1994, realizaram-se eleições para uma assembleia

²⁷² FRANCK, Thomas M.; THIRUVENGADAM, Arun K. *Norms of International Law Relating to the Constitution-Making Process*, p. 9.

²⁷³ *Idem*, p. 9.

²⁷⁴ BRANDT, Michele et al. *Constitution-Making and Reform: Options for the Process*, p. 348.

²⁷⁵ “Em Uganda, o desacordo sobre qual tipo de corpo seria o motor do processo constituinte fazia parte da luta mais ampla sobre o controle do processo pelo Movimento de Resistência Nacional. O Movimento pretendia

constituente, a ser formada por 214 membros eleitos diretamente, 39 representantes de mulheres eleitos indiretamente²⁷⁶ e 31 representantes de grupos de interesse.²⁷⁷ A comissão incluía vários opositores do Presidente, o que acentuava sua legitimidade.

Reunida a partir de maio de 1994, a assembleia constituinte realizou seu trabalho em cinco etapas principais. A primeira delas durou dois meses, durante os quais foram realizados debates gerais, e nos quais *todos* os membros tiveram a oportunidade de falar e defender seus pontos de vista. A segunda envolvia comitês eleitos que tinham a tarefa de examinar partes específicas do projeto de constituição. Na penúltima etapa, foram debatidas as recomendações de emendas elaboradas por comitês eleitos. As regras procedimentais exigiam decisões por consenso, a menos que uma moção apoiada por mais de cinquenta membros fosse apresentada requerendo a aprovação por maioria de dois terços. Mas, se uma emenda apoiada por uma maioria não recebesse dois terços dos votos, ela seria classificada como “contenciosa”. Com isso, deveria ser feita uma consulta pública, a partir da qual a comissão deveria refletir²⁷⁸, e após a qual uma segunda votação seria realizada na assembleia. Se nessa votação a questão ainda restasse “contenciosa”, deveria ser realizado um referendo popular para decidir aquela questão específica. Nenhum referendo foi necessário, porém.

A quarta etapa foi uma abertura de várias semanas para que fossem feitas considerações sobre o projeto voltadas a remover inconsistências e melhorar a precisão do idioma em muitas questões. Em 22 de setembro de 1995, a assembleia constituinte aprovou a versão final. A última etapa era a de promulgação, que deveria ser feita pelo presidente. Este tinha o poder de aprovar um referendo sobre qualquer questão tratada no projeto, por vontade própria ou se houvesse solicitação. Mas nenhum referendo foi solicitado e a constituição foi promulgada em 8 de outubro de 1995.

inicialmente que a Assembleia Nacional fosse o órgão competente, por causa do grande número de seus seguidores que ocupavam lugares, mas a pressão dos partidos políticos para estabelecer uma assembleia constituinte, com delegados eleitos livremente, produziu com êxito um resultado diferente” MILLER, Laurel E. *Designing Constitution-Making Process: Lessons from Past, Question for the Future*. In: _____ (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 612.

²⁷⁶ A representação das mulheres foi ainda mais acentuada. É que “dos 284 membros da assembleia constituinte, havia um total de 51 delegadas, das quais 39 eram de assentos preenchidos por meio de ação afirmativa, 9 eram eleitas diretamente dos assentos do distrito eleitoral, 2 eram candidatas à presidência. Dos 284 membros da assembleia constituinte, havia um total de 51 delegadas, das quais 39 eram de assentos de ação afirmativa, 9 eram eleitos diretamente dos assentos do distrito eleitoral, 2 eram candidatos à presidência e 1 representante dos trabalhadores”. Citação extraída de FRANCK, Thomas M.; THIRUVENGADAM, Arun K. *Norms of International Law Relating to the Constitution-Making Process*, p. 17, nota 35.

²⁷⁷ TRIPP, Aili Mari. *The Politics of Constitution Making in Uganda*, p. 158-175.

²⁷⁸ A mesma exigência foi feita no processo constituinte de Bougainville. Cf., a respeito, WALLIS, Joanne. *Constitution Making during State Building*, p. 229 e ss.

Esse processo é elogiado por muitos estudiosos, especialmente por empregar o tempo necessário para realmente receber uma ampla contribuição dos cidadãos e por proporcionar uma inclusão interna. Mas da África também se deve tirar um exemplo aversivo. Ele vem de Ruanda, onde o processo constituinte, apesar de ter proporcionado uma inclusão externa, a inclusão interna foi limitada às elites políticas e às demais elites ligadas a elas.²⁷⁹ Os cidadãos puderam participar de grandes reuniões públicas com os comissários da Comissão Jurídica e Constitucional, preencher um questionário e enviar comentários e propostas escritas independentes. Mas houve muito poucas oportunidades de inclusão interna. Como relata Angela Banks, “a comissão solicitou comentários e recomendações do público, mas tipicamente as informações foram revistas e inseridas em um banco de dados. As ideias e opiniões que ‘prevaleceram sobre o resto’ foram mantidas pela comissão” .²⁸⁰

Questões sensíveis, como as que dizem respeito aos direitos humanos, não contaram com a opinião pública. Os cidadãos tiveram que criar oportunidades independentes para participarem procurando os membros da comissão. E foram poucos os grupos representativos que tiveram êxito nessa empreitada. Em síntese, o processo constituinte não facilitou o envolvimento entre a comissão e o povo. Embora a comissão tenha fornecido ao público informações, houve muita pouca deliberação pública sobre essa informação. E, quando o povo tentou participar diretamente, a comissão raramente respondeu. Portanto, esse episódio constituinte ilustra bem o fato de que uma inclusão externa não é suficiente para que um processo constituinte seja realmente democrático. Ele, como fica claro, pode até ter sido participativo em algum grau considerável, mas não inclusivo. A constituição do país, obviamente, não refletiu os interesses do povo, mas, sim, os da elite.

Em seu estudo sobre o processo constituinte de Uganda, Devra Moehler descobriu que a participação está associada a fortes atitudes democráticas, assim como um mais alto nível de conhecimento político e constitucional, advindos dos esforços por educação cívica significativa ocorrida no episódio. Entre aqueles que ofereceram suas opiniões em sua pesquisa empírica sobre a constituição resultante, os que participaram do processo constituinte não foram mais apoiadores da constituição do que os que não participaram. A questão é que aqueles que não participaram notaram que muitos o fizeram, e isso contribuiu para o seu próprio senso de legitimidade do processo e da constituição. A propósito, essa é a evidência que faltava para a comprovação da relação positiva entre participação no processo

²⁷⁹ BANKS, Angela M. *Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities*, p. 1064.

²⁸⁰ *Idem*, p. 1065.

constituinte e legitimidade.²⁸¹ Com efeito, a participação pareceu ter aumentado indiretamente o apoio à constituição ao ajudar cidadãos a formarem opiniões sobre ela. Por outro lado, os dados que consultou demonstraram que a participação contribuiu mais com a “erosão da confiança institucional”, um efeito previsto pelos pessimistas quanto à participação pública. Por essa razão, ela sustenta que a participação popular no processo constituinte de Uganda ajudou a criar uma sociedade de “democratas desconfiados”, ou seja, de cidadãos que são democratas em suas atitudes, porém desconfiados de suas instituições políticas. Ambos os efeitos devem ser vistos como positivos.²⁸² Mas só haveria efeitos positivos e benéficos em um processo amplamente participativo e inclusivo como o de Uganda?

2.6 Possíveis Benefícios de um Processo Constituinte Amplamente Participativo

2.6.1 Legitimidade

A literatura geralmente argumenta que a participação pública em processos constituintes é importante por pelo menos sete razões diferentes. Um dos benefícios de um processo constituinte altamente inclusivo é a criação ou mesmo o aumento da percepção de legitimidade do processo e da constituição dele resultante.²⁸³ Ela ajuda a garantir que a constituição seja democraticamente legítima. James N.C. Paul, por exemplo, afirma que “a participação é necessária para ‘legitimar’ a nova ordem constitucional, promover a conscientização, a aceitação e a afirmação dos direitos humanos e promover a governança democrática”.²⁸⁴ “O simbolismo desta participação popular direta”, também é dito, “ajuda a estabilizar toda a ordem constitucional contra futuras maiorias”.²⁸⁵ Se as pessoas tiverem participado, é mais provável que assumam um compromisso com a participação, mesmo que não tenham totalmente compreendido o processo ou a constituição, ou mesmo se sua participação não tenha sido substancial.

²⁸¹ KLEIN, Claude; SAJÓ, András. Constitution-Making: Process and Substance. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.) *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 419-441.

²⁸² MOEHLER, Devra C. *Distrusting Democrats Outcomes of Participatory Constitution-Making*, p. 2.

²⁸³ VOIGT, Stefan. The Consequences of Popular Participation in Constitutional Choice - Towards a Comparative Analysis. In: AAKEN, Anne Van; LIST, Christian; LUTGE, Christoph. (Eds.). *Deliberation and Decision: Economics, Constitutional Theory and Deliberative Democracy*. Aldershot: Routledge, 2004, p. 199 e ss.

²⁸⁴ Citação extraída de HART, Vivien. Constitution Making and the Right to Take Part in a Public Affair, p. 40.

²⁸⁵ PARTLETT, William. The Elite Threat to Constitutional Transitions, p. 414. *Virginia Journal of International Law*, v. 56, n. 2, p. 414, 2016.

A propósito, a Comissão de Veneza da União Europeia também procura garantir que novas constituições sejam “o resultado de amplos processos democráticos com um alto grau de legitimidade” .²⁸⁶ É bem verdade, como afirma Tom Ginsburg e outros, que “a afirmação de que os processos constituintes participativos geram constituições com níveis mais altos de legitimidade e apoio popular tem sido sujeito a um estudo limitado” e que “podemos encontrar estudos de caso que possam apoiar hipóteses tanto mais otimistas quanto mais pessimistas” .²⁸⁷ Mas é uma intuição plausível que uma constituição criada com a participação do povo será considerada mais legítima do que uma imposta por um governo autoritário. A ausência de dados irrefutáveis que confirmem essa intuição não invalida sua plausibilidade, apenas não a confirma. Enfim, de fato, “o processo pelo qual as constituições e as instituições democráticas são criadas e a interação entre essas instituições e as pessoas são, portanto, de primordial importância para qualquer compreensão de como as instituições legítimas e as democracias são construídas” .²⁸⁸

2.6.2 Sentimento de Propriedade

Outro benefício importante de um processo amplamente participativo é o sentimento de propriedade da constituição entre a população e todos os destinatários das normas constitucionais.²⁸⁹ Esse sentimento de propriedade aumenta as chances de solução de conflitos e a probabilidade de o público buscar controlar seu governo por meio dela. Envolver o povo no processo constituinte o capacita e dar às pessoas comuns esse sentimento de que a constituição lhes pertence, especialmente quando elas têm a chance de transmitir e terem consideradas suas opiniões sobre questões críticas que afetam suas vidas e seu futuro. A questão da propriedade do processo e da constituição dele resultante está relacionada ao grau de engajamento das pessoas. A assistência das Nações Unidas ao processo constituinte

²⁸⁶ Menção extraída de PARTLETT, William. *The Elite Threat to Constitutional Transitions*, p. 414.

²⁸⁷ GINSBURG, Tom; ELKINS, Zachary; BLOUNT, Justin. Does the Process of Constitution-Making Matter? *Annual Review of Law and Social Science*, v. 5, n. 1, p. 215, 2009.

²⁸⁸ WING, Susanna D. *Constructing Democracy in Transitioning Societies of Africa: Constitutionalism and Deliberation in Mali*. New York: Palgrave Macmillan, 2008, p. 2.

²⁸⁹ De acordo com a *Commonwealth Human Rights Initiative* (1999), “o processo constituinte deve ser um processo que envolve construtivamente a larga maioria da população. Isso é necessário para garantir que o produto final seja visto como legítimo, e de propriedade de todas as pessoas” . Citação extraída de CAREY, John M. Does It Matter How a Constitution Is Created?, p. 156-157.

concentra-se especificamente em processos que incentivem a “apropriação nacional” através de “processos inclusivos, participativos e transparentes” .²⁹⁰

Como afirma Vivien Hart, “uma reivindicação de necessidade de participação baseia-se na crença de que, sem o sentimento geral de ‘propriedade’ que vem da partilha de autoria, o público de hoje não entenderá, respeitará, apoiará ou viverá dentro das restrições do governo constitucional” .²⁹¹ A ênfase dada neste trabalho à necessidade de participação no processo constituinte baseia-se também nessa crença. No episódio constituinte da Eritreia, a comissão constitucional estava ciente dessa necessidade e esse sentimento pareceu ter sido claro no povo, como relata a presidente da comissão constitucional que conduziu o processo de elaboração da constituição do país:

A compreensão da comissão sobre o propósito da participação popular teve que lidar, em primeiro lugar, com a questão da propriedade pública da constituição... A comissão constitucional na Eritreia elaborou uma pesquisa e uma consulta pública organizada com base na convicção de que o processo era tão importante quanto o produto. Foi dada uma grande atenção à preparação do público para contribuir tão plenamente e bem informado quanto possível. Foi dada ênfase igual à necessidade de registrar, reunir e, eventualmente, analisar os pontos de vista que emergiram durante o debate público. Este passo teve uma dupla importância, pois não só esses pontos de vista podem ser usados para redigir a constituição, mas o próprio fato de acompanhá-los deu às pessoas uma sensação de propriedade da constituição.²⁹²

2.6.3 Cultura de Constitucionalismo

Uma ampla participação no processo constituinte também pode desenvolver uma cultura de constitucionalismo. Sabendo a importância de uma constituição e da previsão nela de direitos básicos e fundamentais, o povo pode se tornar mais consciente de seus direitos e das obrigações de seus governantes. A participação na elaboração da norma fundamental de uma comunidade política pode produzir um sentimento de que todos são iguais e estão submetidos às mesmas regras.

²⁹⁰ Menção extraída de PARTLETT, William. *The Elite Threat to Constitutional Transitions*, p. 414.

²⁹¹ HART, Vivien. *Democratic Constitution Making*. *United States Institute of Peace Press*, p. 2, 2003. Disponível em: <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/DemocraticConstitutionMaking_USIP2003.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.

²⁹² SELASSIE, Bereket H. *Constitution Making in Eritrea: A Process-Driven Approach*. In: MILLER, Laurel E. (Org.). *Framing the State in Times of Transition*. Washington, DC: U.S Institute of Peace Press, 2010, pp. 61 e 66.

2.6.4 Reconciliação

Um processo participativo pode encorajar o diálogo entre os cidadãos sobre o futuro de um país, contribuindo para a reconciliação. Argumenta-se que um processo participativo pode proporcionar a adversários políticos e militares uma arena na qual eles possam lidar em conjunto com queixas passadas e desigualdades estruturais que geram conflito.²⁹³ Tem sido observado que “o fracasso em adotar ou implementar uma constituição desenvolvida por um processo participativo também resultou em maior insatisfação e tensões societárias” .²⁹⁴ Um recente relatório da Academia Internacional da Paz sugere que “um processo participativo resulta em uma constituição que melhor representa os interesses da população” .²⁹⁵ Portanto, um modelo participativo e inclusivo de processo constituinte tem a vantagem potencial de produzir uma cultura de constitucionalismo democrático necessária para a manutenção na ordem constitucional produzida. Afinal, cidadãos envolvidos no processo são mais prováveis de conhecer e de se importar com a constituição de seu país. Este processo fundador participativo ajudaria a superar o problema da constituição como “folha de papel” , transformando o documento em um “poderoso símbolo político da identidade nacional” .²⁹⁶

2.6.5 Educação Cívica

Assim como na participação em geral, a participação no processo constituinte democrático também é educativa. Portanto, nesse setor específico, o benefício da educação cívica também é enfatizado. Acredita-se que a participação pública no processo educa as pessoas em valores democráticos e até mesmo para ampliar a política democrática, porque ela oferece aos grupos anteriormente excluídos a oportunidade de ter suas vozes e valores considerados.²⁹⁷ Em outras palavras, o processo participativo é visto como uma oportunidade para o exercício de práticas democráticas e como forma de apoiar o crescimento de uma cultura cívica em uma sociedade. A participação é teorizada para criar "melhores cidadãos"

²⁹³ Especialmente, SAMUELS, Kirsti. Post-Conflict Peace-Building and Constitution-Making. *Chicago Journal of International Law*, v. 6, n. 2, p. 663-682, 2006.

²⁹⁴ SAMUELS, Kirsti. Constitution Building Processes and Democratization: A Discussion of Twelve Case Studies. *IDEA*, p. 23. Disponível em: <<https://www.agora-parl.org/sites/default/files/Constitution%20Building%20Processes%20and%20Democratization%20a%20Discussion%20of%20Twelve%20Case%20Studies.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2018.

²⁹⁵ Cf. CAREY, John M. Does It Matter How a Constitution Is Created?, p. 159.

²⁹⁶ PARTLETT, William. The Elite Threat to Constitutional Transitions, p. 417.

²⁹⁷ WIDNER, Jennifer. Constitution Writing and Conflict Resolution. *The Round Table*, v. 94, p. 503-518, 2005.

através da inculcação de habilidades democráticas, hábitos e valores. Em outros termos, a participação no processo constituinte também é benéfica, portanto, por gerar aos cidadãos ferramentas com as quais eles podem avaliar criticamente a performance de suas instituições políticas. Isso pode aumentar a probabilidade de sucesso da democracia.

Novamente, o exemplo vem de Uganda. Lá, como na maioria dos estados em transição, instituições democráticas recém-criadas estão funcionando imperfeitamente. Como o estudo de Devra Moehler revelou, a participação parece ter feito brotar expectativas democráticas e alertado os cidadãos para a existência de déficits democráticos no funcionamento das instituições criadas na constituinte.²⁹⁸ A decepção gerada na confrontação entre o texto constitucional aprovado e a realidade democrática gera uma cidadania mais sofisticada com a capacidade de monitorar líderes e promover um governo mais democrático. Como Moehler sustenta, a participação no processo constituinte (1) aumenta o interesse e expõe as instituições políticas; além disso, (2) ela altera os padrões pelos quais os cidadãos avaliam as informações. Se bem pensado, tais efeitos têm a ver com a previsão, já feita há muito tempo, de que a participação popular nos assuntos públicos gera educação cívica. De fato, o exemplo de Uganda demonstra que a participação no processo constituinte aumenta a cultura política, já que permitiu acesso do público às questões discutidas, fornecendo a eles conhecimento como sobre como era esperado que instituições funcionassem após a constituição entrar em vigor.

2.6.6 Fortalecimento de Instituições Democráticas

O envolvimento dos cidadãos comuns no processo constituinte é capaz de estabelecer, promover e fortalecer instituições democráticas e, conseqüentemente, proporcionar uma paz e estabilidade duradouras aos estados pós-conflito e aos estados em transição de governo autoritário.²⁹⁹ “A participação efetiva em um processo contínuo de construção constitucional e formulação de políticas”, sustenta-se, “ajuda as nações a evitar conflitos violentos e a construir a democracia incentivando a expressão de diversas preocupações com os cidadãos”³⁰⁰ Outro argumento democrático é o de que “o aumento geral da participação durante o

²⁹⁸ MOEHLER, Devra C. *Distrusting Democrats Outcomes of Participatory Constitution-Making*, p. 2.

²⁹⁹ SAATI, Abrak. *Participatory Constitution-Making as a Transnational Legal Norm: Why Does It “Stick” in Some Contexts and Not in Others?*, p. 114.

³⁰⁰ WING, Susanna D. *Constructing Democracy in Transitioning Societies of Africa: Constitutionalism and Deliberation in Mali*. New York: Palgrave Macmillan, 2008, p. 2.

processo de elaboração da constituição impacta positivamente os níveis de democracia pós-promulgação”³⁰¹. Finalmente:

A participação das pessoas é importante para elaborar a agenda da reforma constitucional (e social). Geralmente, a agenda é definida pelas elites, principalmente de base urbana. Quando convidados a dar as suas opiniões, as comunidades rurais, os trabalhadores e assim por diante provavelmente apresentarão novos pontos de vista sobre questões como a participação, a descentralização, a terra, as necessidades básicas e a responsabilidade dos membros dos parlamentos e dos funcionários locais, firmemente enraizado nas realidades locais. O engajamento popular pode trazer ao diálogo diferentes forças sociais, interrogar os pressupostos das elites e funcionários e, até certo ponto, criar um contrapeso para os políticos.³⁰²

2.6.7 Aumento dos Níveis Democráticos

Há também o argumento de que de que a participação pública no processo constituinte levará a níveis mais altos de democracia após a constituição entrar em vigor. “Nós sabemos”, dizem dois reconhecidos estudiosos, “que inclusão e participação podem contribuir de forma importante para a democratização”³⁰³. A literatura sobre o processo constituinte participativo afirma que a participação cidadã facilita a democratização, ao fundamentar o sistema de governança do estado em um conjunto de princípios e práticas para os quais existe um consenso nacional.³⁰⁴ Aqueles que apoiam o processo constituinte participativo na comunidade internacional o veem como uma ferramenta para implementar a democracia, especialmente onde ela deixou de existir, e também para consolidar os direitos sociais e políticos, onde eles apenas existiram nominalmente.³⁰⁵

Essa é uma hipótese que vem sendo testada por importantes estudiosos. Recentemente, alguns cientistas políticos ofereceram importantes considerações sobre a relevância substancial do momento de elaboração do texto constitucional para a efetiva democratização. Eles concluíram que o teste empregado por eles “demonstra que o aumento da participação pública em todo o processo constituinte contribui significativamente para níveis de democracia em todos os intervalos médios de três anos após a promulgação”³⁰⁶. Mas a

³⁰¹ EISENSTADT, Todd; LEVAN, A. Carl; MABOUDI, Tofigh. When Talk Trumps Text: The Democratizing Effects of Deliberation during Constitution-Making, 1974-2011, p. 592-612.

³⁰² GHAI, Yash; GALLI, Guido. Constitution Building Processes and Democratization. *IDEA*, p. 14, 2006.

³⁰³ Idem, p. 17.

³⁰⁴ BANKS, Angela M. Challenging Political Boundaries in Post-Conflict States. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 29, n. 1, p. 106, 2014.

³⁰⁵ BANKS, Angela M. Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities, p. 1055.

³⁰⁶ EISENSTADT, Todd; LEVAN, A. Carl; MABOUDI, Tofigh. *Constituents Before Assembly*, p. 51.

conclusão não é unânime. Em uma pesquisa comparando os processos constituintes ocorridos no Quênia e no Zimbábue, processos esses considerados substancialmente participativos e semelhantes, Abrak Saati concluiu que a participação pública não elava necessariamente os níveis democráticos. É que, apesar de se terem sido adotados processos bastante parecidos nesses dois países, os resultados em relação aos níveis da democracia foram diferentes. Portanto, ele sustenta que a participação pública “não pode ser a única explicação para níveis distintos de democracia” .³⁰⁷ Haveria outros fatores responsáveis pelas diferentes trajetórias de democracia que esses dois países tomaram. Mas esse este último estudo não invalida a hipótese de que o processo constituinte aumenta os níveis democráticos. Ele apenas confirma que o processo participativo não basta.

2.6.8 Aprimoramento da Constituição

Como demonstrado no Capítulo anterior, um processo inclusivo tem sido apontado como uma das causas responsáveis pela longevidade constitucional.³⁰⁸ A longevidade está relacionada à sua resistência constitucional que, por sua vez, é devida há três fatores-chave. O primeiro deles é a inclusão. Ela se refere à amplitude da participação na formulação do acordo constitucional, na sua atualização e na sua execução corrente. É de se esperar que uma constituição elaborada com ampla participação popular, além de ter maior probabilidade de corresponder às expectativas das sociedades, muito possivelmente gere mais identificação e adesão de seus destinatários, aqui entendidos elites, grupos conflituosos, minorias e a população em geral. Mas a inclusão não pode se restringir ao momento constituinte. É recomendável que uma participação mais ampla se dê de alguma maneira em seus processos de reforma ou revisão, especialmente em relação às constituições mais antigas, que permanecem em vigor por sucessivas gerações. Mesmo uma constituição extremamente popular em seu nascedouro pode, no entanto, correr severo risco de morte se as gerações futuras às quais ela for aplicável não puderem percebê-la como um projeto adaptável às suas realidades e circunstâncias.

O segundo fator é a flexibilidade. Embora polêmico devido à sua associação com a estabilidade constitucional, quando bem calibrada, a flexibilidade pode permitir ajustes necessários de modo a tornar duradoura a constituição, já que ela permite que a constituição

³⁰⁷ SAATI, Abrak. *The Participation Myth: Outcomes of Participatory Constitution Building Process on Democracy*, p. 263.

³⁰⁸ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*, passim.

se adapte mais facilmente à emergência de novas questões sociais e possibilita reajustes de poderes e competências. Em outras palavras, esse atributo fornece uma saída mais eficaz e menos dramática a impasses políticos e crises constitucionais, permitindo que soluções sejam encontradas dentro do marco constitucional, sem ruptura constitucional e evitando os custos e riscos de uma renegociação política em um processo constituinte. A flexibilidade, inclusive, se relaciona com a ideia anterior de inclusão constitucional, visto que de nada adiantaria se ter uma constituição inclusiva, todavia excessivamente rígida. O que importa aqui é que a possibilidade de ajuste da constituição às condições políticas e sociais mutáveis evita a pressão para uma renegociação completa.³⁰⁹

O último fator é especificidade constitucional, que se refere ao nível de detalhe na constituição e à amplitude de assuntos que o documento abrange.³¹⁰ A ideia é a de que um documento mais claro e mais específico gerará mais facilmente entendimentos compartilhados acerca dos seus termos, produzindo, assim, um nível mais profundo de adesão. A especificidade também seria responsável em resolver questões relacionadas com informações ocultas no momento da negociação constitucional, possivelmente omitidas no processo constituinte. Assim, uma constituição mais específica anteciparia e resolveria fontes relevantes de controvérsia política que podem levar à morte constitucional quando deixadas sem solução. Como dizem, “a visão um pouco contra intuitiva sugerida por nossa teoria parte do pressuposto de que negociar detalhes textuais e incorporar um grande número de tópicos é oneroso. A especificidade requer uma elaboração cuidadosa e negociações difíceis, ambas levando tempo e recursos políticos” .³¹¹ Para alguns grupos, a especificidade de uma constituição escrita representa um investimento que não pode ser recuperado se a Constituição falhar. Mas aqui é preciso também encontrar um ponto ótimo. É que uma constituição muito minuciosa pode sacrificar a clareza e a coerência e, portanto, prejudicará, em vez de facilitar, a coordenação, ameaçando a duração constitucional. Por essa razão, o texto constitucional deve resolver questões com alta probabilidade de surgirem ao longo da vida constitucional. Em alguns aspectos, a amplitude da constituição será muito dependente do contexto e das necessidades da comunidade política. Portanto, na medida certa, a especificidade tenderá a aumentar, em vez de dificultar a resistência e, assim, a longevidade constitucional.

³⁰⁹ Idem, p. 99 e ss.

³¹⁰ Em trabalho empírico recente, Ginsburg, Elkins e Blount encontram suporte para a ideia de que as constituições que incluem um procedimento referendo que requerem a ratificação pelo público incluem mais disposições de direitos em geral. Idem, p. 217 e ss.

³¹¹ Idem, p. 84.

Como também afirma Clarence J. Dias, “a experiência internacional no processo constituinte demonstrou que há uma clara correlação entre o grau de transparência, inclusão e participação e sustentabilidade e longevidade das constituições que resultam desse processo”^{.312} Se, então, um processo participativo está relacionado à longevidade das constituições, então os fatores-chave que geram essa longevidade, e que são qualidades importantes para a estabilidade e manutenção da ordem constitucional, especialmente em países suscetíveis a golpes e atritos políticos, também são frutos de um processo constituinte participativo.

2.7 Possíveis Desvantagens e Perigos de um Processo Constituinte Amplamente Participativo

Mas há também vozes que questionam a conveniência de processos amplamente participativos, embora seja muito difícil encontrar na literatura vozes contrárias a um processo participativo mais amplo do que o convencional. O fato é que alguns consideram o envolvimento geral do público como desnecessário ou até mesmo perigoso. Essa foi a ideia que predominou durante muito tempo e que foi responsável pela ideia não menos refutável de que uma constituição seria julgada democrática apenas pelo seu conteúdo e não pela forma como ela foi criada. Entretanto, há argumentos importantes que precisam ser considerados e analisados. Embora haja menos argumentos em desfavor do que a favor, seria um equívoco ignorar os primeiros, já que eles podem servir de alerta para possíveis perigos e desvantagens de um processo constituinte amplamente participativo.

Dois renomados constitucionalistas veem com ceticismo a participação pública no processo constituinte, alguns até mesmo quanto à participação por meio de referendos. Mark Tushnet, por exemplo, afirma que “os processos consultivos, na minha opinião, geralmente resultaram em não mais do que mudanças estéticas para a constituição proposta. E os referendos foram, acredito, basicamente carimbos burocráticos”^{.313} Isso, realmente, pode ocorrer. Mas apenas se o processo não for transparente e realmente inclusivo. Uma participação meramente estética é exatamente o que se deve combater e não aceitar como um dado.

Donald L. Horowitz considera que “tornar a participação e a transparência a pedra angular da legitimidade de uma constituição é exagerar os benefícios e subestimar os custos

³¹² Citação extraída de HART, Vivien. *Constitution Making and the Right to Take Part in a Public Affair*, p. 40.

³¹³ TUSHNET, Mark. *Some Skepticism about Normative Constitutional Advice*. *William and Mary Law Review*, v. 49, n. 4, p. 1492, mar. 2008.

de tal curso de ação” . “É improvável” , continua ele, “que um modelo de processo único seja adequado para todas as situações e a longo prazo, o conteúdo das instituições incorporadas em uma constituição provavelmente será mais importante para o futuro democrático de um estado do que a presença dos mais altos níveis de participação pública e abertura na forma como a constituição é criada” .³¹⁴ Esse, como outros argumentos, inclusive otimistas, precisam de alguma evidência empírica.

Os argumentos são esparsos e não muito desenvolvidos. Alguns críticos afirmam que um processo constituinte participativo é susceptível de promover o conflito, polarizar as atitudes do público e diminuir o apoio ao processo. De fato, no Iraque, as eleições para a assembleia contribuíram para a polarização e levaram ao boicote sunita. Em Chade, o processo participativo resultou em um aumento das tensões francófonas-árabes.³¹⁵ Andrew Arato, por exemplo, observa, nesse sentido, que “um ‘processo constituinte democrático populista’ alarma alguns grupos porque a democracia populista implica uma união não limitada por qualquer regra anterior, nem por qualquer separação de poderes” .³¹⁶ Isso pode, de fato, até ocorrer, mas dependerá muito do desenho do processo. Em sociedades conflituosas e profundamente divididas, o melhor a se fazer para se evitar essas consequências é realizar e cumprir acordos políticos pré-constituintes e evitar a deliberação pública de questões sensíveis, contenciosas e divisivas.

Além disso, alguns argumentam que as pessoas comuns têm pouca compreensão de questões constitucionais e podem facilmente ser frustradas ou manipuladas pelos líderes políticos do momento. Essa observação se relaciona com outra crítica comum: a de que a participação pode ser manipulada por elites. Em síntese, a ideia é a de que o processo constituinte popular proporcionaria oportunidades a políticos carismáticos, que não desejam um governo constitucionalmente limitado, de apelar para o povo.³¹⁷ Apesar de esta ser uma possibilidade real, um processo que pretenda ser realmente inclusivo adotará um programa de

³¹⁴ HOROWITZ, Donald L. Conciliatory Institutions and Constitutional Processes in Post-Conflict States. *William and Mary Law Review*, v. 49, n. 4, p. 1232, 2008.

³¹⁵ Cf. BLOUNT, Justin; GINSBURG, Tom. Participation in Constitutional Design: Asian Exceptionalism. GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. *Comparative Constitutional Law in Asia*. Cheltenham, UK Northampton: Edward Elgar, 2014, p. 31.

³¹⁶ Citação extraída de MOEHLER, Devra C. Participation and Support for the Constitution in Uganda, p. 280.

³¹⁷ Referindo-se aos processos constituintes ocorridos em países do leste europeu após a queda do comunismo, William Partlett, afirma que: “os mecanismos e a retórica do processo constituinte popular não produziram constituições que limitam a concentração do poder e protegem a liberdade individual no mundo pós-comunista. Em vez disso, mecanismos populares irregulares como referendos e convenções constitucionais ajudaram os presidentes carismáticos a impor unilateralmente constituições autoritárias na sociedade” . PARTLETT, William. The Dangers of Popular Constitution-Making. *Brooklin Journal of International Law*, v. 38, n. 1, p. 196, 2013.

educação cívica apropriado, de modo a evitar a frustração apontada. Já a manipulação por parte de elites pode ser evitada mediante um desenho do processo que lhe confira transparência e controle de decisão.

Também é dito que um processo constituinte amplamente participativo é mais dispendioso e toma muito mais tempo, e que a adição de mais participantes reduz a possibilidade de se chegar a um consenso, especialmente importante para processos constituintes em contextos pós-conflito, transição e em sociedades profundamente divididas. O argumento, apesar de válido, não é suficientemente convincente. Afinal, a participação popular pode ser promovida por inúmeros métodos, alguns realmente dispendiosos, outros nem tantos, como se verá no Capítulo IV.

Outros afirmam que os líderes políticos têm dificuldade em fazer concessões e barganhas políticas importantes quando as negociações estão abertas ao escrutínio público.³¹⁸ E outros mais sustentam que as constituições criadas por múltiplos agentes são propensas a serem prolixas e inconsistentes.³¹⁹ Quanto ao primeiro argumento, como se verá no Capítulo IV, há inúmeros métodos adequados para se realizar acordos não espúrios e outros para superar impasses. Quanto à inconsistência, tudo dependerá da forma como a fase de debate é desenhada, como as contribuições serão processadas e a constituição sistematizada.

2.8 A Necessidade de Inclusão de Elites

A participação pública, apesar de sua grande importância, não é a única dimensão necessária para a construção de um consenso constituinte. O reconhecimento da importância da cooperação da elite é algo bem estabelecido na literatura sobre democratização das sociedades. Na verdade, a maior parte dessa literatura enfatiza a necessidade da coesão de elite como vital para a democratização. Essa coesão pode se dá por meio de acordos formalizados, ou não, ou apenas através de convergência de propósitos. Mesmo as constituições autoritárias costumam refletir processos de escolha coletiva entre elites com interesses divergentes. Evidentemente, a coesão depende de inúmeros fatores, entre eles a história de cooperação entre líderes políticos e o histórico da violência em um país.³²⁰

³¹⁸ Cf. GLOPPEN, Siri. *South Africa: The Battle over the Constitution*. Brookfield: Ashgate, 2007, p. 777.

³¹⁹ ROSENN, Keith S. Brazil's New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society. *American Journal of Comparative Law*, v. 38, p. 777, 1990.

³²⁰ O cientista político Nic Cheeseman argumenta que dois fatores fundamentais determinam a forma como as partilhas de poder se estabelecem na África. O primeiro fator seria a distribuição da violência - se uma parte tem o monopólio da força sobre outra ou se todas as partes se comprometeram a não cometer atrocidades - e

A verdade é que a grande maioria das revoluções constitucionais das últimas décadas são resultados de acordos de elites. Essas revoluções foram negociadas entre partes rivais durante épocas de transição política. Em contextos pós-conflito, como se verá no Capítulo III, a participação de elites econômicas, militares, políticas ou tribais na formulação de arranjos pré-constituintes que abram caminho para um processo constituinte - como acordos de paz e outros mais abrangentes - é mais importante do que uma participação pública. Na verdade, muitos casos demonstram que, nessa fase embrionária do processo constituinte, a participação popular precisará ser mínima, assim como a transparência, embora, como se sustentará, essa participação deva ser ampliada ao longo do processo. É preciso, portanto, muitas vezes, antes de se iniciar o processo constituinte propriamente dito, a realização de arranjos políticos provisórios voltados, entre outras coisas, à acomodação de elites. A acomodação de forças antes do início da elaboração de uma constituição definitiva, como se verá, mostra-se muitas vezes extremamente necessária.

Portanto, por meio da formulação desses acordos, a participação de elites pode facilitar a iniciação de processos constituintes necessários em sociedades conflituosas e marcadas por divisões históricas. A África do Sul constitui um excelente exemplo. Lá, em negociações relativamente fechadas e duramente travadas, as elites chegaram a um acordo sobre uma constituição de transição, seguida por um processo constituinte de dois anos mais aberto e participativo conduzido por uma assembleia constituinte eleita, resultando na adoção de uma constituição definitiva. A participação das elites foi não apenas importante, mas extremamente necessária, sobretudo devido ao histórico de discriminação no país.

Como se verá no próximo Capítulo, as elites são fundamentais para o que chamo de acordo político subjacente, que se refere ao equilíbrio ou distribuição de poder entre grupos e classes sociais em conflito, sobre as quais se baseia qualquer Estado. Esses acordos, por sua vez, são críticos não apenas para o processo constituinte, mas para a manutenção da ordem que surge a partir deles. Portanto, os efeitos da exclusão de elites não incidem apenas no processo constituinte. A falta de consenso entre elites em relação aos principais princípios, temas e metas constitucionais pode fazer com que as constituições, ou parte significativas delas, fiquem apenas no papel. O Quênia evidencia esse risco. Lá, como relata James Thuo Gathii, ao avaliar, após cinco anos de vigência, o desempenho da extremamente ambiciosa Constituição de 2010, o problema da corrupção ainda está presente. A despeito da qualidade

o segundo seria o nível de coesão de elite - se os líderes políticos desenvolveram normas de acomodação mútua que facilitam a busca de propósitos comuns. Cf. CHEESEMAN, Nic. *The Internal Dynamics of Power-Sharing in Africa. Democratization*, v. 18, n. 2, p. 336-365, 2011.

da constituição queniana, especialmente o propósito contra esse mal refletido em várias normas constitucionais, “tem havido uma falta de consenso de elite em apoio a esses valores e princípios, particularmente em relação à integridade” .³²¹

Em certas circunstâncias, a participação da elite no processo constituinte só precisará incluir representantes confiáveis dos principais grupos. E a liderança não pode ser fabricada. Um exemplo interessante vem da Namíbia. Lá, Dirk Mudge, ex-membro do Partido Nacionalista branco, que se separou para formar uma aliança de onze partidos políticos étnicos, desempenhou um papel importante no exitoso processo constituinte.³²² Veja-se também o caso da Espanha. Lá, o rei e outras elites políticas apoiaram a constituição, e isso foi fundamental para o seu sucesso.³²³ O mesmo se deu na África do Sul, especialmente com Mandela e Presidente De Klerk.

Embora os processos constituintes na Espanha e na Namíbia mostrem que podem ser obtidos excelentes resultados com a participação das elites, a maioria das experiências recentes sugere que é muito mais difícil reivindicar legitimidade sem pelo menos algum sinal de participação pública. O apoio popular desempenha um papel maior em uma sociedade democrática do que o apoio da elite na determinação das perspectivas de longo prazo para o sucesso constitucional. Como diz Angela M. Banks, “a participação pode proporcionar um espaço no qual soluções inovadoras e abordagens aos problemas possam emergir qualitativamente melhores do que as soluções e abordagens desenvolvidas por elites ou em configurações exclusivas” .³²⁴ Mas a inclusão de elites políticas, militares ou tribais é importante e o desafio é encontrar um equilíbrio entre a participação delas e a participação pública.

³²¹ GATHII, James Thuo. Assessing the Constitution of Kenya 2010 Five Years Later. In: GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz (Eds.). *Assessing Constitutional Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 356.

³²² Cf. WIECHERS, Marinus. Namibia's Long Walk to Freedom: The Role of Constitution Making in the Creation of an Independent Namibia. In: MILLER, Laurel E. (Org.). *Framing the State in Times of Transition*. Washington, DC: U.S Institute of Peace Press, 2010, p. 81 e ss.

³²³ “A transição espanhola para a democracia, marcada pela Constituição de 1978, foi negociada através de um pacto de elite entre os partidos políticos mediado pelo Presidente Suarez. O contexto era aquele em que as memórias da sangrenta guerra civil da década de 1930 eram bastante cruas, resultando em significativa desconfiança entre a esquerda e a direita. A esquerda era vista como divisiva e republicana, enquanto a direita era vista como favorecendo a intervenção militar na política. O processo de negociação do chamado pacto de Moncloa facilitou a aceitação da monarquia pela esquerda, com o acordo da direita para dismantelar as instituições da ditadura de Franco. A negociação (seu resultado) foi mantida durante a transição constitucional e o longo período de governo socialista de 1982-1996” ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*, p. 70.

³²⁴ BANKS, Angela M. Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities, p. 1050.

2.9 A Necessidade de *Expertise*

A crença de que as constituições podem fazer avançar muitas metas de uma comunidade política tem gerado uma demanda por expertise e esforços de atores não nacionais em processo constituintes pelo mundo. Com afirma Tom Ginsburg, “o processo de elaboração de constituições tornou-se uma forma incipiente de *expertise*, com seus próprios programas e especialistas” .³²⁵ Em muitos casos, a depender do ambiente e do histórico de cada país, a expertise e o aconselhamento de especialistas serão não apenas bem-vindos, mas especialmente necessários.

Mas os conselheiros não são apenas indivíduos, pelo menos não vistos isoladamente. Há inúmeras organizações internacionais e transnacionais que se destacam, entre elas, talvez a de maior relevo seja a Organização das Nações Unidas, que, em muitos casos, tem figurado como ator central, especialmente naqueles onde o processo constituinte ocorre após ou durante conflitos armados ou não, a exemplo de Kosovo, Timor-Leste, Somália, Iêmen, Iraque, Afeganistão, Camboja e Bósnia-Herzegovina. O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento também foi importante no apoio à criação de constituições em Burundi, República Democrática do Congo (RDC), Equador, Eritreia, Gâmbia, Guiana, Maldivas, Nauru, Ilhas Salomão, Tokelau e Zâmbia. Como Tom Ginsburg confirma, “no decurso dessas intervenções, a ONU acumulou uma experiência considerável em design constitucional, embora seus esforços internos (e sua legitimidade externa) variem de contexto para contexto” .³²⁶

Mas ela não é a única a fornecer conhecimento e aconselhamento. Há outras organizações internacionais menores, como *International IDEA* e a *Interpeace*, que são organizações não governamentais com sede em Oslo e Estocolmo, respectivamente. Essas duas organizações ajudam constituintes com pesquisas e materiais reunindo informações e recomendações importantes sobre processos constituintes e de reforma constitucional, bem como sobre desenhos institucionais possíveis e adequados a diferentes contextos e ambientes. Organizações Regionais (ex. União Africana) e Nacionais também têm um papel importante em muitos casos.

Há pelos menos quatro razões para se aceitar conselheiros, sejam eles de indivíduos ou de organizações como as citadas. Em primeiro lugar, nos últimos anos, a maioria das

³²⁵ GINSBURG, Tom. *Constitutional Advice and Transnational Legal Order*, p. 102.

³²⁶ *Idem*, p. 119.

constituições tem sido elaborada em ambientes e contextos não ideais, pairando a incerteza política e, não raramente, a ameaça de retorno às trincheiras, com pressões de tempo e com poucos constituintes e atores nacionais com experiência mínima ou suficiente para a tarefa. Mesmo em países que adotam novas constituições em curtos intervalos temporais, geralmente os constituintes não são os mesmos das constituições anteriores. Com isso, os novos e inexperientes constituintes podem buscar ajuda em atores externos e em experiências mundo afora. Segundo, muitos constituintes buscam ter alguma legitimidade perante a comunidade internacional. Eles desejam que suas constituições reflitam valores e padrões respeitados em todo mundo. Com isso, se sentirão inseridos em um constitucionalismo global. Essa legitimidade perante a comunidade internacional pode conferir à constituição nacional uma legitimidade doméstica importante para a sua durabilidade e respeito. Essa também é uma razão para se buscar aconselhamentos.

Em terceiro lugar, além do conhecimento, as instituições estrangeiras em geral e as Nações Unidas, em particular, podem desempenhar um papel no incentivo ao acordo entre as facções locais que frequentemente estão à beira do conflito violento. Essas organizações, por seus históricos, gozam de grande reputação e muitos dos seus membros detêm vasta experiência em processos de negociações de paz e de reforma constitucional, especialmente em países conflituosos. Como será visto no próximo Capítulo, a inclusão dessas instituições pode ajudar na formação de acordos políticos subjacentes, absolutamente necessários em muitos contextos constituintes. Portanto, eles podem fornecer uma valiosa ajuda técnica, mas também uma contribuição política importante em situações críticas.

Em quarto lugar, escrever uma constituição é uma tarefa difícil, mesmo em um nível puramente técnico. Conhecer a miríade de efeitos prováveis de disposições específicas é uma questão complexa que requer um senso de contexto local, mas também um conhecimento especializado. Mesmo que os interesses das principais partes interessadas possam estar alinhados, os constituintes locais precisam ser capazes de estimar os efeitos prováveis de suas escolhas institucionais. Por fim, a vantagem da participação de atores estrangeiros, portanto, também está na possibilidade de se sugerir saídas e soluções já testadas em outros lugares. Afinal, muitas questões, tanto substanciais como organizacionais, se repetem em muitos países.

A expertise que devem transmitir é legal, política, social e técnica. É importante que isso seja dito, pois, até pouco tempo atrás, geralmente apenas juristas eram chamados a aconselhar processos constituintes. Mas o principal papel dos conselheiros, sejam eles indivíduos, sejam organizações, é prestar informações aos locais, que devem fazer suas

escolhas livremente. Afinal, é preciso reconhecer que essas organizações não podem ser vistas sempre como imparciais ou neutras. Elas estão quase todas engajadas na difusão de padrões de conduta e conformação. Em alguns casos, esses propósitos podem entrar em conflito com valores e objetivos nacionais. Se não sopesados, as constituições produzidas encerraram o risco de serem enganosas e isomórficas, ainda que essas organizações realmente apoiem a participação popular durante o processo constituinte.

Mas, obviamente, os especialistas não são nem precisam ser estrangeiros. Há inúmeros exemplos de processos constituintes nos quais especialistas e organizações locais foram não apenas necessários, mas também suficientes. Há também casos nos quais se buscou conciliar a expertise local com a estrangeira. Na África do Sul, por exemplo, isso foi especialmente valioso. Além de especialistas trazidos por grupos internacionais, a assembleia constituinte nomeou um painel de especialistas locais para aconselhá-la sobre interpretações dos projetos de constituição e para ajudar a resolver as diferenças, particularmente em questões técnico-jurídicas durante as primeiras fases do processo. Portanto, se for o caso de se convidar órgãos e indivíduos com expertise fora do país, é preciso conciliar a contribuição desses com as de experts locais, quando houver.

Portanto, por diversas razões, é importante incluir expertise no processo. Como se verá no Capítulo seguinte, a participação de especialistas foi especialmente importante e processos constituinte em cenários afetados por conflitos e em processos considerados altamente políticos, como os da Alemanha e África do Sul e, mais recentemente, no Nepal, Sudão do Sul, Líbia e República Centro-Africana. Em Kosovo, por exemplo, o Quadro Constitucional para o Governo Autônomo Provisório, que também serviu como uma constituição interina, foi estabelecido pela Missão de Administração Provisória das Nações Unidas. O que não pode ocorrer é de o processo ser dominado por especialistas, sob pena de se comprometer, entre outras coisas, a necessária diversidade cognitiva³²⁷ no processo. Embora a constituição necessite ser bem elaborada tecnicamente, de modo a garantir sua consistência interna, é preciso que ela própria seja consistente com os anseios locais e possibilidades de implementação daquilo que é colocado em seu texto.

³²⁷ Cf. LANDEMORE, Hélène. *Deliberation, Cognitive Diversity, and Democratic Inclusiveness: An Epistemic Argument for the Random Selection of Representatives*, p. 1211 e ss.

3 ARRANJOS PRÉ-CONSTITUINTES

3.1 Introdução

Processos constituintes de constituições definitivas nem sempre são o primeiro passo de um projeto constitucional. Muitas vezes, será preciso antes pavimentar o caminho e preparar seu terreno. Isso é especialmente necessário em cenários afetados por conflitos armados ou não, em contextos frágeis e pós-conflito, em transições de regimes autoritários ou construção de Estados após processos de independência. Também é necessário em ambientes pós-colonização, em sociedades profundamente divididas e em momentos de crise institucionais e econômicas nos quais as estruturas de governo e instituições pré-existentes se desintegraram ou estão desacreditadas, ou mesmo quando antigos partidos desapareceram ou foram demasiadamente enfraquecidos. Em todas essas situações, as condições para o processo constituinte geralmente precisam ser construídas. Por essa razão, será necessária a adoção de algumas medidas voltadas, por exemplo, a um cessar-fogo, à neutralização do ambiente, integração de exércitos, controle de armas, troca de prisioneiros, desmobilização de atores não estatais e sua integração nas estruturas políticas e legais, resolução de impasses, conciliação, reconciliação, reassentamento de deslocados, retorno de exilados, negociações sobre punições e anistias, construção de confiança, acomodação de diferenças étnicas e partilha de poderes político, militar ou territorial. Somente a partir de medidas como essas será possível realizar um acordo constitucional sobre como o país será governado no futuro.

O objetivo deste capítulo é explorar alguns aspectos importantes de arranjos políticos provisórios, ou seja, de acordos que, embora façam parte de um projeto constitucional, antecedem o processo constituinte propriamente dito e lhes são absolutamente importantes. Além disso, buscar-se-á destacar suas repercussões sobre o processo constituinte, tanto para aquele que tem início com uma constituição interina, como para os que procedem diretamente com uma constituição definitiva. A importância do que aqui chamo de “arranjos pré-constituintes” é evidenciada pela constatação de que, hoje, eles são mais frequentes em processos constituintes do que institutos ordinários, como referendos. Em muitos casos, sem eles, um processo constituinte sequer tem início, mesmo em lugares com levantes populares e intensa mobilização popular em favor de uma nova ordem constitucional. Novamente, mesmo ao se pensar em um processo constituinte inclusivo, é importante não desconsiderar o papel de elites. Mas, como se verá logo a seguir, esses arranjos não são mais vistos como

expedientes suficientes para uma transição. Como será visto, uma desilusão foi gerada nos últimos anos em relação às intervenções internacionais como único e suficiente meio de resolução de conflitos e, com ela, emergiu uma fé em processos constituintes como uma saída muitas vezes bem-sucedida. Ainda nesse capítulo, serão explorados os possíveis sequenciamentos constituintes. É que, a depender do sequenciamento, a inclusão popular poderá ser maior ou menor.

3.2 Da Era das Transições à Era da Desilusão

No último quarto do século passado, a paisagem política mundial mudou consideravelmente. De meados da década de 1970 até metade da década de 1980, o mundo assistiu à queda de regimes autoritários no sudoeste da Europa e a substituição de longas ditaduras militares na América Latina. A partir da metade da década de 1980, governos autoritários em partes do leste e sul da Ásia foram depostos e regimes comunistas no leste da Europa entraram em colapso. No início da década de 1990, foi a vez da dissolução da União Soviética e, com isso, o estabelecimento de quinze novas repúblicas. Ainda na primeira metade da década de 1990, houve um acentuado declínio em regimes políticos de partido único em várias partes da África Subsaariana e a liberalização de vários países comunistas do Oriente Médio. Todas essas mudanças foram consideradas uma tendência democrática global que passou a ser conhecida como a “terceira onda” democrática mundial.³²⁸

Entusiasmadas com essa nova onda, inúmeras organizações internacionais, regionais e nacionais, sejam elas governamentais ou não,³²⁹ começaram se dedicar a promover o que consideravam ser o padrão ocidental da ideia de democracia, inclusive por meio de um crescente processo de intervenção em diversos países ao redor do mundo.³³⁰ Com isso, quase da noite para o dia, muitos países passaram a ser considerados como estando “em transição

³²⁸ Para Samuel P. Huntington, que cunhou essa expressão, “uma onda de democratização é um grupo de transições de regimes não democráticos a democráticos que ocorrem dentro de um período de tempo especificado e que superam significativamente as transições na direção oposta durante esse período de tempo. Uma onda geralmente também envolve liberalização ou democratização parcial em sistemas políticos que não se tornam plenamente democráticos”. HUNTINGTON, Samuel P. *The Third Wave: Democratization in the Last Twentieth Century*, p. 15.

³²⁹ Cf. NEWMAN, Edward. *The International Architecture of Peacebuilding*. In: GINTY, Roger Mac (Org.) *Routledge Handbook Peacebuilding*. New York: Routledge, 2013, p. 311-324.

³³⁰ Essas intervenções, sobretudo por parte da ONU, aumentaram muito na última década do século passado. Enquanto na década de 1970 apenas três intervenções foram realizadas, seguidas de cinco intervenções na década de 1980, na década seguinte, de 1990, foram feitas trinta e oito intervenções, cerca de quase quatro por ano. O número diminuiu na primeira década deste século. Foram dez na primeira. Muitas dessas intervenções, porém, ainda não se encerraram.

” para a democracia. Em pouco tempo, a quantidade de países assim rotulados aumentou exponencialmente, chegando, no final da década de 1990, a cerca de 100, com aproximadamente 20 na América Latina, 25 na Europa Oriental e na antiga União Soviética, 30 na África Subsaariana, 10 na Ásia e 5 no Oriente Médio.³³¹ Esse conjunto de acontecimentos passou a ser chamado de paradigma de transição. Nele, o esforço para a construção da paz e para a transição democrática por parte de inúmeras organizações se desenvolveu rapidamente em termos do escopo e tipos de atividades, o que fez aumentar consideravelmente o número de operações realizadas ao redor do mundo após a Guerra Fria.³³²

Pelo menos um quarto das constituições nacionais escritas até hoje foi promulgado a partir do início da terceira onda democrática.³³³ Com o término da Guerra Fria, teve início um conjunto de grandes revisões de constituições em muitos países e inúmeros processos constituintes incrementais, revolucionários e restaurativos. Apenas durante a década de 1990, foram elaboradas 108 constituições. O continente que mais produziu constituições foi a África, com 50, seguido da Europa, com 14.³³⁴ Mas, em termos de transições democráticas reais, essa terceira onda não foi tão bem-sucedida quanto muitos esperavam. Embora seja possível apontar casos de sucesso, há muitos países que não alcançaram uma democracia relativamente funcional ou não aprofundaram ou avançaram qualquer progresso democrático que tenham inicialmente realizado. Em um pequeno número de Estados nacionais, as primeiras aberturas políticas ocorridas no início da década de 1990 começaram a falhar e os regimes autoritários se refortaleceram, como no Uzbequistão, no Turquemenistão, na Bielorrússia e, especialmente, no Togo, apesar de terem se declarado formalmente repúblicas democráticas.³³⁵

Como observa Matthijs Bogaards, “a ‘terceira onda’ de democratização resultou na proliferação de regimes que não são nem totalmente democráticos nem autoritários

³³¹ CAROTHERS, Thomas. The End of Transition Paradigm. *Journal of Democracy*, v. 13, n. 1, p. 6-7, 2002.

³³² Sob os auspícios da ONU, as principais operações internacionais de consolidação da paz deram-se no Camboja, Angola, Burundi, Libéria, Moçambique, Serra Leoa, Sudão, Costa do Marfim, República Democrática do Congo (RDC), Somália, Kosovo, Afeganistão, El Salvador Guatemala, Haiti, Timor-Leste, Bósnia e Herzegovina, Sudão e Nepal. Além dessas operações principais da ONU, existe um número muito maior de casos em que as agências de desenvolvimento internacionais, regionais e nacionais apoiaram e realizaram uma série de atividades similares.

³³³ BLOUNT, Justin; GINSBURG, Tom. Participation in Constitutional Design: Asian Exceptionalism, p. 23.

³³⁴ Cf. WIDNER, Jennifer. *Constitution Writing and Conflict Resolution*, p. 503-518.

³³⁵ Talvez os mais bem-sucedidos em termos de transição estejam na Europa Central e na região do Báltico - Polônia, Hungria, República Checa, Estônia e Eslovênia -, embora existam alguns na América do Sul e no Leste Asiático, notadamente Chile, Uruguai e Taiwan. Outros fizeram pouco menos progresso, mas parecem ainda avançar, incluindo Eslováquia, Romênia, Bulgária, México, Brasil, Gana, Filipinas e Coreia do Sul. Cf. CAROTHERS, Thomas. *The End of Transition Paradigm*, p. 5 e ss.

clássicos” .³³⁶ De fato, atualmente, a maioria dos países da era das transições não é composta nem por regimes ditatoriais nem por sistemas incontestavelmente democráticos. Eles entraram em uma “zona política cinzenta” ,³³⁷ representando, por vezes, regimes híbridos.³³⁸ Para capturar a natureza desses regimes híbridos, a literatura sobre processos de democratização tem desenvolvido uma grande variedade de adjetivos descritivos de diferentes formas democráticas, aumentando a diferenciação analítica com o propósito de capturar os diferentes tipos de democracia que emergiram a partir de então, qualificando-as como semidemocracia, democracia formal, democracia eleitoral, democracia de fachada, pseudodemocracia, democracia fraca, democracia parcial, democracia iliberal e até mesmo democracia virtual.³³⁹ Apesar dos esforços semânticos, a verdade é que as trajetórias políticas da maioria dos países dessa terceira onda revelam que “o uso continuado do paradigma de transição constitui um hábito perigoso de tentar impor uma ordem conceitual simplista e muitas vezes incorreta em um quadro empírico de considerável complexidade” .³⁴⁰

A situação atual em muitos países levanta dúvidas sobre a adequação da estratégia empregada por organismos internacionais, especialmente pela Organização das Nações Unidas, que, após o fim da Guerra Fria, passou a figurar como um ator central na construção ou reconstrução de Estados nacionais. Convocada com frequência para ajudar países a abandonarem a guerra civil e conflitos, a ONU criou missões em diversos lugares em parceria ou não com outras organizações especializadas.³⁴¹ Todavia, as intervenções internacionais não tiveram o mesmo êxito na consolidação de uma paz duradoura e no estabelecimento ou fortalecimento da democracia em todos os países. Os processos de paz buscados por meio apenas da intervenção e mediação de organismos internacionais parecem ter sucesso limitado em quebrar os ciclos de fragilidade, conflito e pobreza. Uma enorme quantidade de tempo,

³³⁶ BOGAARDS, Mantthijs. How to Classify Hybrid Regimes? Defective Democracy and Electoral Authoritarianism. *Democratization*, v. 16, n. 2, p. 399, 2009.

³³⁷ CAROTHERS, Thomas. The End of Transition Paradigm, p. 9.

³³⁸ GILBERT, Leah; MOHSENI, Payam. Beyond Authoritarianism: The Conceptualization of Hybrid Regimes. *Studies in Comparative International Development*, v. 46, p. 2070-2097, 2011.

³³⁹ Nos últimos anos, tem havido um crescente interesse no estudo de regimes híbridos. Além do já citado estudo de Mantthijs Bogaards (BOGAARDS, Mantthijs. How to Classify Hybrid Regimes? Defective Democracy and Electoral Authoritarianism, p. 399), confira-se COLLIER, David; LEVITSKY, Steven. Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research. *World Politics*, v. 49, n. 3, p. 430-451, 1997; e MORLINO, Leonardo. Are There Hybrid Regimes? Or Are They Just an Optical Illusion? *European Political Science Review*, v. 1, n. 2, p. 273-269, 2009.

³⁴⁰ CAROTHERS, Thomas. End of Transition Paradigm, p. 15.

³⁴¹ Entre eles, Afeganistão, Angola, Benim, Burundi, Camboja, Congo, Timor-Leste, Eritreia, Guatemala, Kosovo, Moçambique, Namíbia, Libéria, Serra Leoa, Sudão e Iêmen. O Apoio no Afeganistão, no Iraque, na Líbia, no Nepal, na Somália e no Iêmen veio através das missões políticas especiais da ONU, e na República Centro-Africana, Guiné-Bissau e Costa do Marfim, através dos Escritórios de Apoio à Consolidação da Paz da ONU e da Unidade de Apoio à Mediação. GINSBURG, Tom. Constitutional Advice and Transnational Legal Order, p. 119.

esforço e dinheiro não conseguiu transformar os chamados estados frágeis e afetados por conflitos em estruturas democráticas estáveis e funcionais.³⁴² Instabilidade e violência seguem no Afeganistão e se acentuaram no Iraque. Kosovo permanece sob a administração da ONU. Além disso, muitos países parecem estar em uma situação permanente de transição, como Bósnia e Herzegovina. Estados como Somália, Nepal, República Democrática do Congo e Sudão do Sul continuam desafiando os esforços internos e internacionais de promover a paz e a democracia. Até mesmo em lugares antes vistos de transição bem-sucedida, como o Burundi, parecem agora suscetíveis de reversão. Em síntese, em muitos lugares, as transições de regimes autoritários verdadeiramente ainda não ocorreram. Em outros, revelaram-se falsas, com a persistência de governos autoritários ou semi-autoritários.³⁴³

Portanto, quase três décadas depois da Guerra Fria, muitos países ainda parecem estar mergulhados em conflitos violentos, novos conflitos continuam a emergir e países que pareciam ser exemplos bem-sucedidos de transição democrática entraram posteriormente em crise. Com efeito, “onde as transições foram uma vez vistas como parte de uma ‘terceira onda’ de democratização, no que seria uma ‘onda’ global de democratização e paz, essa expectativa inebriante tem sido substituída pela cautela” .³⁴⁴ Na verdade, o fracasso da transição em muitos lugares desencadeou uma espécie de crise existencial para os atores e organizações internacionais, que estão, agora, questionando suas próprias intervenções e estratégias e buscando entender onde falharam. Não sem razão, alguns estudiosos agora dizem que vivemos na “era da desilusão” em relação às intervenções internacionais como meios de resolução de conflitos em contextos de transição para a construção da paz, o desenvolvimento e a construção de Estados nacionais.³⁴⁵ Dessa reflexão, tem emergido o consenso de que não houve uma compreensão adequada da complexidade envolvida em um projeto de transição política por partes dos organismos e atores internacionais.

Isso tem muito a ver com o método empregado pela maioria desses agentes externos. Atualmente, o método de intervenção mais utilizado para construção da paz pela ONU e

³⁴² BELL, Christine. Introduction: Bargaining on Constitutions - Political Settlements and Constitutional State-Building. *Global Constitutionalism*, v. 6, n. 1, p. 15, 2017.

³⁴³ Autores de um importante estudo comparativo envolvendo 35 países da África, Ásia, Américas e Eurásia pós-comunista concluíram que “as transições nem sempre conduziram à democracia. Em grande parte da África e da antiga União Soviética, e em partes da Europa Oriental, da Ásia e das Américas, novos regimes combinaram competição eleitoral com diferentes graus de autoritarismo” . Cf. LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after Cold War*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 3.

³⁴⁴ BELL, Christine. Introduction: Bargaining on Constitutions - Political Settlements and Constitutional State-Building, p. 15.

³⁴⁵ Idem, p. 13-32.

outras organizações semelhantes é o modelo de transição ortodoxo, no qual o processo é liderado pelo órgão interveniente.³⁴⁶ Nesse tipo de intervenção, a participação interna se dá por meio de tentativas de incluir as elites políticas locais e transformá-las em líderes democráticos. Apesar de ser reconhecida a importância da inclusão dessas lideranças, sobretudo devido à influência que exercem na população local,³⁴⁷ analistas e estudiosos têm levantado evidências de que as organizações e atores internacionais concebem o processo de transição de maneira bastante simplista.³⁴⁸

3.3 A Emergência da Fé nos Processos Constituintes e a Ideia de *Political Settlements*

Mas, se por um lado, há essa desilusão com a intervenção internacional, por outro, há uma emergente fé na constituição e no processo constituinte. “Curiosamente”, afirmou recentemente uma respeitada estudiosa, “embora a fé nas soluções institucionais liberais esteja diminuindo, há evidências de um aumento aparentemente compensatório na fé nas constituições e no processo constituinte como uma forma liberal de promoção da transição democrática”.³⁴⁹ Com isso, diz ela, “uma internacionalização acelerada das práticas constituintes está se consolidando”.³⁵⁰ Esse segundo fenômeno se intensificou, sobretudo, com os recentes acontecimentos no Oriente Médio após os levantes populares da Primavera Árabe.³⁵¹ Portanto, há dois fenômenos aparentemente contraditórios. De um lado, há uma profunda desilusão com relação às atuais estratégias internacionais de construção da paz e de

³⁴⁶ Oliver Richmond aponta três métodos distintos. O primeiro é o método “conservador” que é completamente impositivo e muitas vezes depende de intervenção militar. A paz nestes casos é muitas vezes baseada na força do “vencedor” e altamente dependente do apoio contínuo de organismos internacionais. Esse modelo de implementação está mais relacionado às intervenções militares, como as realizadas pelos Estados Unidos no Iraque e no Afeganistão. O segundo método é o “ortodoxo” em que o processo é liderado pelo órgão interveniente, mas com alguma consideração das elites locais e do contexto. A ideia principal é transformar essas elites em líderes democráticos. O terceiro e último método é o “emancipatório”, que coloca mais ênfase no contexto e nas normas locais. Richmond descreve esse último como mais “ascendente” e com “uma maior preocupação com a justiça social”. A ideia, e talvez o consenso, pelo menos na literatura, é que quanto mais a paz for produzida localmente maior será a probabilidade de ela ser sustentável e duradoura. Cf. RICHMOND, Oliver. *The Problem of Peace: Understanding the 'Liberal Peace'*. *Conflict, Security & Development*, v. 6, n. 3, p. 291-314, 2006.

³⁴⁷ Cf., por exemplo, PEERCY, Chavanne. *Local Leadership in Democratic Transition: Competing Paradigms in International Peacebuilding*. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

³⁴⁸ CHOUDHRY, Sujit. Civil War, Ceasefire, Constitution: Some Preliminary Notes. *Cardozo Law Review*, v. 33, n. 5, p. 1909, 2012.

³⁴⁹ BELL, Christine. Introduction: Bargaining on Constitutions - Political Settlements and Constitutional State-Building, p. 18.

³⁵⁰ Idem, p. 18.

³⁵¹ LANDAU, David. The Importance of Constitution-Making. *Denver University Law Review*, v. 89, n. 3, p. 611-633, 2012.

Estado. De outro, há uma virada internacional para uma fé nas constituições e no processo constituinte como instrumentos capazes de remediar os limites ou erros das abordagens atuais.³⁵²

Não surpreende, porém, que tal fé esteja sendo colocada em constituições. Como afirmamos no Capítulo I, as constituições devem ser instituições interligadas com os contextos sociais e políticos. São elas bem mais do que apenas documentos que declaram a estrutura de governo e asseguram direitos fundamentais por simples emulação de outras constituições adotadas mundo afora.³⁵³ São também não apenas uma manifestação tangível do contrato social que cria as instituições do Estado, fornece um quadro legal para o exercício do poder, mas também um documento que estabelece a relação entre o povo e o seu governo.³⁵⁴ Uma constituição, pode mediar concepções conflitantes na sociedade, criando uma ampla base de consenso que a maioria das pessoas em uma comunidade política pode aceitar pacificamente, gerando, assim, uma paz mais duradoura. Nesse sentido, elas são especialmente importantes em sociedades profundamente divididas, conflituosas ou suscetíveis de conflitos. As constituições, como os acordos de paz celebrados, capturam o pacto de elite do momento. Mas a resistência desse pacto dependerá de sua capacidade de desincentivar renegociações. Uma saída é a transformação do pacto de elite do momento em um conjunto mais duradouro de entendimentos sociais. Portanto, as resoluções de conflitos devem se dar não apenas por meio de pactos ou acordos entre elites,³⁵⁵ mas também por meio de um documento que expresse valores³⁵⁶ e funcione como mecanismo de coordenação social.³⁵⁷

Mas constituições por si sós não podem ser vistas como o “santo graal” dos povos. Na verdade, na “era da desilusão” cresce a ideia de que o sucesso de uma a constituição

³⁵² Embora essa fé tenha tido seu início na metade da década de 1990, com alguns trabalhos seminiais de Jon Elster, ela vem ganhado inúmeros fieis ao longo dos últimos anos. Cf., entre outros, ELSTER, Jon. *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, p. 364-396; LANDAU, David. *The Importance of Constitution-Making*, p. 611-633; CHOUDHRY, Sujit. *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* Oxford: Oxford University Press, 2008; WALLIS, Joanne *Constitution Making during State Building*, passim; GINSBURG, Tom; ELKINS, Zachary; BLOUNT, Justin. *Does the Process of Constitution-Making Matter?*, p. 201-223.

³⁵³ GODERIS, Benedikt; VERSTEEG, Mila. *Transnational Constitutionalism: A Conceptual Framework*, p. 103-133.

³⁵⁴ WALLIS, Joanne. *Constitution Making during State Building*, p. 2.

³⁵⁵ GINSBURG, Tom. *Constitutions as Contract, Constitutions as Charters*. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 182-204.

³⁵⁶ KING, Jeff. *Constitutions as Mission Statements*. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 73-102.

³⁵⁷ HARDIN, Russel. *Why a Constitution?* In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 51-72.

dependerá muito daquilo que tem sido chamado de *political settlement*, uma ideia cada vez mais discutida pelas organizações de desenvolvimento, mas curiosamente ausente na literatura acadêmica. O significado de *political settlement*, que aqui traduzo por *acordo político subjacente*, ainda está em disputa.³⁵⁸ Suas raízes remontam à economia política histórica, “onde ‘*acordo político subjacente*’ refere-se ao equilíbrio ou distribuição de poder entre grupos e classes sociais em conflito, sobre as quais se baseia qualquer Estado”³⁵⁹. Mas, atualmente, essa ideia tem gerado certa confusão. Isto porque o termo *settlement*, que equivale a acordo ou solução, conota um evento específico e datado, tal qual a assinatura de um acordo de paz ou similar. Por essa razão, alguns consideram tais acordos subjacentes como resultado de uma negociação política ocorrida em um dado momento entre as principais forças envolvidas. Essa compreensão não está errada, já que um acordo político realmente pode ser o resultado de um determinado acontecimento histórico. Mas ela não captura completamente o que se compreende por *political settlement*.

Segundo a OCDE, um acordo político subjacente também “é uma característica ou propriedade particular de uma sociedade, refletida na conduta dos atores políticos”³⁶⁰. Com isso se quer dizer que esse tipo de acordo político não é um acontecimento datado. Por isso, se diz que tais acordos são “invisíveis”³⁶¹. De fato, a “associação com eventos históricos não reflete as condições na maioria dos contextos dos países em desenvolvimento, especialmente em ambientes frágeis e afetados por conflitos, onde as relações de poder são frequentemente fluidas e dinâmicas”³⁶². Assim compreendidos, correspondem a negociações contínuas através das quais a alocação de poder é discutida ao longo do tempo. Em um sentido amplo, poderíamos dizer que *political settlements* referem-se à “formação de uma compreensão comum, geralmente entre as elites políticas, de que seus melhores interesses ou crenças são servidos através da concordância com um quadro para administrar o poder político”³⁶³. Em

³⁵⁸ Cf., especialmente, BELL, Christine. *What We Talk about When We Talk about Political Settlements*. Edinburgh: Political Settlements Research Programme, 2015, p. 5.

³⁵⁹ DI JOHN, Jonathan; PUTZEL, James. *Political Settlements*. Birmingham: Governance and Social Development Resource Centre, 2009, p. 2.

³⁶⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *From Power Struggles to Sustainable Peace: Understanding Political Settlements*. Paris: OECD, 2011, p. 9.

³⁶¹ FÜLSCHER-ZULUETA, Kimana; BELL, Christine Bell. *Sequencing Peace Agreements and Constitutions in the Political Settlement Process*. Estocolmo: IDEA, 2016, p. 18.

³⁶² COLE, William. *Political Settlements: Implications for International Development Policy and Practice*. San Francisco, CA: Asian Foundation, 2010, p. 5.

³⁶³ Aqui, adoto a definição proposta por Jonathan Di John e James Putzel e adotada pela *Conciliation Resources*, uma organização internacional independente que trabalha com povos em conflito para prevenir a violência, resolver conflitos e promover sociedades pacíficas. Essa definição pressupõe seu caráter dinâmico. Cf., dos

resumo, são entendimentos políticos, geralmente entre elites, formalizados ou não, que sustentam a paz e a estabilidade política.

A exteriorização da fé nas constituições relatada anteriormente tem levado estudiosos e especialistas a crerem que a melhor forma de gerar uma paz duradoura ou construir ou reconstruir um Estado é traduzindo esses acordos subjacentes em instituições e garantias constitucionais. Em outros termos, entende-se que, em situações de conflito, a melhor solução política se desenvolve num processo que inclua a elaboração de uma constituição.³⁶⁴ Ou seja, está em plena formação um consenso internacional de que os acordos de paz e os acordos políticos em geral alcançados por meio de intervenções não são suficientes para manter o consentimento da elite e para evitar a captura posterior da ordem política por líderes poderosos. A ideia é a de que as constituições podem ao mesmo tempo representar e sedimentar o acordo político alcançado pelas principais forças envolvidas, ao entrincheirar seus termos.³⁶⁵

Mas se o cumprimento de tais acordos depende da constituição, o contrário também é verdadeiro. Isso é evidenciado pelas intervenções constituintes mal sucedidas praticadas em vários lugares na era das transições e mesmo recentemente.³⁶⁶ Como afirma importante estudiosa, “o conceito de *political settlements* se desenvolveu em resposta a uma sensação de desilusão em toda a academia e, na prática, com o estudo das transições do governo em conflito e autoritário para a paz e a democracia” .³⁶⁷ Ora, muitas dessas transições mal sucedidas foram tentadas por meio de processos constituintes revolucionários ou não. Portanto, penso que a relação de necessidade recíproca entre *political settlements* e constituições nacionais decorre de duas conclusões aparentemente óbvias. Primeiro, uma constituição dificilmente é capaz de exercer suas principais funções se as forças políticas locais não estiverem de acordo com seus termos. Segundo, o acordo político precisa ser

autores, *Political Settlements*. Cf, também, INGRAM, Sue. *Political Settlements: The History of an Idea in Policy and Theory*. Canberra: State Society and Governance in Melanesia Discussion Paper, 2014, p. 1.

³⁶⁴ FÜLSCHER-ZULUETA, Kimana; BELL, Christine Bell. *Sequencing Peace Agreements and Constitutions in the Political Settlement Process*, p. 9.

³⁶⁵ SAPIANO, Jenna. *Constitution-Building in Political Settlement Process: The Quest for Inclusion*. Estocolmo: IDEA, 2015, p. 9.

³⁶⁶ A adoção ou imposição de constituições em países sob conflito não é verdadeiramente uma novidade. De 1990 a 2016, um total de 23 processos de solução política em ambientes frágeis e conflituosos foram concluídos com constituições “finais”, algumas vezes resultantes de acordos impostos. FÜLSCHER-ZULUETA, Kimana; BELL, Christine Bell. *Sequencing Peace Agreements and Constitutions in the Political Settlement Process*, p. 9. Penso, no entanto, que as constituições não resolvem o conflito se não traduzirem um genuíno *political settlement* entre as elites, o que é evidenciado pelos cenários atuais no Afeganistão, Iraque e Kosovo, para dar apenas alguns exemplos de países que adotaram constituições recentemente, mas que seguem em conflitos e em crescente instabilidade.

³⁶⁷ SAPIANO, Jenna. *Constitution-Building in Political Settlement Process: The Quest for Inclusion*, p. 9.

traduzido em instituições e garantias entrincheiradas em um documento supremo cujo cumprimento pode ser imposto por instituições nacionais que gozem de reconhecimento e legitimidade. Do contrário, a constituição será apenas uma folha de papel e os acordos serão apenas conversas.

A literatura especializada geralmente aceita a ideia de que “tais acordos são geralmente forjados entre elites”.³⁶⁸ Embora esteja ganhando espaço a compreensão de que uma solução política participativa e inclusiva seria o melhor caminho para construir ou reconstruir um Estado ou promover uma paz duradoura e democracias bem-sucedidas,³⁶⁹ tais processos continuam a ser vistos como dirigidos por elites políticas. Mas penso que, se a fé atual é a de que tais acordos devem ser traduzidos em instituições e garantias constitucionais, então um processo constituinte inclusivo pode fazer com que tais acordos também reflitam os desejos e expectativas do povo.

É bem verdade que o constitucionalismo de transição atual é uma verdadeira tentativa de navegar de um pacto de elite fundacional, para uma ordem mais normativa emoldurada em uma constituição. Mas isso não significa que inexistem meios de participação ou influência popular nos passos anteriores ao processo constituinte propriamente dito, como acordos de paz e outros tipos arranjos provisórios. É bem verdade que nem sempre isso será possível, pelas razões exposta a seguir. Mas é preciso refletir sobre a inclusão interna ou externa nessas etapas antecedentes já que elas muitas vezes são determinantes para o processo constituinte e para o próprio conteúdo da constituição final ou de reserva de decisão para o povo. Do contrário, o povo, titular do poder constituinte, poderá se ver impedido de discutir temas e questões sob o argumento de que elas já foram decididas anteriormente por aqueles que não raras vezes não o representam.

Tendo em vista que tanto a prática constituinte como o pensamento constitucional atual devem entender melhor a relação entre os acordos políticos subjacentes, o processo constituinte, a constituição e a dinâmica de negociação que os antecede, os molda e os restringe, serão abordados, a seguir, os possíveis arranjos provisórios anteriores ao processo de elaboração da constituição final, por isso aqui também chamados de arranjos pré-constituintes. O propósito é não apenas expositivo, mas crítico e prescritivo no que tange à possibilidade de inclusão popular gradual no processo de formação dos acordos políticos

³⁶⁸ Idem, p. 9.

³⁶⁹ BELL, Christine. Introduction: Bargaining on Constitutions - Political Settlements and Constitutional State-Building, p. 13-32.

subjacentes à constituição final. Em contextos conflituosos ou pós-conflito, tais acordos, como se verá a seguir, se formam gradualmente por meio de arranjos políticos provisórios.

3.4 Arranjos Políticos Provisórios

A literatura e a experiência têm recomendado que, na ausência de uma constituição anterior ou mesmo quando a constituição existente já não é mais aceita, deve ser adotado um quadro mínimo para um governo de transição, seja esse quadro legal ou meramente político. Nos contextos pós-conflito, esses quadros são frequente e primeiramente estabelecidos em arranjos políticos provisórios, que variam de um acordo de paz conciso à um arranjo de transição minucioso. Tais arranjos políticos provisórios geralmente são construídos por meio de acordos entre elites políticas, militares ou tribais, através de compromissos firmados em uma mesa redonda formada por atores-chave ou estabelecidos ou mediados por atores externos, como líderes políticos ou organizações internacionais de paz ou desenvolvimento.

A adoção anterior de arranjos políticos provisórios não é nada incomum em processos constituintes ao redor do mundo. Entre os 194 exercícios constituintes ocorridos entre 1975 e 2003 considerados no importante estudo de Jennifer Widner, mais de um terço envolveu a preparação de um documento provisório tratando de questões preliminares à própria elaboração de uma constituição definitiva.³⁷⁰ Esses arranjos tornaram-se ainda mais comuns após a Guerra Fria, funcionando como mecanismos facilitadores da transição da guerra para a paz ou de autoritarismo para a democracia.³⁷¹ Na literatura, os casos geralmente mencionados são os do Afeganistão, África do Sul, Albânia, Bósnia e Herzegovina, Camboja, Egito, Eritreia, Hungria, Kosovo, Líbia, Quênia, Iraque, Madagascar, Namíbia, Nepal, Nicarágua, Polônia, Somália, Sudão do Sul, Timor Leste e Zimbábue. Em quase todos esses países, pareceu temerário às partes, atores e organizações envolvidas iniciarem o processo constituinte sem antes resolverem uma miríade de questões importantes de forma satisfatória.

³⁷⁰ WIDNER, Jennifer. *Constitution Writing and Conflict Resolution*, p. 503-518.

³⁷¹ Geralmente, há dois tipos de transição: o primeiro, do autoritarismo à democracia; e o segundo, de um conflito violento para uma solução política pacífica. Esses dois tipos podem estar muitas vezes inter-relacionados. Obviamente, percursos contrários também podem ocorrer. É perfeitamente possível um processo constituinte em uma transição da democracia para o autoritarismo. Entretanto, estamos interessados em processos constituintes democráticos, muito embora, mesmo em regimes autoritários, tenham as constituições seu valor, ainda que como “vasos sagrados”. Cf. GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto. *Constitutions in Authoritarian Regimes*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 1-20.

A acomodação de forças antes do início da elaboração de uma constituição definitiva mostra-se muitas vezes extremamente necessária, como no Nepal, em 2006,³⁷² e República Democrática do Congo, que, a partir de 1994, aprovou vários acordos de cessar-fogo, antes de uma constituição interina em 2003 e uma final, em 2006.³⁷³ Sem arranjos desse tipo, talvez esses e outros muitos processos sequer teriam sido iniciados. Ceder a partes e indivíduos poderosos pode ser um preço a pagar em uma transição e uma forma de evitar boicotes ao processo constituinte almejado. É bem verdade que, muitas vezes, os compromissos firmados nesses arranjos entre elites e guerrilheiros são mais negócios sujos do que alianças honestas e bem-intencionadas. De qualquer modo, tais arranjos pré-constituintes podem fornecer um arcabouço de governo, sobretudo quando as instituições básicas de um Estado não existem ou foram completamente degeneradas. Podem igualmente servir como um roteiro ou cronograma, estabelecendo a sequência das diferentes etapas do processo constituinte futuro, os prazos para as atividades e decisões necessárias e até mesmo resolvendo questões relacionadas a participações de órgãos externos, seu financiamento e gestão de recursos.

Eles também podem ser benéficos não por anteciparem resoluções de questões, mas por adiá-las, especialmente as que se mostram intratáveis no rescaldo de conflitos e em transições de diversas ordens. É que, em alguns casos, pode ser mais interessante - senão necessário - que questões desse tipo sejam resolvidas no futuro, quando então o esfriamento das tensões pode dar espaço a alianças menos auto-interessadas e à boa vontade das partes envolvidas, possibilitando, assim, um acordo racional e duradouro, além de um envolvimento público mais amplo. Na verdade, tais acordos devem envolver o mínimo possível de questões

³⁷² O Nepal enfrentou uma década de protestos em massa contra o autoritário rei Gyanendra, que culminou na abolição da monarquia em 2008. O conflito teve início em 1996 e, em dez anos, matou quase 13.000 pessoas. Em 2006, um Acordo de Paz Abrangente foi feito entre o Partido Comunista do Nepal e as forças reacionárias do rei Gyanendra. No acordo, as partes assumiram o compromisso de aprovarem uma constituição interina, que foi promulgada em 2007, e a eleição de uma Assembleia Constituinte, sob os auspícios das Nações Unidas, foi prevista para o final do ano de 2007. A Constituição definitiva foi promulgada em 2015.

³⁷³ A atual República Democrática do Congo, antes Zaire, viveu, a partir do final da década de 1990, conflitos envolvendo forças de outros países. Após apenas um ano da Primeira Guerra do Congo, motivada pela ocupação de forças ruandesas e ugandesas no leste do Zaire, teve a chamada Segunda Guerra do Congo, na qual estiveram envolvidos nove países africanos e pelo menos vinte grupos armados. Em 1999, alguns países (a própria RDC, Angola, Namíbia, Ruanda, Zimbábue e Uganda) assinaram um acordo de cessar-fogo que, infelizmente, não foi capaz de paralisar os combates. Com o assassinato do presidente da RDC, um acordo de paz foi assinado em Pretória envolvendo todos os países, em 2002. Foi, então, estabelecido um governo transitório de unidade nacional, com uma constituição interina aprovada em julho de 2003, seguida de eleições nacionais e de uma constituição definitiva, em 2006. Conflitos e tentativas de golpes, infelizmente, continuaram a surgir e vários acordos de paz - muitos deficientes - foram assinados, após o surgimento de várias milícias, como o M23, que continuaram aterrorizando a população. Apesar do empenho das forças de manutenção da paz da ONU, há receios de que a RDC venha a ser considerada, muito em breve, um típico “Estado fracassado” .

que ordinariamente são decididas em processos constituintes, sob pena de retirar do povo a chance de escolher seu próprio futuro, exceto se o povo for consultado antes de sua formulação.

Alguns desses arranjos são construídos para valerem até que a nova constituição entre em vigor ou até que uma constituição interina seja aprovada. Entretanto, desses arranjos provisórios nem sempre surgem novas constituições. Em alguns casos, o resultado do acordo pode ser o restabelecimento de uma constituição anterior ou a modificação - profunda ou não - da última constituição. Ou seja, pode apenas envolver uma reforma incremental ou dar origem a um processo constituinte do tipo restaurativo. É que nem sempre o problema está na constituição existente, e, indubitavelmente, um problema no governo não exige necessariamente uma constituinte revolucionária ou mesmo incremental. Às vezes pode ser um erro se apressar em um compromisso com uma nova constituição e uma nova estrutura de governo. Em outros casos, impasses irresolúveis aconselham o adiamento da elaboração de uma primeira constituição ou de uma nova constituição, como ocorreu, respectivamente, em Israel, quando o Estado foi estabelecido, e na Hungria, na transição para sua liberação econômica.³⁷⁴ Em situações como essas, o processo constituinte será fragmentado e nem sempre sairá como planejado. Portanto, uma questão-chave nesse momento envolve o âmbito da reforma, ou seja, se se deseja (ou se é possível) adotar uma constituição completamente nova e de forma revolucionária, restaurar uma anterior ou se é melhor (ou apenas possível) realizar mudanças incrementais.

O grau de detalhes em arranjos políticos provisórios ou de transição varia significativamente. Alguns estabelecem requisitos detalhados para o curso de um processo constituinte, como na Eritreia.³⁷⁵ Outros, porém, fixam princípios substantivos a serem observados. Mas há também aqueles que se mostram uma combinação de normas procedimentais e substantivas, como na África do Sul, cuja Constituição Interina de 1993, como se verá à frente, representou o próprio acordo de paz realizado na transição.³⁷⁶ Há, inclusive, exemplos em que acordos não estabelecem princípio algum, como ocorreu na

³⁷⁴ Sobre a Hungria, cf. ARATO, Andrew. Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What? *South African Journal on Human Rights*, v. 26, n. 1, p. 19-44, 2010. Sobre Israel, cf. SHINAR, Adam. Accidental Constitutionalism: The Political Foundations and Implications of Constitution-Making in Israel. In: GALLIGAN, Dennis J.; VERSTEEG, Mila. *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 207-238.

³⁷⁵ SELASSIE, Bereket Habte. Constitution Making in Eritrea: A Process-Driven Approach, p. 57-80.

³⁷⁶ KLUG, Heinz. *The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis*, p. 23 e ss. Além de estabelecer 34 princípios que a Assembleia Constituinte deveria respeitar, a constituição interina estabeleceu a base para as primeiras eleições democráticas, realizadas em 27 de abril de 1994, bem como para o novo governo democrático.

Namíbia, onde a resolução da ONU não estabelecia o conteúdo da constituição a ser elaborada. Lá, foi apenas através de uma vigorosa iniciativa dos Estados Unidos que os principais partidos políticos locais chegaram, em 1982, a um acordo - intermediado por organizações internacionais - sobre os chamados Princípios Constitucionais a serem seguidos pela assembleia constituinte.³⁷⁷ Também é possível que os constituintes não tomem por base - pelo menos não totalmente - princípios fixados em um acordo político, mas, sim, o conteúdo de alguma ou algumas constituições anteriores, como ocorreu no Camboja, onde a assembleia constituinte, na transição iniciada em 1992, recorreu secretamente a duas Constituições nacionais anteriores - de 1947 e 1989 - como fontes substantivas para a nova constituição, ao invés de seguir princípios estabelecidos no Anexo 5 do Acordo de Paris.³⁷⁸ Novamente, tais acordos devem envolver o mínimo possível de questões que ordinariamente são decididas em processos constituintes, sob pena de retirar do povo a chance de escolher seu próprio futuro, exceto se o povo for consultado antes de sua formulação.

A seguir, são tratados os acordos de paz relacionados a processos constituintes e os chamados acordos políticos provisórios ou de transição. Ambos são fundamentais em muitos contextos para a construção de um acordo político subjacente ao processo constituinte e à constituição a ser produzida, daí sua importância.

3.4.1 Acordos de Paz Relacionados a Processos Constituintes

Nos últimos vinte e cinco anos, um crescente número de conflitos surgiu nos cantos mais remotos do planeta.³⁷⁹ Felizmente, muitos deles terminaram por meio de acordos de paz,³⁸⁰ que são comumente compreendidos como contratos entre partes contendoras dispostas a pôr fim a conflitos violentos. Embora essa espécie de acordo tenha como objetivos principais pôr termo a um conflito e promover a reconciliação nacional,³⁸¹ eles também possibilitam vislumbrar uma nova ordem política quando a existente se mostrar insustentável.

³⁷⁷ WIECHERS, Marinus. *Namibia's Long Walk to Freedom: The Role of Constitution Making in the Creation of an Independent Namibia*, p. 85.

³⁷⁸ MARKS, Stephen P. *The Process of Creating a New Constitution in Cambodia*. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 215-216.

³⁷⁹ Cf., entre outros, ANDREWS, John. *Os Grandes Conflitos Mundiais*. Lisboa: Clube do Autor, 2016.

³⁸⁰ Há, obviamente, acordos de paz não relacionados a processos constituintes. Aqui, nos interessam aqueles considerados necessários para pavimentar o caminho para um processo de elaboração de uma nova constituição, para a restauração de uma não mais em vigor ou reforma de uma constituição existente.

³⁸¹ Algumas tentativas de negociações de paz podem até não parar o conflito ou levar a uma Constituinte, mas salvam muitas vidas pelo caminho.

Portanto, em muitos casos, esses acordos dão início a um processo de transformação do país por meio do desenho de novas estruturas políticas e legais, o que pode exigir um processo constituinte. Novas ordens constitucionais tornaram-se especialmente importantes para as tentativas de reconstrução de muitas sociedades na sequência dos conflitos interestatais, como evidenciado mais recentemente pelas situações no Kosovo, Afeganistão, Iraque, Nepal, República Democrática do Congo e Timor Leste, dentre outros.

O uso acentuado de acordos de paz com propósitos constituintes nas últimas décadas deve-se muito a três razões. Em primeiro lugar, após a Guerra Fria, embora algumas vezes com dimensões transnacionais, a maioria dos conflitos violentos deram-se dentro das fronteiras dos Estados nacionais, e não, como geralmente ocorria tempos atrás, entre Estados-nação. Muitos desses conflitos estão relacionados a questões de identidade, religião e nacionalismo, e outros tantos à luta por recursos, reconhecimento e poder. Portanto, como temos dito, a violência armada organizada entre duas ou mais partes dentro de um estado tem sido o pano de fundo imediato para muitos dos exemplos contemporâneos mais marcantes de processos constituintes com ou sem a construção de novos Estados.

Em segundo lugar, uma nova abordagem passou a ser adotada para o enfrentamento de conflitos internos. No passado, havia certa política de não interferência e, quando esta ocorria, as negociações envolviam unicamente as autoridades estatais, deixando de fora aqueles que se opunham à ordem atual, entre eles partidos de oposição, líderes comunitários e organizações representativas da sociedade civil. Então, quando resolvida a questão, aos olhos de atores externos não havia necessidade de uma nova ordem constitucional. Mais recentemente, entretanto, os oponentes do Estado passaram a ser incluídos e considerados como iguais na negociação de paz, o que tem incentivado e facilitado a renegociação constitucional por meio de um processo constituinte com vistas a sanar os problemas que deram origem aos conflitos e impasses, como a concentração de poder, a ausência de limites a ele e a negação de direitos essenciais aos cidadãos.

A terceira razão decorre desta última. É que o sucesso de alguns desses processos tem representado um forte incentivo à realização de acordos de paz em outros lugares, pois as partes beligerantes passaram a considerar que suas posições podem ser negociadas em um documento legal, judicialmente exigível e, em tese, duradouro. Ou seja, a disseminação de novas constituições estabelecendo o governo por consentimento, após a adoção de acordos de paz, têm aumentado o interesse por novas constituições.³⁸² Por fim, uma vez que os termos

³⁸² INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. *Constitution Building After Conflict: External Support to a Sovereign Process*. Estocolmo: IDEA, 2011, p. 10.

desses acordos passaram a ser documentados pelas partes, publicados e disponibilizados à comunidade internacional por diversos meios, os Estados que posteriormente sofreram conflitos internos tiveram mais facilidade em realizar acordos de paz visando ou não ao estabelecimento de uma nova ordem constitucional. É que, tendo acesso aos acordos já realizados em outros lugares, os Estados em conflitos podem aprender com a experiência estrangeira, consultar e usar como modelos os acordos já realizados. Isso, naturalmente, facilita a negociação e gera incentivos, especialmente quando acordos apontados como exemplares tenham sido bem-sucedidos na origem.

Os acordos de paz, por sua própria natureza, requerem muitas vezes soluções pragmáticas e emergenciais, como um cessar-fogo³⁸³ ou o fim da violência perpetrada. Dado que nesses momentos é necessário ceder às forças combatentes, não raras vezes tais acordos tornam-se instrumentos de barganha política, restringindo ou determinando as opções para o processo constituinte. É que, dada a natureza emergencial de acordos de paz, pode ser que os negociadores se vejam obrigados a aceitar termos que não aceitariam caso já estivessem em uma situação de normalidade. Isso, obviamente, pode repercutir negativamente no processo constituinte e em seu produto. Em outras palavras, a não separação desses processos pode facilitar as chances de acordos oportunistas, dando espaço ao entrancheamento de interesses de curto prazo.³⁸⁴ Com isso, embora no futuro se busque a inclusão no processo constituinte que dele possa decorrer, poderá ser tarde demais. Afinal, submeter à vontade popular questões decisivas e já decididas pelas partes em conflito pode fazer com que o processo de paz retroceda.

Veja a Somália. Lá, o processo constituinte teve início paralelamente a um conflito verdadeiramente ainda em curso,³⁸⁵ apesar de várias medidas visando a construção da paz, como a assinatura pelas partes envolvidas de uma “Declaração sobre a Cessação de Hostilidades”. Em 2012, uma constituição interina foi aprovada contendo inúmeras contradições entre princípios liberais e islâmicos. Além disso, como era de se esperar, a não

³⁸³ Não há uma definição precisa para “cessar-fogo”. Em alguns contextos, os acordos de paz serão antecedidos por um “cessar-fogo”. Em outros, ambos os atos se confundirão. Sujit Choudhry, por exemplo, usa o termo “cessar-fogo” no sentido mais amplo, pois atribui a este ato funções que geralmente são reconhecidas ao acordo de paz. Cf., do autor, *Civil War, Ceasefire, Constitution: Some Preliminary Notes*, p. 1915 e ss.

³⁸⁴ LUDSIN, Hallie. *Peacemaking and Constitution-Drafting: A Dysfunctional Marriage*. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 33, n. 1, p. 310, 2011.

³⁸⁵ A Somália, país de maioria islâmica, tem sido atormentada por uma guerra civil caótica iniciada em 1991 liderada por clãs rivais internos e por conflitos com alguns de seus vizinhos, como Etiópia, Quênia e Djibuti, apesar dos esforços internacionais para pôr fim às atrocidades e mortes já estimadas entre 350 a 500 mil pessoas, além de mais de um milhão de refugiados. Atualmente, há grande incerteza e descrença quanto ao fim dos conflitos no país. Cf. ANDREWS, John. *Os Grandes Conflitos Mundiais*, p. 145 e ss.

cessação do conflito afetou a participação pública e, com isso, a legitimidade do processo constituinte. Como se não bastasse, a divulgação pública do processo não foi organizada devido à debilitada situação de insegurança no país e em razão de problemas logísticos e técnicos relacionados, gerando a percepção negativa de que a constituição estava sendo produzida fora do país. Momentos antes da votação da constituição interina, dois terroristas suicidas detonaram os explosivos que levaram presos aos próprios corpos nos portões do local onde os membros da assembleia estavam reunidos. A mesma situação de insegurança tornou praticamente impossível a realização de um referendo.³⁸⁶ Se o conflito tivesse sido resolvido antes do processo constituinte, certamente, a constituição interina teria sido bem diferente.³⁸⁷ Embora a aprovação da constituição interina tenha sido um passo decisivo e importante, o país ainda se encontra refém de uma terrível guerra civil.³⁸⁸ A Colômbia também correu esse risco em seu último processo constituinte.

Isso nos ensina que um processo constituinte depende muito da paz, pois sem ela, pode até surgir uma constituição, mas dificilmente será ela resultante de um genuíno acordo político subjacente. Também nos ensina que contradições em arranjos pré-constituintes podem agravar uma crise e desestimular a participação. A condução de um processo constituinte ainda sob a existência de um conflito diminui o nível de confiança e torna difíceis os acordos acerca dos arranjos necessários em direção a uma constituição definitiva.³⁸⁹ Portanto, invariavelmente, a recomendação é de que acordos de paz e processos constituintes sejam produzidos em sequência apartadas por lapsos temporais e que nenhuma decisão importante para a construção ou reconstrução do Estado seja tomada no calor da guerra ou enquanto as tensões estiverem altas. Quando estes dois processos são colapsados em um só, as preocupações de longo prazo podem ser comprometidas.

Os acordos de paz variam em suas formas. Alguns visam apenas um cessar-fogo. Em outros casos, podem ter um conteúdo mais substancial, sendo uma própria constituição interina, como ocorreu na África do Sul.³⁹⁰ Um acordo de paz também pode conter uma

³⁸⁶ SAPIANO, Jenna. *Constitution-Building in Political Settlement Process: The Quest for Inclusion*, p. 18.

³⁸⁷ Uma assembleia especial, escolhida por anciãos tradicionais em um processo apoiado pela ONU, e formada por 645 membros, com 30% de mulheres, levou apenas oito dias para discutir e votar a constituição interina. A aprovação se deu por 96% dos seus membros.

³⁸⁸ Outros países também adotaram constituições interinas com conflitos em curso: Burkina Faso, República Centro-Africana (RCA), Líbia, Sudão do Sul, Sudão e Iêmen. Em cinco países, ou o conflito foi retomado ou sequer cessou: RCA, Líbia, Somália, Sudão do Sul e Iêmen. ZULUETA-FÜLSCHER, Kimana. *Interim Constitutions: Peacekeeping and Democracy-Building Tools*. Stockholm: IDEA, 2015, p. 15.

³⁸⁹ ELSTER, Jon. *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, p. 364-396.

³⁹⁰ A transição constitucional da África do Sul ocorreu no contexto de um conflito violento entre o Congresso Nacional Africano (ANC) e o governo da África do Sul, liderado pelo Partido Nacional (NP). Durante décadas, antes da transição democrática, a ala militar do ANC travou uma guerra contra as Forças de Defesa

Constituição em seu anexo, como ocorreu em Bósnia e Herzegovina. Também já ocorreu de acordos de paz conterem ou se transformarem em constituições interinas, como se sucedeu em Ruanda (1993), República Democrática do Congo (2003) e Sudão (2005). Há igualmente acordos de paz que incluem ou representam arranjos políticos de transição, tal como os aprovados no Camboja (1991), Afeganistão (1993) e Libéria (2003). Novamente, o ideal é que questões substanciais sobre a nação sejam deixadas para serem decididas mais tarde, quando for possível, ainda que minimamente, alguma inclusão pública no processo.

É comum que esses acordos de paz sejam construídos gradualmente. Por isso, autores têm identificado pelos menos três fases possíveis e distintas de um acordo de paz.³⁹¹ A primeira delas é a pré-negociação. Também denominada de “conversas sobre conversas”, tem como finalidade levar as partes envolvidas ou seus líderes à mesa de negociações. A preocupação fundamental aqui é com a criação de condições para que questões possam ser posteriormente discutidas, e não com as próprias questões. Seu foco, portanto, estará nos procedimentos, local, estruturas, papéis a serem assumidos, representação, agendas e participação no processo. Essas questões precisam ser bem definidas, de modo a facilitar o início de um processo de negociação. Outro principal objetivo da pré-negociação é chegar a uma definição conjunta dos problemas e dos assuntos que terão de ser abordados em uma conversa futura. Ou seja: é preciso que as partes não apenas saibam como será a conversa, mas sobre o que conversarão. Para que as partes possam aceitar iniciar uma conversa, também é necessário dar a elas algumas garantias sobre o acesso ao poder antes de estarem preparados para deixar as trincheiras ou suspender suas ameaças. Essas garantias podem ser a liberdade, o sigilo e provas de confiança de que não se trata de uma cilada. Também é preciso que as partes considerem a possibilidade de ter mais vantagens na mesa de negociação do que no campo de batalha. Naturalmente, como todo o processo de diálogo, ele pode surgir por meio de um desejo voluntário entre as partes em conflito. É possível também que a iniciativa parta não dos envolvidos, mas de organizações regionais ou internacionais, ou mesmo de um líder político com reputação reconhecida pelas partes.³⁹² Essa fase, obviamente, não precisa, em regra, de qualquer inclusão pública.

da África do Sul (FDAS) ao longo das fronteiras do país. O acordo constitucional alcançado em 1993 e emoldurado em uma Constituição Interina dever ser interpretado neste contexto.

³⁹¹ Cf. BELL, Christine. *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria*. Oxford. Oxford University Press, 2008. Para um resumo das ideias, cf., da mesma autora: *Peace Agreements: Their Nature and Legal Status. The American Journal of International Law*, v. 100, n. 2, p. 375 e ss., 2006.

³⁹² A Declaração de Harare 22, promulgada pela Organização da Unidade Africana em 1989 é um exemplo. Ela estabelecia as condições para as negociações multipartidárias na África do Sul, que começaram a influenciar as negociações e formaram a base das conversações secretas de Nelson Mandela com o Presidente F. De Klerk. Seja como for, as partes podem assinar documentos de pré-negociação, frequentemente apresentados

A segunda fase é quando ocorrem os chamados acordos substantivos ou estruturais. Esses acordos geralmente são voltados a um cessar-fogo ou fim de hostilidades, mas também podem fornecer um quadro para o governo concebido para resolver as causas profundas do conflito e, assim, parar a violência de forma mais permanente. Portanto, os acordos substantivos ou estruturais são assim chamados pois “estabelecem ou confirmam mecanismos de desmilitarização e desmobilização destinados a pôr fim à violência militar, ligando-os a novas estruturas constitucionais de governo, às eleições e às instituições jurídicas e de direitos humanos”³⁹³. Com efeito, as negociações nesta fase já não são mais meros entendimentos. Elas assumem a forma de compromissos e tendem a ser mais inclusivos e públicos. Também costumam ser reduzidos à forma escrita. O Acordo de Paz do Burundi, o Acordo de Belfast, o Acordo de Lomé de Serra Leoa e a Constituição Provisória da África do Sul são todos exemplos desse tipo de acordo. Aqui, há se pensar em algum tipo de inclusão, ainda que não revelada. Assim, deve-se considerar a realização de consultas e pesquisas que forneçam dados sobre quais seriam as opções mais aceitas pelos locais. Isso pode ser feito pelas partes em conflito, pelo governo ou mesmo pelas organizações de assistências envolvidas. Também, para o sucesso e correspondência pública desses acordos, uma saída é seguir o que deu certo no passado. Mas o ideal que se tome poucas decisões importantes ou que, uma vez tomadas, possam elas ser rediscutidas em um processo mais inclusivo no futuro.

A última fase diz respeito aos chamados acordos de implementação, nos quais são detalhados os conteúdos dos acordos substantivos. Nessa fase, quase sempre há renegociações, já que ela representa a última oportunidade para que as partes recuperem concessões feitas na fase anterior. O objetivo dos acordos de implementação é elaborar os detalhes e operacionalizar o acordo substantivo ou estrutural. Esses acordos de implementação nem sempre são documentos formalmente escritos. Muitas vezes, constituem compromissos meramente verbais, trocas de cartas e declarações públicas conjuntas feitas por meio da imprensa e divulgadas por ela. Esse caráter por vezes informal gera desconfiança sobre o que será feito em seguida. Embora os acordos de implementação formalmente escritos geralmente demorem mais tempo, seus efeitos são muito mais concretos e geram uma percepção de que as partes estão realmente comprometidas com a implementação de um projeto cujo objetivo imediato é o estabelecimento de uma paz duradoura.

como se cada parte estivesse assinando unilateralmente seus próprios entendimentos, sem referência aos entendimentos e ações da outra parte.

³⁹³ BELL, Christine. *Peace Agreements: Their Nature and Legal Status*, p. 377.

O problema dos acordos de paz é que eles não têm um caráter legal e isso acaba comprometendo sua obediência, mesmo quando eles são escritos. De fato, a implementação bem-sucedida de um acordo de paz depende primariamente de consenso permanente e voluntário entre as partes, ainda que haja forte incentivo popular ou de organizações e atores externos. Ademais, se o conflito é apenas interno, o acordo de paz apenas poderá ser legalmente imposto se: (i) todas as partes aceitarem a legitimidade dos tribunais locais; (ii) as forças armadas forem capazes de impor o acordo, uma premissa muito improvável em cenários marcados por conflitos; (iii) ao acordo de paz for dada supremacia legal, tornando-se, portanto, um arranjo legal.³⁹⁴ Por fim, resta dizer que a implementação desses acordos se dá em variados graus.³⁹⁵ De fato, os “acordos de paz são limitados por quem se senta à mesa e pode resultar em arranjos políticos contraproducentes. Eles podem ser difíceis de implementar e correm o risco de serem prejudicados por sabotadores” .³⁹⁶ Daí a necessidade de envolver a população de algum modo, seja informando-a, seja dando a ela alguma chance de participação no que está sendo decidido.

Há casos em que, após um acordo de paz, os países adotaram logo em seguida uma constituição interina. Isso ocorreu, por exemplo, em Chade (1991), Togo (1992) e República Democrática do Congo (1997). Mas, dada a natureza muitas vezes efêmera dos acordos de paz, alguns Estados evitam completamente acordos de paz passando diretamente para o processo constituinte de constituições interinas ou mesmo de constituições definitivas, o que, naturalmente, encerra um elevado risco de captura. O Nepal, no entanto, adotou solução intermediária: incluiu partes de seu Acordo de Paz Abrangente de 2006 como um anexo de sua Constituição Interina,³⁹⁷ aprovada em 2007, de modo a fazer com que ele continuasse a ser respeitado durante a transição para a constituição definitiva. Há casos em que a realização

³⁹⁴ ZULUETA-FÜLSCHER, Kimana. *Interim Constitutions: Peacekeeping and Democracy-Building Tools*, p. 11.

³⁹⁵ O projeto Peace Accords Matrix, mantido pela Universidade Notre Dame, é uma rica fonte de dados qualitativos e quantitativos sobre a implementação de 34 Acordos Globais de Paz negociados entre 1989 e 2012.

³⁹⁶ EASTERDAY, Jennifer S. Peace Agreements as a Framework for *Jus Post Bellum*. In: STAHN, Carsten; EASTERDAY, Jennifer S.; IVERSON, Jens. *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 380.

³⁹⁷ No Nepal, os sete partidos que tinham negociado uma aliança política com os maoístas em 2005 eram a favor da utilização da Constituição de 1990 como uma constituição interina, desde que suas disposições inadequadas fossem modificadas ou suprimidas. Em maio de 2006, com algumas modificações substantivas e acréscimos importantes, a constituição de 1990 foi aprovada como constituição interina. Cf. COTTRELL, Jill; GHAI, Yash (Eds.). *Creating a New Constitution: A Guide for Nepali Citizens*. Estocolmo: IDEA, 2008, p. 49.

de acordos de paz se mostrou necessária após a adoção de constituições interinas como forma de manter o curso do projeto de reconstrução do Estado.³⁹⁸

Tradicionalmente, as negociações de paz ocorrem entre os indivíduos e as entidades que possuem o poder de efetuar a cessação das hostilidades. Em contextos conflituosos, além firmarem um cessar-fogo, elas geralmente conduzem a um compartilhamento de poder entre as partes negociadoras. Nesse momento, geralmente já ocorre a repartição de cotas de poder, com a distribuição de cargos-chefe a serem ocupados na transição ou durante um período após a promulgação da constituição. Como afirma Angela M. Banks, “isso permite que as partes garantam posições de liderança-chave, se isolem de danos futuros e evitem que os rivais consolidem o poder” .³⁹⁹ Mas o ideal é que se permita alguma discussão a respeito no futuro, seja no processo constituinte, seja por meio de referendos populares a ocorrerem após a constituição entrar em vigor.

Embora possamos considerar que acordos de paz sejam processos constituintes embrionários, em contextos conflituosos não é viável ou é muito difícil elaborar compromissos iniciais entre partes beligerantes de forma democrática e transparente. No entanto, é possível que, após a formalização de um acordo de paz e antes de uma constituição interina ou mesmo de uma definitiva, sejam formalizados separadamente acordos políticos provisórios ou de transição.

3.4.2 Acordos Políticos Provisórios ou de Transição

Os acordos políticos provisórios ou de transição são compromissos formais ou informais usados para, pelo menos, quatro finalidades distintas. Em primeiro lugar, eles podem servir para delinear as etapas do processo constituinte, seja para uma constituição interina seja para uma definitiva. Definem, por exemplo, se devem ser feitas eleições para uma assembleia constituinte ou se os legisladores atuais devem funcionar como constituintes, qual deve ser a estrutura da assembleia, como as constituições devem ser aprovadas, se por maioria simples ou absoluta, como se dará a participação popular, se direta ou indireta, se deve haver plebiscitos e referendos, a estrutura eleitoral, se o processo contará com

³⁹⁸ ZULUETA-FÜLSCHER, Kimana. *Interim Constitutions: Peacekeeping and Democracy-Building Tools*, p. 13.

³⁹⁹ BANKS, Angela M. *Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities*, p. 1057.

participações de atores externos, quais princípios devem ser observados pelos constituintes,⁴⁰⁰ qual deve ser o papel da mídia, entre outras tantas questões procedimentais possíveis, inclusive se estas poderão ser rediscutidas após aberta a constituinte. Portanto, uma primeira função é o delineamento do processo constituinte da constituição provisória ou da final, a depender do roteiro constituinte adotado ou possível.

Em segundo lugar, eles podem ser adotados para determinar características essenciais ou elementos necessários de uma constituição a ser aprovada, a partilha de poder político, territorial ou militar e, em muitos casos, anistias e outras questões relacionadas à justiça de transição. Assim, por exemplo, por meio deles é possível determinar antecipadamente o sistema de governo, a forma de Estado e outras questões importantes. Por meio desses acordos firma-se o compromisso de que antigos inimigos irão compartilhar o poder do Estado. Com isso, eles facilitam a conclusão do processo de paz e negociação de uma nova constituição, a reforma da existente ou a restauração de uma anterior, a depender da amplitude constituinte. É uma forma de entrar numa negociação mais ampla já tendo acertado pontos fulcrais, evitando-se assim tensões no processo constituinte ou mesmo a sua reversão.⁴⁰¹ Assim, uma segunda função está relacionada à determinação antecipada da arquitetura do governo e do conteúdo da constituição definitiva ou final.

Mas além dessas duas funções, tais acordos também são usados para o estabelecimento de um governo interino responsável pela ordem durante a transição. Tal governo geralmente é estabelecido para funcionar até uma nova eleição a ser regulada por uma constituição interina ou pela constituição definitiva. Foi o que, de diferentes formas, ocorreu, por exemplo, no Afeganistão, Bósnia e Herzegovina, Camboja, República Democrática do Congo, Timor-Leste, El Salvador, Guatemala, Indonésia, Iraque, Kosovo e Libéria.⁴⁰² Na África do Sul, o famoso Governo de Unidade Nacional, criado para garantir que nenhum grupo dominasse o processo de transição, foi negociado antes da entrada em vigor da Constituição Interina, durante as Convenções para uma África do Sul

⁴⁰⁰ Por exemplo, um anexo do Acordo de Paz de Paris para o Camboja estabeleceu os “Princípios para uma Nova Constituição”, que incluía o compromisso de criar uma democracia liberal pluralista com eleições regulares e uma Declaração de Direitos. O Acordo, entretanto, forneceu poucos detalhes sobre o processo constituinte.

⁴⁰¹ Na África do Sul, a história das negociações revela que mais tempo e energia foram gastos na negociação do processo constituinte do que na discussão sobre a substância das constituições interina e definitiva. Além disso, as mais vigorosas oposições, perturbações e distúrbios ocorreram em apoio às demandas relacionadas ao processo. Cf. EBRAHIM, Hassen; MILLER, Laurel E. Creating the Birth Certificate of a New South Africa: Constitution Making After Apartheid. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 112.

⁴⁰² Escapa a esse trabalho a análise dos governos interinos e de seu estabelecimento. Sobre o assunto, cf, sobretudo, GUTTIERI, Karen; PIOMBO, Jessica. *Interim Governments: Institutional Bridges to Peace and Democracy?* Washington: USIP, 2007.

Democrática.⁴⁰³ A aceitação dessa ideia foi uma condição posta pelo Congresso Nacional Africano, o partido social democrata. Com efeito, uma terceira função desses acordos é estabelecer um governo interino.

Portanto, tais acordos são políticos por serem feitos fora de um quadro legal e são provisórios ou de transição, pois os aspectos e procedimentos a que aludem são posteriormente adotados no processo constituinte e questões neles decididas são inseridas na constituição, seja ela interina ou definitiva. Eles podem tratar de temas mais específicos e variados. Os mais abrangentes, que surgem geralmente em contextos pós-conflito, podem prever questões como a preservação de monumentos e patrimônio material de várias ordens, o retorno de refugiados e exilados, reassentamento de deslocados, assistência para a repatriação, reconhecimento de vínculo de nacionalidade, negociações sobre punições e anistias, continuidade durante a transição das leis já existentes, procedimentos judiciais e administrativos e até mesmo, como ocorreu no Afeganistão, se a Constituição existente será válida até a elaboração de uma constituição interina. Em síntese, tais acordos podem representar um roteiro para a transição política e determinar antecipadamente o conteúdo das constituições a serem adotadas, tratando também de questões contextuais. Por fim, embora sejam poucos, alguns acordos de paz incluem questões tratadas geralmente em acordos políticos provisórios ou de transição.⁴⁰⁴

A recomendação de sua adoção antes de um processo constituinte pós-conflito se dá por várias razões. Primeiro, evita-se erupção de novos conflitos, incentivando elites a levar o país a um estado de paz sustentável e duradouro. Segundo, é muito provável que as partes anteriormente em conflito estejam dominando o cenário político logo após o acordo de paz ou cessar-fogo. Com isso, há grande chance de elas dominarem o processo de elaboração constitucional. Além disso, devido à possível violência perpetrada por elas, as partes antes beligerantes terão pouca legitimidade pública para desencadear e levar a cabo um processo constituinte sem que questões procedimentais e substantivas sejam resolvidas antes. Assim, é melhor que, aos poucos, sejam feitos acordos provisórios sobre o procedimento constituinte, as condições para o funcionamento de governo, sua estrutura e partilha de poder e sobre outras possíveis questões. Sem a pressa para a elaboração de uma constituição, é possível encontrar soluções e acordos mais racionais, de modo a iniciar o processo constituinte com

⁴⁰³ HEIZ, Klug. *The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis*, p. 23 e ss.

⁴⁰⁴ Apenas 1 em cada 7 acordos de paz analisados por Kimana Zuleta-Fülscher também incluía tais “arranjos políticos de transição”, definidos como provisões sobre governo interino, governo de transição, governo de unidade nacional, medidas e mecanismos interinos e instituições de transição. Cf., da autora, *Interim Constitutions: Peacekeeping and Democracy-Building Tools*. Stockholm: IDEA, 2015, p. 18-19.

questões procedimentais e substanciais já resolvidas. Além disso, nessa fase é mais viável aumentar a participação popular.

A tomada de decisões no âmbito de acordos provisórios de partilha de poderes tende a ser lenta e, por vezes, tensa. Por essa razão, o tempo aqui é importante. É preciso considerar o fato de que os acordos provisórios e de transição podem prolongar demasiada ou infinitamente o processo de transição, de modo a esfriar o momento constituinte. Às vezes, o retardamento é deliberado justamente para evitar o processo. Foi o que ocorreu, por exemplo, no Quênia, em 1990, quando vários acordos foram utilizados com o propósito de se evitar reformas fundamentais e duradouras na sociedade.⁴⁰⁵ Obviamente, retardar excessivamente a transição pode fazer com que se dissipe a integração entre as partes contendoras cuja relação pode ser desequilibrada por aquisição de maior poder por parte de uma delas durante as negociações que antecedem o processo constituinte. Além disso, a lentidão do processo pode impedir a percepção de benefícios por partes dos envolvidos.

Outro ponto merece destaque. Não é incomum que acordos de paz e acordos políticos provisórios ou de transição integrem um acordo maior, que é comumente chamado de Comprehensive Peace Agreement.⁴⁰⁶ Isso geralmente acontece em transições de guerras para estados de paz. Portanto, eles podem ser fundidos em um mesmo documento, como o Acordo de Taif que, em 1989, marcou o início do fim de uma guerra civil no Líbano,⁴⁰⁷ e os Acordos de Paris que, ao mesmo tempo marcaram o fim da guerra entre o Camboja e o Vietnã e prescreveram um conjunto de questões a serem consideradas no processo constituinte cambojano.⁴⁰⁸ Mais é muito mais comum que eles surjam após um acordo de paz, como ocorreu em Burundi (1994), Angola (1992), Timor-Ler (2002) e Iêmen (2011). Mas alguns acordos políticos também podem ser ao mesmo tempo uma constituição interina. O Acordo sobre o Mecanismo de Implementação para o Processo de Transição no Iêmen, considerado a

⁴⁰⁵ BANNON, Alicia L. Designing a Constitution-Drafting Process: Lessons from Kenya. *The Yale Law Journal*, v. 1, p. 1824-1872, 2014.

⁴⁰⁶ Acordos de Paz são assim classificados quando: (1) as principais partes envolvidas no conflito tenham participado das negociações que levam ao acordo e (2) quando questões substantivas subjacentes tenham sido incluídas no acordo.

⁴⁰⁷ O Acordo de Taif, foi base para o fim da guerra civil e o retorno à normalidade política no Líbano. O acordo formalizou arranjos de compartilhamento de poder anteriormente não escritos e também tentou reestruturar o sistema político no Líbano, transferindo o poder da minoria cristã maronita historicamente com maior representação.

⁴⁰⁸ Como é dito em um estudo de caso, “os Acordos de Paris trataram devidamente todas as principais questões pós-conflito - cessar-fogo, repatriação, restabelecimento da soberania e da unidade, disposições transitórias e reconstrução - exceto no que se refere à questão da responsabilidade pelos abusos passados”. Além disso, os Acordos de Paris incluíram um roteiro para a transição política sob a Autoridade Transitória das Nações Unidas no Camboja. Cf. MARKS, Stephen P. *The Process of Creation a New Constitution in Cambodia*, p. 211 e ss.

constituição interina do país, é um exemplo. Também já ocorreu de países adotarem acordos provisórios que, na ausência de caráter legal, foram exigíveis legalmente via constituição existente, por um período de tempo limitado, como se sucedeu em Algéria (1994-1997), Mauritânia (2009), Madagascar (2011-2014) e Mali (2012-2013).⁴⁰⁹

Por fim, dado seu propósito, esses acordos também podem ser realizados em contextos não-conflituosos, onde há apenas impasses entre líderes ou partidos políticos no momento constituinte ou anterior a ele, embora a imensa maioria dos casos nos quais foram instituídos acordos provisórios e de transição tenha sido de países envolvidos de alguma forma em conflito ou transição de conflito ou governo autoritário.⁴¹⁰ Isso não significa, porém, que em contextos pacíficos esses acordos políticos não se dão na informalidade, como o que ocorreu na Hungria, em 1989.⁴¹¹ Seja como for, se revelados ao público ou não, esses acordos “ podem promover estabilidade no que poderia ser um período de turbulência ” ,⁴¹² especialmente diante de acordos de paz efêmeros.

Os acordos políticos de transição podem ser uma opção quando não há necessidade de um governo interino e quando as partes resolvem deixar as partilhas de poder para o processo constituinte. Como eles proporcionam apenas um quadro débil, muitos países resolvem não os adotar, pelo menos não formalmente, passando diretamente para um processo constituinte de uma constituição interina ou de uma constituição definitiva, como se verá no próximo capítulo. Seja como for, tais acordos políticos, quando realizados, importam. Na Albânia, por exemplo, os eleitores rejeitaram um projeto de constituição, em 1994, por o terem considerado violador dos acordos provisórios, especialmente por favorecer a coalizão governista.⁴¹³

Embora tais acordos muitas vezes sejam elaborados e realizados por elites políticas, militares ou tribais, é recomendado que três questões sejam consideradas. Em primeiro lugar, eles devem versar o mínimo possível sobre questões substanciais. Se elas forem acordadas, que possam ser rediscutidas no futuro, seja no processo constituinte, seja em referendos

⁴⁰⁹ ZULUETA-FÜLSCHER, Kimana. *Interim Constitutions: Peacekeeping and Democracy-Building Tools*, p. 11.

⁴¹⁰ A conclusão é extraída do estudo de casos coordenado por Laurel E. Miller, a pedido do United States Institute of Peace. No estudo, nenhum dos países em crise institucional ou da categoria de “ reforma ” utilizou acordos provisórios Cf. *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010.

⁴¹¹ HALMAI, Gábor. The Reform of Constitutional Law in Hungary after Transition. *Legal Studies*, v. 18, n. 1, p. 190, 1998.

⁴¹² BRANDT, Michele et al. *Constitution-Making and Reform: Options for the Process*, p. 68.

⁴¹³ CARLSON, Scott N. The Drafting Process for the 1998 Albanian Constitution. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 311.

posteriores à vigência da constituição. Em segundo lugar, questões procedimentais do processo não podem ser decididas para torná-lo exclusivo. Em terceiro, na medida do possível, devem ser feitas consultas públicas e já se iniciar algo processo de educação cívica. Obviamente, a atenção a essas questões dependerá do contexto, da disposição, dos interesses e incentivos de autoridades e protagonistas da transição, mas elas devem ser consideradas por aqueles que estejam auxiliando o processo, sejam indivíduos, como políticos com reputação ou *experts*, sejam organizações internacionais.

3.5 Constituições Interinas

Foi somente a partir da *préconstitution*, ou *Loi Constitutionnelle*, de 2 de novembro de 1945, com a qual foi possível estabelecer a Quarta República Francesa que as constituições interinas se tornaram amplamente utilizadas durante as mudanças de regime.⁴¹⁴ Uma análise empírica da história das constituições interinas - até pouco tempo havia 89, contabilizadas desde 1945 - revela uma enorme variação quanto à sua terminologia, conteúdo, e sobre como, quando e como elas são adotadas. Em comparação com o período de 1945 a 1990, quando as constituições interinas foram utilizadas principalmente após golpes, o período que vai de 1990 a 2014 testemunhou um aumento significativo no uso de constituições interinas em uma variedade de circunstâncias: a pós-ocupação, a união de jurisdições previamente divididas, a independência, a secessão, a descolonização, a consolidação ou a erradicação do comunismo, o fim do conflito violento e, na maioria das vezes, após a derrubada de regimes autoritários. Em um levantamento recente, constatou-se que, desde 1990, um total de 30 constituições interinas foram adotadas em todo o mundo. Desse total, dezenove foram na África, seis foram na Ásia e cinco na Europa.⁴¹⁵

Portanto, desde o fim da Guerra Fria, as constituições interinas têm sido usadas cada vez mais como instrumentos legais de transição, seja de um conflito para a uma situação de paz, seja de um regime autoritário para um democrático ou mesmo de um regime de único

⁴¹⁴ Essa constituição resultou de um referendo popular que pediu uma nova assembleia constitucional para fundar uma nova república. Ao mesmo tempo que ordenava um novo processo constituinte, este referendo promulgou a *Loi constitutionnelle* de 1945, que estabelecia limites claros tanto para a assembleia constitucional, um cronograma rígido e a exigência de um referendo. Cf. ARATO, Andrew. Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making. *International Journal of Politics, Culture, and Society*, v. 22, n. 4, p. 427-443, 2009.

⁴¹⁵ Com duas exceções (Nicarágua e Guatemala, ambas julgadas não representativas), os países latino-americanos não usaram constituições provisórias. No entanto, tendo em conta os repetidos estados de crise da região, poderia ser mais exato dizer que muitas das constituições permanentes foram, na prática, arranjos provisórios. Cf. ZULUETA-FÜLSCHER, Kimana. *Interim Constitutions: Peacekeeping and Democracy-Building Tools*, p. 14.

partido para sistemas multipartidários. A principal razão para o crescimento da sua utilização em relação ao período pós-Segunda Guerra Mundial deve-se ao fato de que a maioria dos conflitos mais recentes são intraestatais e não, como antes, entre Estados-nação. Isso justifica o fato de que pelo menos dezoito das trinta constituições interinas identificadas em estudo recente terem surgido naquilo que o *Uppsala Conflict Data Program* define como “cenários afetados por conflitos”.⁴¹⁶ As demais surgiram em contextos menos dramáticos, como transição após o término regime pós-soviético⁴¹⁷, transições democráticas,⁴¹⁸ golpes de Estado⁴¹⁹ e transições diversas.⁴²⁰ Apesar do uso crescente de constituições interinas em processos constituintes e na construção de Estados, há poucos trabalhos dedicados ao assunto.⁴²¹

Não há um conceito definitivo e universalmente aceito de constituição interina. Para Ozan O. Varol, que prefere o qualificativo “temporária”, seria ela uma constituição que “limita sua própria vigência e perde sua validade em sua data de expiração, a menos que seja novamente promulgada por meio de procedimentos regulares de emenda constitucional”.⁴²² Esse conceito, no entanto, não captura completamente a ideia de constituições interinas, pois foca apenas em seu caráter transicional, sem, contudo, mencionar suas funções ou objetivos. Em um seminário global realizado pelo IDEA, em 2014, no qual se discutiu algumas questões relacionadas às constituições interinas, chegou-se a um conceito não definitivo, todavia, mais abrangente de acordo com o qual tais documentos seriam aqueles que se destinam “a servir de ponte entre um regime ilegítimo e mais legítimo, fornecendo geralmente um quadro institucional temporário para o governo durante a transição e um quadro para a negociação de uma nova estrutura de governo e os requisitos processuais para a elaboração da constituição final”.⁴²³

⁴¹⁶ Se, porém, Etiópia e Eritreia, países que se envolveram em conflitos interestatais, forem computados, o número cresce para vinte.

⁴¹⁷ Lituânia, em 1990; Albânia, em 1991; Polônia, em 1992; e Ucrânia, em 1995.

⁴¹⁸ África do Sul, em 1994.

⁴¹⁹ Madagascar, em 2009; Burquina Faso, em 2004, e em 2006 e 2014.

⁴²⁰ República Democrática do Congo, em 1994, e no Egito, em 2011.

⁴²¹ RODRIGUES, Charmaine. Letting off Steam: Interim Constitutions as a Safety Valve to the Pressure-cooker of Transitions in Conflict-affected States? *Global Constitutionalism*, v. 6, n. 1, p. 33-62, 2017; ARATO, Andrew. Interim Imposition. *Ethics & International Affairs*, v. 18, n. 3, p. 25-50, 2004; VAROL, Ozan O. Temporary Constitutions. *California Law Review*, v. 102, p. 409-464, 2014; LUDSIN, Hallie. Peacemaking and Constitution-Drafting: A Dysfunctional Marriage, p. 239-311. Os demais são *Think Thanks*: ZULUETA-FÜLSCHER, Kimana. *Interim Constitutions: Peacekeeping and Democracy-Building Tools*, p. 1-35; INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. *Interim Constitution in Post-Conflict Settings*. Discussion Report. Estocolmo: IDEA, 2011, p. 1-26.

⁴²² VAROL, Ozan O. Temporary Constitutions. *California Law Review*, v. 102, p. 412, 2014.

⁴²³ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. *Interim Constitutions in Post-Conflict Settings*, passim.

Esse conceito, entretanto, foi construído para a definição de constituições interinas para contextos conflituosos, nos quais geralmente tais documentos marcam uma passagem de um regime ilegítimo para um legítimo. Todavia, tais constituições também podem ser adotadas em contexto de não conflito, embora os exemplos até o momento sejam poucos. Já Andrew Arato, sustenta que uma constituição interina “representa um dispositivo fundamental pelo qual a assembleia constitucional e o governo provisório se sujeitam a regras quase constitucionais durante o período de seus mandatos, possivelmente limitando o próprio mandato no tempo (interrompido por uma nova eleição)”.⁴²⁴ Esse último conceito, é problemático devido ao fato de as normas de constituições interinas serem, sim, normas constitucionais, conquanto não definitivas. Penso, portanto, que esses conceitos não revelam completamente o significado dessas constituições. Talvez seja mais útil elaborar a definição de constituições interinas comparando-as aos demais arranjos pré-constituintes já mencionados neste Capítulo. Vejamos.

As constituições interinas diferem de acordos de paz em vários aspectos. Primeiramente, os acordos de paz exigem um compromisso imediato entre as partes em conflito para acabar com a violência e não necessariamente desencadeiam um processo constituinte. Já as constituições interinas, sim. É essa a sua própria razão de existir. Além disso, os acordos de paz requerem muitas vezes soluções pragmáticas a curto prazo para as causas subjacentes do conflito, enquanto as constituições interinas exigem uma visão de futuro e acordos firmados em torno de interesses de longo prazo. Muito comumente os acordos de paz envolvem interesses pessoais das partes em contenda e não necessariamente os dos demais membros da comunidade política. Já as constituições interinas devem refletir os interesses do povo, sob pena de não serem consideradas legítimas. Em terceiro lugar, enquanto acordos de paz em regra voltam-se ao fim do conflito ou cessar-fogo, constituições interinas voltam-se à garantia de princípios e valores, instituições e procedimentos para uma ordem constitucional definitiva. Portanto, seus propósitos são distintos e elas são mais amplas do que os acordos de paz. Por fim, dado seu propósito, como regra, os acordos de paz são bem menos inclusivos que as constituições interinas. Outro ponto se refere à duração. Normalmente, os acordos de paz têm sua duração bem mais curta, pois logo são sucedidos por acordos políticos mais amplos, constituições interinas ou mesmo por constituições finais, como se verá mais adiante. Entretanto, o aspecto distintivo mais acentuado decorre do fato de as constituições interinas serem exigíveis judicialmente, em razão da sua inequívoca natureza

⁴²⁴ ARATO, Andrew. *Interim Imposition*, p. 27.

legal, enquanto a natureza dos acordos de paz é incerta e ainda contestável. Diferentemente das Constituições interinas, a implementação desses acordos, como se viu, depende da disposição, interesses e incentivos das partes envolvidas.

As constituições interinas também se distinguem dos acordos políticos provisórios ou de transição por várias razões. Em primeiro lugar, tais acordos, embora sejam arranjos provisórios, como os acordos de paz, são meramente políticos. As constituições interinas, no entanto, possuem caráter legal, podendo ser exigíveis judicialmente durante sua vigência. Em segundo lugar, os acordos provisórios são geralmente elaborados para se antecipar questões-chave para as constituições definitivas. As constituições definitivas são a própria concretização legal de tais acordos e de outras questões importantes para a transição constitucional. Em terceiro lugar, esses acordos também geralmente são pouco inclusivos, e muitas vezes são negociados apenas pelos protagonistas da transição, além serem algumas vezes secretos. As constituições interinas, contudo, envolvem geralmente maior participação e sempre são publicadas.

É certo que essa distinção nem sempre é precisa e clara. É que, embora as constituições interinas sejam comumente negociadas separadamente dos acordos de paz e dos acordos políticos provisórios ou de transição, os próprios arranjos políticos provisórios podem assumir o papel de constituições interinas. Foi o caso, por exemplo, em Ruanda, em 2003, e Sudão, em 2005.⁴²⁵ Além disso, as próprias constituições interinas também podem representar o próprio acordo de paz, como se sucedeu na África do Sul. Na verdade, pode não estar claro se uma constituição interina é um acordo de paz ou um produto constitucional distintivo de um processo de paz. A verdade é que, quando voltados a processos constituintes, todos os acordos de paz, acordos políticos provisórios ou de transição e constituições interinas são espécies de arranjos provisórios pré-constituintes. Ainda assim, é possível elaborar um conceito que revele as características distintivas das constituições interinas.⁴²⁶

⁴²⁵ ZULUETA-FÜLSCHER, Kimana. *Interim Constitutions: Peacekeeping and Democracy-Building Tools*, p. 11.

⁴²⁶ Esses documentos nem sempre recebem o nome de constituições interinas, como se deu inicialmente em Togo (1992) e, depois, na África do Sul (1993), Sudão do Sul (2011) e Nepal (2007). É possível que a eles sejam dados outros nomes, como “Constituição Provisória” (Somália, 2012), “Lei Fundamental” (Alemanha, 1949) “Lei Básica Provisória” (Lituânia, 1990-1992), “Carta Nacional de Transição” (Chade, 1991-1996). “Pequena Constituição” (Polônia, 1992-1997), “Acordo Constitucional” (Ucrânia, 1996-1997), “Lei Provisória Básica” (Lituânia, 1990), “Constituição de Transição” (Burundi, 1998-2001), “Estrutura Constitucional para Autogoverno Provisório” (Kosovo, 2001-2008), “Lei de Administração” (Iraque, 2004-2005), “Carta de Transição” (Madagascar, 2009) “Constituição Provisória” (Egito, 2011-2012), “Declaração Constitucional Interina” (Líbia, 2011-), “Declaração Constitucional” (Egito, 2011), “Acordo sobre Mecanismo de Implementação do Processo de Transição” (Iêmen, 2011-) e até mesmo apenas “Constituição” (Tailândia, 2014-2016; e República Central Africana,

É possível afirmar que uma constituição interina é um arranjo provisório com supremacia constitucional⁴²⁷ temporária adotado como uma ponte entre uma ordem anterior, constitucional ou não, legítima ou não, e uma nova ou primeira ordem constitucional, seja em ambientes conflituosos seja em pacíficos, com o propósito de estabelecer limites ao governo de transição e aos constituintes das constituições definitivas, além de estabelecer procedimentos para a elaboração dessas constituições bem como seu conteúdo. Portanto, as constituições interinas, tal como os acordos de paz e os acordos políticos provisórios e de transição com propósitos constituintes são arranjos provisórios, mas, diferentemente daqueles, não são elas meramente acordos políticos, já que se revestem de legalidade. Por isso, são elas arranjos provisórios legais ou, para ser preciso, arranjos provisórios constitucionais. Esses documentos também são utilizados na construção de um Estado após um processo de independência ou separação, também sendo possível sua adoção quando um país resolve adotar pela primeira vez uma constituição como norma jurídica suprema da nação, embora sejam normalmente a representação do fim de um conflito ou impasse político. Em resumo, essas constituições asseguram a supremacia jurídica de acordos na transição, com validade limitada no tempo e servem para um processo constituinte futuro.

A função central da constituição interina é garantir um constitucionalismo não apenas ao resultado, mas também ao processo de elaboração das constituições definitivas. Mas há pelo menos quatro finalidades mais específicas e comuns a esses documentos. Primeiro, as constituições interinas são adotadas para organizar um governo constitucional transitório, determinando a estrutura dos poderes e órgãos, assim como suas competências, inclusive em nível subnacional.⁴²⁸ Isso pode ocorrer quando não há condições para organizar um governo mediante uma constituição definitiva, seja por que o país em questão não possui estruturas mínimas de governo, em razão, por exemplo, de um conflito recente, seja porque a atual estrutura não possui legitimidade suficiente para permanecer no poder durante o processo de transição e mudança da ordem constitucional, como ocorreu na Hungria. Ainda no plano da estrutura de governo, tais constituições também são utilizadas para redistribuir o poder

2013-). Aqui, como já se notou, fazemos uso da locução “Constituições Interinas”, pois denota não apenas seu caráter provisório, mas também transicional. Além disso, o termo transmite com mais precisão a ideia de que uma nova constituição definitiva virá em seguida e não apenas que sua vigência é temporária.

⁴²⁷ Essa supremacia às vezes é declarada no próprio documento. Como estabeleceu o art. 4º da Constituição Interina da África do Sul de 1993, “[e]sta Constituição será a lei suprema da República e qualquer lei ou ato inconsistente com suas disposições será, salvo disposição em contrário expressa ou por um implicação necessária nesta Constituição, sem força e efeito na medida da inconsistência”. O art. 1º da Constituição Interina do Nepal de 2007 dispôs: “Esta Constituição é a lei fundamental do Nepal. Quaisquer leis incompatíveis com ela serão, na medida de tal inconsistência, nulas”.

⁴²⁸ A Constituição Interina da África do Sul de 1993 fez isso em detalhes.

territorial e fixar jurisdições, como se deu em Bósnia e Herzegovina. Em resumo, as constituições interinas servem para fornecer um arranjo governamental temporário, atribuindo ou compartilhando poderes e capacitando instituições e órgãos já existentes ou não, tal como se sucedeu no Timor-Leste. Ao fixar competências e entrincheirar direitos fundamentais, ela limita a atuação do governo. Ou seja, ela serve não apenas como organizadora de um poder ou governo, mas também como sua limitadora.

Em segundo lugar, as constituições interinas são usadas para restringir não apenas o governo, mas também o próprio poder constituinte a ser exercido durante a elaboração da constituição definitiva. Trata-se de sua função antiditatorial ou controladora. Com ela, busca-se evitar que forças políticas aprovelem uma constituição autoritária⁴²⁹ ou desvirtuada. Essa função se dá, primeiro, pelo reconhecimento, algumas vezes expresso no texto, do caráter supremo dessas constituições. Em segundo lugar, podem ser estabelecidos princípios que o órgão responsável pela elaboração da constituição definitiva deve obedecer, sob pena de que outro órgão responsável por sua validação não a retificar ou de o povo, em referendo, não a aceitar. Trata-se de princípios-guias ou compromissos constituintes. Essa é a função mais diretamente relacionada à ideia de constitucionalismo no processo constituinte. Um exemplo de princípios que servem como compromisso é encontrado na famosa constituição interina da África do Sul.⁴³⁰ Como se visto adiante, nela, um conjunto de princípios serviu como uma forma de acordo ou um pacto entre as partes envolvidas. Uma vez que a obediência a tais princípios seria objeto de verificação pelo Tribunal Constitucional, tais princípios representavam a garantia de que o acordo estabelecido não seria violado.

Terceiro, uma constituição interina pode ser adotada com o propósito de estabelecer regras procedimentais para o processo constituinte da constituição definitiva. Trata-se de sua função procedimental. A ideia aqui é estabelecer um devido processo constituinte, de modo a questões como votação, composição e designação de comissões, comitês e outros órgãos, eleições internas, qualificação dos membros, sua remuneração, presidência da assembleia, quórum, divisão de tarefas, reuniões da assembleia, prazo para finalização, sua dissolução, participação popular e adoção sejam previamente estabelecidas. Com isso, busca-se desenhar antecipadamente os principais aspectos do processo constituinte da constituição definitiva. O propósito é o de não deixar que a decisão sobre essas questões fique a cargo dos constituintes no momento de elaboração da constituição, embora algumas constituições explicitamente deixem para o órgão constituinte a aprovação de normas para conduzir seus trabalhos, como

⁴²⁹ ARATO, Andrew. *Interim Imposition*, p. 26.

⁴³⁰ Art. 71, da Constituição Interina da África do Sul de 1993.

regimentos internos. Tal função permite que os constituintes concentrem suas energias em questões substantivas. Além disso, a previsão de tais regras confere legitimidade procedimental ao processo.

Em quarto lugar, tais constituições também são usadas para estabelecer eleições, seja para um governo provisório, sejam para a própria assembleia constituinte, inclusive para unidades subnacionais. Elas também podem estabelecer previamente eleições para ocorrerem logo após a promulgação da constituição definitiva. Isso é utilizado para dar legitimidade ao processo e para impedir que aqueles que irão participar dele tenham poucos interesses de curto prazo. Algumas constituições interinas criam Comissões Eleitorais Independentes e estabelecem normas temporárias relativas a partidos políticos. Portanto, as constituições interinas também exercem uma função eleitoral.

Essas constituições tratam de outras questões pontuais e particulares a cada país. Podem prever, por exemplo, normas relacionadas a aquisição de cidadania, anistia e sanções para aqueles envolvidos no conflito que motivou a transição. Algumas, dado seu passado, criam comissões de proteção de direitos humanos, de igualdade de gênero, anticorrupção, de investigação de abuso de autoridades e de devolução de terras. Tratam também de finanças, estado de emergência, exército, censo, segurança nacional, e continuidade legal. Boa parte das constituições interinas trata também de questões relacionadas à bandeira, idioma oficial, símbolos nacionais, sobretudo quando o processo conduzido levará a formação de um novo Estado. A depender da sua relevância para cada país, tais questões podem ser tratadas na parte principal da constituição ou nas geralmente chamadas “disposições diversas”, que também contêm normas de reforma da constituição interina, normas sobre a continuidade de leis já existentes e entrada em vigor da constituição.

Embora tais constituições tenham funções próprias, em sua estrutura, as constituições interinas muito se parecem com as constituições definitivas. Muitas, inclusive, são acompanhadas de preâmbulos. Seu conteúdo varia enormemente, embora muitas delas tratem de temas comuns – organização dos poderes, por exemplo – e contenham disposições muito semelhantes, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. Tal como ocorre com as constituições definitivas, há aqui também uma prática de imitação constitucional. Sendo assim, elas variam muito em relação à amplitude, tamanho e profundidade com que tratam os temas que preveem, mas há semelhança na redação de muitos dispositivos, muito em especial no que tange aos direitos fundamentais. A Constituição Interina da África do Sul de 1993 talvez seja a mais extensa e detalhista, contendo 251 artigos. Já a Constituição Interina da Tailândia, a mais curta, foi aprovada com apenas 48 disposições. Dado o sucesso e

a fama da primeira é possível considerar que ela seja hoje o modelo a ser seguido, embora não em sua extensão.

As constituições interinas funcionam com um quadro legal temporário permitindo uma negociação mais tranquila e segura ao longo do processo constituinte de elaboração da constituição definitiva. Elas podem constituir um passo adicional e importante para uma constituição final, fornecendo uma estrutura constitucional mais clara e com supremacia legal. Desde 1990, um total de 23 processos de solução política em contextos frágeis e conflituosos concluíram numa constituição “final”.⁴³¹ De fato, as constituições provisórias desempenham um papel muitas vezes crucial na criação de constituições finais nacionais, tanto em termos substantivos como procedimentais. A maioria das constituições interinas adotadas ao redor do mundo foram sucedidas por constituições finais, embora algumas tenham durado mais de dez anos. Mas a despeito do seu caráter transicional, algumas constituições interinas entre as que foram adotadas a partir de 1990 ainda permanecem em vigor, sendo a maioria delas elaboradas em contextos frágeis ou marcados por conflito. Em resumo, tanto a relação entre o contexto vivido por um país e a escolha do processo e do desenho afetam a probabilidade de uma constituição interina ser bem-sucedida e também o inteiro processo constituinte. De qualquer modo, como se verá adiante, um determinado país pode abrir mão de uma constituição interina e dar um passo diretamente para a elaboração de uma constituição definitiva. Acordos políticos e constituições interinas podem ser dispositivos de transição igualmente bem-sucedidos.

As constituições interinas geralmente são elaboradas antes de qualquer processo eleitoral nacional ou outra medida voltada para assegurar a representatividade e a inclusão popular, como plebiscitos ou referendos. Isso ocorre por algumas razões. Às vezes, a própria constituição interina representa um acordo de paz abrangente e, como vimos, esses acordos, por razões estratégicas voltadas à sua concretização e sucesso, geralmente são elaborados às portas fechadas ou com baixa inclusão popular. Em outros casos, tais constituições são adotadas em ambientes nos quais a população não recebeu o mínimo de educação cívica. Ocorre também de atores externos mediadores de conflito acharem melhor fornecer de antemão um quadro legal que sirva de ponto inicial para o processo constituinte. Esse quadro pode vir, inclusive, como um anexo a um acordo de paz, como ocorreu no Camboja e Bósnia e Herzegovina. Ou seja, a determinação de quem a elaborará depende, portanto, do contexto e do nível de conflito da comunidade política em questão. Seu processo de elaboração variará

⁴³¹ BELL, Christine; ZULUETA-FÜLSCHER, Kimana. *Sequencing Peace Agreements and Constitutions in the Political Settlement Process*, p. 10.

entre uma administração externa provisória e um uma assembleia nacional constituinte. Aqui, novamente, as principais experiências estrangeiras nos trazem valiosas lições.

3.5.1 A Experiência Alemã

Após o término da Segunda Guerra, o futuro da Alemanha foi debatido, entre os meses de fevereiro e junho de 1948, na chamada Conferência de Londres, da qual participaram as três potências de ocupação – Estados Unidos, França e Reino Unido – e outros três vizinhos ocidentais da Alemanha – Bélgica, Holanda e Luxemburgo. Desse encontro emergiu um amplo acordo segundo o qual os próprios alemães deveriam elaborar uma constituição para seu país por meio de uma assembleia constituinte. Então, nas chamadas Recomendações da Conferência de Londres sobre a Alemanha, os Aliados assentaram o seguinte: “A Assembleia Constituinte elaborará uma Constituição democrática que estabelecerá, para os Estados participantes, uma estrutura governamental de tipo federal que melhor se adapte ao eventual restabelecimento da unidade alemã”.⁴³² Em junho daquele ano, os chamados *Ministerpräsidenten*, ou Ministros-Presidentes dos *Länder*, foram convocados a uma reunião em Frankfurt. Desse encontro, saiu uma autorização para que eles convocassem uma Assembleia Constituinte em setembro de 1948. Além disso, segundo os chamados Documentos de Frankfurt, a Constituição, que precisaria ser aprovada por dois terços dos Estados alemães ocidentais, deveria conter disposições sobre direitos e liberdades individuais. Também estabeleciam um referendo popular com o propósito de ratificar a constituição após a aprovação pelos Governadores Militares.⁴³³

No início do mês seguinte, os representantes dos Estados alemães convocaram uma conferência própria perto de Koblenz e decidiram que as recomendações que receberam só deveriam ser implementadas de maneira formalmente provisória. Entre os representantes alemães, uma das mais fervorosas divergências dizia respeito à definição que dariam ao documento. Eles se opuseram ao título "Constituição", pois o consideravam forte demais para o que pretendiam aprovar naquelas circunstâncias. Isto porque eles visavam apenas a produção de uma estrutura funcional que servisse para um período de transição. Com isso, desejavam que as escolhas políticas mais duradouras fossem feitas por uma nação alemã reunida no futuro. Na verdade, os alemães estavam interessados num governo autônomo, mas

⁴³² FRIEDRICH, Carl J. Rebuilding German Constitution, I. *The American Political Science Review*, v. 43, n. 3, p. 469, 1949.

⁴³³ Cf. Idem, p. 469.

temiam que a criação de um “Estado da Alemanha Ocidental” bloqueasse o caminho para a futura reunificação do país. Por essa razão, desejavam uma estrutura provisória capaz de pôr fim à desordem e anarquia que atormentavam seu devastado país, até que a Zona de Ocupação Soviética aderisse a uma Alemanha unida, livre e democrática.

Na chamada Resolução Koblez, que foi a resposta dos alemães ao Acordo de Londres, comunicaram: “Os Ministros-Presidentes alemães aceitarão a autorização para convocar uma assembleia representativa, mas propõem-se chamá-la de ‘Conselho Parlamentar’. Eles vão encarregá-lo da redação, não de uma constituição completa, mas uma lei básica de natureza provisória que pode ser transformada em uma constituição real no momento em que os Aliados estiverem dispostos a devolver sua soberania ao povo alemão”.⁴³⁴ Portanto, uma Alemanha unificada permaneceria na agenda dos alemães ocidentais. Isso, inclusive, foi formalmente estabelecido na Lei Básica que, em seu art. 146, dizia: “Esta Lei Básica... deixará de ser aplicável no dia em que uma constituição livremente adotada pelo povo alemão entrar em vigor”. O Preâmbulo, por exemplo, afirmava que “os povos alemães continuam desafiados a alcançar a unidade e a liberdade da Alemanha na autodeterminação livre” e se referiam especificamente à Lei Básica como uma ordem constitucional “por um período de transição”.⁴³⁵

Mas essa preocupação não se limitava à sua denominação. Os representantes alemães também se preocuparam em não elevar o status desta lei, o que os motivou a evitar um processo de elaboração que lhe conferisse legitimação democrática. Por isso, rejeitaram uma “convenção constitucional” em favor de um “Conselho Parlamentar” eleito pelos órgãos legislativos dos Estados.⁴³⁶ Também afirmaram que os delegados para esse Conselho não seriam eleitos pelo voto popular, mas apenas pelos parlamentos dos Estados. Também, não sem fortes objeções, conseguiram convencer os Aliados de que a Lei Fundamental não deveria ser submetida a referendo popular, mas, sim, aos parlamentos dos Estados da Alemanha Ocidental.

Os alemães tinham pressa. Assim, antes mesmo de o Conselho Parlamentar se reunir, trabalhos pré-constituintes foram realizados. Entre os dias 10 e 23 de agosto de 1948, um anteprojeto da Lei Fundamental foi elaborado por uma equipe liderada por onze especialistas nomeados pelos Primeiros-Ministros de cada Estado da Alemanha Ocidental. Todos eram homens e tinham pelo menos um doutorado. Entre eles, havia professores, juízes de altos

⁴³⁴ Idem, p. 471.

⁴³⁵ QUINT, Peter E. The Constitutional Law of German Unification. *Maryland Law Review*, v. 50, n. 3, p. 480-481, 1991.

⁴³⁶ FRIEDRICH, Carl J. Rebuilding the German Constitution, I., p. 470.

tribunais e ocupantes de posições importantes no governo dos Estados. Suas reuniões ocorreram em Herrenchiemsee, um complexo de edifícios reais em Herreninsel, na Baviera. Por essa razão, tal grupo, que não havia adotado uma denominação oficial, passou a ser chamado de Convenção Constitucional de Herrenchiemsee ou apenas Comissão de Especialistas.⁴³⁷

Visando a maior eficiência em seus trabalhos, foram estabelecidos três comitês temáticos. Apesar disso, não houve grandes divergências, talvez por que, a Comissão como um todo não via seu trabalho como um exercício de poder político, mas de saber-fazer jurídico. Assim, seus membros trabalharam com um espírito objetivo, sem partidarismos. Os assuntos que os dividiam não resultavam de divisões partidárias, mas de desentendimentos genuínos. Questão políticas mais profundas foram deixadas para serem resolvidas pelo Conselho Parlamentar.⁴³⁸ Por isso, os artigos do anteprojeto sobre os quais girava alguma controvérsia política mais severa eram acompanhados de redações alternativas, de modo a que o Conselho Parlamentar pudesse considerá-las. Durante suas reuniões, buscaram evitar o que consideravam "os graves erros estruturais" da Constituição de Weimar, e essa abordagem profissional foi ecoada posteriormente nos debates do Conselho Parlamentar. Daí porque a Lei Fundamental não previu direitos sociais, mas apenas um catálogo de direitos básicos. A importância central dos direitos fundamentais previstos na Lei Básica, simbolizada em sua colocação no início dela, é talvez a reação mais clara e visível ao passado que se desejava superar.⁴³⁹ A competência do judiciário para controlar a constitucionalidade das leis, introduzida pela primeira vez na história constitucional alemã, bem como a sua centralização no Tribunal Constitucional, foram algumas das unanimidades tratadas na Convenção Herrenchiemsee. O grupo discutiu os mais importantes princípios organizadores da nova constituição, preparando, ao final, um anteprojeto para as deliberações do Conselho Parlamentar, em Bonn.⁴⁴⁰

Em 1º de setembro de 1948, o Conselho Parlamentar começou seus trabalhos. Sua composição também era bastante qualificada. Dois terços dos setenta delegados tinham uma educação universitária.⁴⁴¹ Além disso mais de 60% tinham experiência na administração pública e 41% do total eram juristas de formação. O Conselho foi presidido por Konrad

⁴³⁷ Idem, p. 478 e ss.

⁴³⁸ Idem, p. 478.

⁴³⁹ BAER, Susanne et al. The Basic Law at 60 - Introduction to the Special Issue. *German Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 3, 2010.

⁴⁴⁰ FRIEDRICH, Carl J. *Rebuilding German Constitution*, I., p. 478, 1949.

⁴⁴¹ Sessenta e cinco eram indicados pelos Parlamentos estaduais. Cinco eram representantes da Berlim ocidental, sem direito a votos.

Adenauer, um democrata-cristão, e ex-prefeito de Colônia. Como era de se esperar, os debates no Conselho Parlamentar refletiram o elevado nível de formação e educação dos membros. Por outro lado, a representatividade de gênero foi especialmente baixa, já que havia apenas quatro mulheres. Já a composição partidária tomou a seguinte forma: os dois grandes partidos – um socialdemocrata e ou democrata-cristão – tinham vinte e sete assentos. Partidos conservadores contavam com nove vagas e os comunistas, com duas. Por isso, diz-se que a abordagem dos constituintes foi marcada por concepções burguesas-liberais.⁴⁴² A lei básica foi aprovada em 8 de maio de 1949, em Bonn e, com a assinatura dos Aliados em 12 de maio, entrou em vigor em 23 de maio daquele ano. Após a reunificação da Alemanha, ela permaneceu como constituição definitiva do país por consenso popular.

3.5.2 A Experiência Sul-africana

Após negociações secretas e bem-sucedidas visando a realização de um acordo de paz,⁴⁴³ Nelson Mandela anunciou, em 13 de novembro de 1991, que as primeiras negociações constitucionais ocorreriam nos dias 29 e 30 de novembro, no World Trade Center, em Kempton Park, a leste de Johannesburgo. Em 20 de dezembro de 1991, iniciaram-se os trabalhos da primeira reunião multipartidária, denominada Convenção para uma África do Sul Democrática (CODESA I, na sigla em inglês). A agenda da Convenção incluía, entre outras questões, um acordo sobre princípios constitucionais gerais, o órgão e o processo constituinte, bem como sobre arranjos de transição. Essa primeira reunião foi presidida pelo Presidente da Suprema Corte do país e contou com a participação de dezenove partidos políticos e organizações, entre eles, os dois principais: o Partido Nacional (PN) e o Congresso Nacional Africano (CNA). No dia seguinte, todos os partidos, exceto o Partido da Liberdade Inkatha (IFP), assinaram uma Declaração de Intenções. Por meio dela, comprometiam-se a promover uma África do Sul unida, de cidadania comum, com vistas a pôr fim à divisão do passado, tentar melhorar a qualidade de vida das pessoas, criar um ambiente para uma mudança constitucional pacífica, eliminar a violência e promover a livre participação política, a discussão e o debate públicos. Tal Declaração, no contexto da África do Sul, foi considerada revolucionária.

⁴⁴² MARKOVITS, Inga. Constitution Making After National Catastrophes: Germany in 1949 and 1990. *William & Mary Law Review*, v. 49, n. 4, p. 1309, 2008.

⁴⁴³ Cf. EBRAHIM, Hassen; MILLER, Laurel E. Creating the Birth Certificate of a New South Africa: Constitution Making After Apartheid, p. 116-117.

O CODESA I era formado por 288 delegados. Para operacionalizar suas tarefas, foram criados cinco grupos de trabalho, compostos também por representantes dos partidos. O Grupo de Trabalho 1 ficou responsável pela criação de um ambiente para a livre participação política e pela definição de qual seria o papel da comunidade internacional. Este primeiro grupo foi dividido em três subgrupos. O subgrupo 1 centrou-se no processo de reconciliação, tratando então de questões relacionadas a presos políticos, exilados e reforma de leis discriminatórias. O subgrupo 2 foi responsável em lidar com a intimidação política, o Acordo Nacional de Paz e as forças de segurança nacional. O subgrupo 3 centrou-se na livre participação política. O Grupo de Trabalho 2 foi responsável pelos princípios constitucionais e pelo órgão constituinte. Já o Grupo de Trabalho 3 foi encarregado de estruturar um governo interino. O Grupo 4 ficou responsável por questões territoriais. Por fim, ao Grupo 5 foram dadas as tarefas de estabelecer e fazer cumprir prazos, bem como a responsabilidade de implementar as decisões tomadas no CODESA. Cada um desses grupos era formado por mais ou menos oitenta pessoas. Somente o Grupo 3 usou um comitê técnico, formado por especialistas independentes, entre eles, Arthur Chaskalson, que seria, anos mais tarde, Presidente da Suprema Corte. A intenção era a de que esses Grupos preparassem acordos a serem ratificados pelos partidos nos próximos meses.⁴⁴⁴

Sobre o procedimento para a tomada de decisões, o fórum concordou que, quando o consenso falhasse, seria aplicada ideia de “consenso suficiente”, uma regra controversa, mas útil, que também foi seguida nas negociações subsequentes.⁴⁴⁵ Além dos Grupos de Trabalho, havia um Comitê de Gestão e um Secretariado. Essa estrutura era defeituosa. Não havia órgãos técnicos para fornecer conselhos legais e constitucionais. Cada partido tinha que incluir seus próprios especialistas técnicos em sua delegação de conselheiros. Os grupos de trabalho eram grandes. Além disso, as negociações ocorreram a portas fechadas. O público foi convidado a apresentar opiniões sobre propostas constitucionais nesta fase, mas o CODESA fez pouca tentativa de educar a população sobre seu trabalho ou solicitar seriamente as opiniões de importantes grupos de interesse.⁴⁴⁶

Em fevereiro de 1992, o ANC formulou propostas de arranjos constitucionais provisórios e de um “processo constituinte final”. Todavia, foram ainda necessárias longas

⁴⁴⁴ CORDER, Hugh. Towards a South African Constitution. *The Modern Law Review*, v. 57, n. 4, p. 497-498, 1994.

⁴⁴⁵ Um dos partidos sentiu-se prejudicado por este procedimento e o impugnou perante a Suprema Corte. O Tribunal, no entanto, decidiu contra a sua alegação de que todas as decisões tomadas com base em um “consenso suficiente” seriam invalidadas.

⁴⁴⁶ Em março de 1992, o governo realizou um referendo totalmente branco para confirmar o apoio do eleitorado branco para o processo de negociação. O ANC se opôs ao referendo, mas apoiou a decisão do comitê de gestão do CODESA de convidar os brancos a participarem e votarem de forma afirmativa.

negociações para determinar seus detalhes. Reuniões bilaterais entre o ANC e PN foram intensificadas e um comitê técnico de onze membros foi criado para impulsionar o processo CODESA. Uma vez que foram alcançados acordos substanciais em algumas frentes sobre o governo interino e a natureza do órgão constitucional, o comitê de gestão estabeleceu uma data, em maio de 1992, para o segundo plenário, o CODESA II, para pressionar as partes a encerrar outros assuntos.

Em maio de 1992, teve início o CODESA II. No entanto, o massacre ocorrido em Boipatong, em junho de 1992, resultou na retirada do ANC. Com uma mistura de tensão e antecipação – e uma enorme atenção pública e de mídia – a reunião de dois dias avançou, mas rapidamente atingiu um impasse sobre questões sobre o processo constituinte final, em particular a maioria necessária para que a assembleia constituinte adotasse a constituição. O CODESA II foi adiado sem ratificar quaisquer acordos, mas com a expectativa de um novo plenário.⁴⁴⁷ A verdade é que o CODESA fracassou. Mas produziu progressos em algumas questões substantivas, uma vez que as partes dos dois lados mudaram gradualmente suas posições. Também ofereceu lições processuais para o esforço bem-sucedido que se seguiu.

O massacre de Bisho, ocorrido em setembro de 1992, levou participantes do CODESA a pensarem em uma saída urgente para acelerar o processo. Os líderes dos dois principais partidos – o ANC e o PN – iniciaram, então, conversas secretas. Com o comprometimento da segurança nacional, com seguidos protestos, os dois líderes partidários, Mandela e o Presidente De Klerk assinaram, ainda em setembro, um Registro de Entendimentos,⁴⁴⁸ o que foi considerado mais tarde como uma “dramática vitória”.⁴⁴⁹ Este passo foi seguido logo por um debate, com início de conversações bilaterais entre o ANC e o Governo, na virada do ano. Foi então emitida uma proposta conjunta para o compartilhamento de poder e o estabelecimento de uma Governo interino quinquenal de unidade nacional após a eleição de uma Assembleia Constituinte.

As negociações oficiais, públicas e representativas retomaram sob a forma da “conferência de planejamento multipartidário”, no início de março de 1993, novamente no World Trade Center, onde ocorreu o CODESA. O Processo de Negociação Multipartidário (PNMP) incluiu vinte e seis partidos e importantes organizações. A estrutura principal do

⁴⁴⁷ EBRAHIM, Hassen; MILLER, Laurel E. *Creating the Birth Certificate of a New South Africa: Constitution Making After Apartheid*, p. 118.

⁴⁴⁸ Entre outras coisas, por meio desses Entendimentos, cerca de 400 prisioneiros deveriam ser liberados; o transporte e exibição de armas perigosas em público seriam proibidos pelo governo dentro de semanas; e o órgão constituinte poderia ter uma ou duas câmaras, um calendário e um mecanismo adequado de superação de impasses.

⁴⁴⁹ CORDER, Hugh. *Towards a South African Constitution*, p. 500.

PNMP era essa: um órgão plenário (líderes partidários e mais nove delegados por partido) para adotar acordos formais conforme necessário; um Fórum de Negociação (quatro delegados e dois conselheiros por partido); um Conselho de Negociação (dois delegados e dois conselheiros por partido), o mais importante órgão; e, por fim, um Comitê de Planejamento (doze membros do Conselho de Negociação, nomeados em suas “capacidades pessoais”, tendendo a ser os principais atores dos grupos políticos mais importantes). Essa estrutura operava em tempo integral para manter o processo em andamento. Metade dos delegados no Conselho de Negociação era do sexo feminino.⁴⁵⁰ E é possível dizer que as manifestações das ruas exerceram forte influência, porém, no conteúdo da constituição interina.⁴⁵¹

O Conselho de Negociação reuniu-se pela primeira vez em 1 de abril de 1993 e decidiu encarregar o Conselho de Negociação de considerar e relatar as seguintes e outras questões constitucionais: forma de Estado e princípios constitucionais; a composição da Assembleia Constituinte; Constituição interina de transição; Transição nos governos regionais e locais; Direitos humanos fundamentais durante a transição; Conselho executivo de transição, seus subconselhos, o comitê independente de eleições e o comitê de mídia independente; e autodeterminação etc.⁴⁵² Os 26 grupos políticos participaram com base na igualdade formal, independentemente do tamanho do apoio estimado. Para que nenhuma das partes tivesse o poder de vetar o progresso no PNMP, a decisão era tomada com base no consenso, na falta do qual, era considerado o “consenso suficiente”. Ou seja, quando o ANC e o governo (com seus vários aliados) concordavam em uma questão, considerava-se haver um consenso suficiente.

No final de abril, o Conselho de Negociação decidiu nomear sete Comitês Técnicos para auxiliá-lo na formulação de propostas para lidar com vários assuntos, entre eles, a reparação de questões discriminatórias, comissões eleitorais, proteção de direitos fundamentais durante a transição e outras questões constitucionais. Esses comitês técnicos tinham entre quatro a nove membros. A maioria deles era formada por juristas especializados convidados pelos partidos para ajudar no processo. A partir de então, em vez de apresentar oralmente seus pontos de vista no Conselho de Negociação, os partidos faziam comentários escritos que foram considerados pelos comitês técnicos. Esta foi uma melhoria importante porque os relatórios desses comitês representavam os pontos de vista de todos e os comitês

⁴⁵⁰ *Idem*, p. 501.

⁴⁵¹ Cf. EBRAHIM, Hassen; MILLER, Laurel E. *Creating the Birth Certificate of a New South Africa: Constitution Making After Apartheid*, p. 119-120.

⁴⁵² CORDER, Hugh. *Towards a South African Constitution*, p. 501.

podiam servir de mecanismo de busca de compromisso e de bloqueio. Eles trabalharam continuamente na elaboração de relatórios para o Conselho de Negociação. Dominada por acadêmicos e advogados, os comitês técnicos facilitaram o surgimento de alternativas claras. Daí a necessidade de expertise, como foi sustentado no Capítulo II. No entanto, uma série de participantes e partidos de dentro e de fora das negociações multipartidárias continuaram desconfiados da "profissionalização" de um processo essencialmente político.⁴⁵³

No início de junho de 1993, o roteiro segundo o qual uma nova e duradoura constituição para a África do Sul seria redigida surgiu. Em primeiro lugar, o PNMP elaboraria e adotaria uma constituição de transição completa, para determinar o quadro do governo após as eleições a serem realizadas em 27 abril de 1994. Em segundo lugar, o Parlamento promulgaria essa constituição como legislação, bem como outros atos essenciais para a realização de eleições livres e justas. Em terceiro lugar, a constituição duraria até que o órgão legislativo eleito em abril de 1994 tenha desempenhado a função não apenas como um parlamento de transição, mas também como uma assembleia constituinte e tenha redigido a nova constituição para o país. Em seguida, a assembleia constituinte ficaria vinculada a "princípios constitucionais". Além disso, o parlamento de transição e o governo executivo de unidade nacional ficariam vinculados por uma lista de direitos fundamentais. A constituição interina também organizaria o poder nos níveis subnacionais.

3.5.3 Outras Experiências Estrangeiras

Em outros casos, a constituição interina foi elaborada por comitês especializados. Em 2005, quando o Rei Gyanendra tomou o poder do Parlamento nepalês, a Aliança dos Sete dos Partidos (SPA) e o então Partido Comunista do Nepal (maoísta) chegaram a um entendimento e lançaram um movimento conjunto em 2006, popularmente conhecido como o Movimento Popular II. Como resultado, o Rei desistiu do poder, o parlamento foi restabelecido e um Acordo de Paz Global foi assinado indicando um processo constituinte. O primeiro passo foi a promulgação de uma constituição interina que proporcionaria um quadro para a formação de uma Assembleia Nacional. Um Comitê Provisório de Redação da Constituição (CDC) foi encarregado de elaborar a Constituição Interina. O CDC consistia em seis juristas, liderados por um ex-membro do comitê de redação da Constituição de 1990, um juiz da Suprema Corte

⁴⁵³ HEIZ, Klug. *The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis*, p. 27-29

e dez outros juristas encarregados de coletar opiniões públicas.⁴⁵⁴ A Constituição Transitória da República do Sudão do Sul, de 2011, também foi redigida por um Comitê de Redação Constitucional. O mesmo se passou no Chade, onde a Constituição Interina de 1991 foi elaborada por um Conselho Superior de Transição formado por parlamentares e um governo de transição. Também na Líbia, a Carta Constitucional de Transição foi elaborada pelo Conselho Nacional de Transição, formado por oponentes de Gaddafi. Seguindo a mesma linha, a Constituição Interina da República Centro-Africana foi elaborada por um Conselho Nacional de Transição.

Elas também podem ser elaboradas em conjunto por um governo e um parlamento transitório. Em 2000, na Somália, foi adotada a Declaração de Arta, um acordo de paz que incluía estruturas governamentais de transição, estabelecendo o Governo Nacional de Transição (GNT), o Parlamento Nacional de Transição (PNT) e a Carta Nacional de Transição (CNT), que forneceu o quadro legal para o governo emergente. Tais arranjos não impediram, contudo, o retorno do conflito. Em outubro de 2002, outra conferência de reconciliação foi realizada, resultando na assinatura da Declaração de Eldoret, um acordo de paz que incluía novamente arranjos políticos de transição. Como resultado, em agosto de 2004, um Parlamento Federal de Transição (PFT) e um Governo Federal de Transição (GFT), com 275 membros, substituiu os anteriores GNT e PNT, adotando, em seguida, uma nova Carta Federal Transitória (CFT), como segunda constituição interina.⁴⁵⁵

Elas igualmente podem ser elaboradas por uma Administração Externa Provisória. Em Kosovo, o Quadro Constitucional para o Governo Autônomo Provisório, que também serviu como uma constituição interina, foi estabelecido pela Missão de Administração Provisória das Nações Unidas. A Lei de Administração do Estado do Iraque para o Período Transitório, que funcionou como constituição interina, embora tenha sido assinada pelo governo do país, foi elaborado por um comitê de dez homens nomeados pela Administração Bush com conselhos de autoridades dos EUA e das Nações Unidas. Portanto, do ponto de vista democrático, há constituições interinas que são impostas.⁴⁵⁶ Há também exemplo de constituição interina elaborada exclusivamente por professores de Direito. A constituição interina da Tailândia de

⁴⁵⁴ A comissão enviou um projeto em agosto de 2006 e a Constituição Provisória foi finalmente promulgada em 15 de janeiro de 2007 como a primeira constituição proclamada em nome do povo nepalês. Ela estabelecia três grandes transformações no país: da monarquia ao republicanismo, do conflito civil à política pacífica, e do mecanismo de Estado exclusivo à uma democracia inclusiva. Cf. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. *Nepal's Constitution Building Process: 2006-2015*. Estocolmo: IDEA, 2015.

⁴⁵⁵ BELL, Christine; ZULUETA-FÜLSCHER, Kimana. *Sequencing Peace Agreements and Constitutions in the Political Settlement Process*, p. 35.

⁴⁵⁶ ARATO, Andrew. *Interim Imposition*, p. 25-50.

2014 foi elaborada por professores de Direito da Universidade de Chulalongkorn e promulgada pelo Conselho Nacional para a Paz e a Ordem (NCPO), uma junta militar liderada por um general

Na Polônia, a chamada Pequena Constituição, também foi elaborada pela Assembleia Constituinte primeiramente formada para a elaboração de uma constituição definitiva e mais ampla.⁴⁵⁷ Essa constituição interina foi a solução para um impasse partidário durante o processo constituinte. Na Hungria, após uma tentativa de elaborar uma constituição nova para o país, a Assembleia Nacional adotou um conjunto abrangente de emendas e a Constituição estalinista de 1949 foi reformada para servir como uma constituição interina, após um acordo estabelecido em uma Mesa Redonda formada pelas principais forças do país à época de sua transição para a democracia de livre mercado.⁴⁵⁸ Em seu novo preâmbulo, declarava-se que a constituição atual serviria apenas como fundamento temporário do governo até que uma nova constituição fosse adotada.⁴⁵⁹

Para resolver a situação cada vez mais tensa no Iêmen no início da Primavera Árabe,⁴⁶⁰ os países do Conselho de Cooperação do Golfo – Bahrein, Kuwait, Omã, Qatar, Arábia Saudita e Emirados Árabes Unidos –, com o apoio dos Estados Unidos e da União Europeia, apresentaram uma iniciativa no início de abril de 2011 que preparasse o caminho para uma transição pacífica e ordenada de poder. Foi então assinado o Acordo sobre o

⁴⁵⁷ Visando fornecer uma solução temporária para a paralisia política existente, a Pequena Constituição se concentrou exclusivamente em mudanças na estrutura estatal e deixou para um futuro documento revisões para os outros aspectos da Constituição, incluindo as liberdades individuais. A adoção da constituição temporária também permitiu o adiamento de questões controversas de religião e estado, inclusive a regulação do aborto. O período provisório durante o qual a Pequena Constituição permaneceu em vigor permitiu um diálogo mais aprofundado sobre questões contenciosas e à inclusão dos atores interessados. Uma constituição mais duradoura foi adotada cinco anos depois em 1997 e permanece em vigor hoje. Muitas das disposições estruturais da Pequena Constituição foram incluídas na Constituição de 1997. Cf. COLE, David H. Poland's 1997 Constitution in Its Historical Context. *Saint Louis-Warsaw Trans-Atlantic Law Journal*, p. 1-43, 1988. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1592&context=facpub>>. Acesso em: 4 jan. 2018.

⁴⁵⁸ A Constituição interina deveria servir a dupla finalidade: proporcionar o quadro para as instituições políticas, bem como garantias políticas para que todos os atores, pessoas e grupos pudessem continuar no processo constituinte nos anos seguintes. Um parlamento ordinário eleito em 1996 assumiu a tarefa de redigir uma constituição definitiva, mas não a cumpriu, tornando a constituição provisória de 1989-90, em última análise, uma obra de acordos de elite, uma constituição, de fato, permanente. A Constituição de 1989-90, como passou a ser chamada depois, foi finalmente substituída em 2011.

⁴⁵⁹ Dizia: “A fim de facilitar uma transição política pacífica para um Estado constitucional, instituir um sistema multipartidário, uma democracia parlamentar e uma economia social de mercado, o Parlamento da República da Hungria estabelece o seguinte texto como constituição da República da Hungria, até que uma nova Constituição para país seja adotada”.

⁴⁶⁰ Apesar de ser um país bastante homogêneo em termos de língua, etnia, religião e cultura, e com praticamente nenhum registro de conflitos sectários, o Iêmen possui pelo menos quatro centros de gravidade, para não mencionar uma miríade de circunvoluções tribais e especificidades regionais. Cf. HOLZAPFEL, Philip Barrett. *Yemen's Transition Process: Between Fragmentation and Transformation*. Washington: USIP, 2014.

Mecanismo de Implementação para o Processo de Transição que serviu também como constituição interina para Iêmen. Ela estabeleceu um governo transitório acordado, um processo de diálogo nacional e uma nova ordem constitucional na sequência.

Dessas experiências é possível extrair algumas lições fundamentais. Primeiramente, uma vez mais, elites e especialistas são importantes para o processo constituinte inclusivo, pois, sem eles, esse processo sequer pode iniciar. Segundo, ainda que exclusivo internamente, os processos constituintes embrionários podem impulsionar a participação através da divulgação da mídia e outros meios, dando transparência às negociações, como ocorreu na África do Sul. Isso germina o sentimento de inclusão e de propriedade, motivando as pessoas a conferir apoio ao processo, entre outras coisas. É recomendável que esses acordos, especialmente as constituições interinas reflitam os anseios, metas e dramas do país. E, talvez mais importante, que sejam elaborados sempre sem comprometer deliberações futuras em um processo constituinte mais inclusivo, como ocorreu na Alemanha.

Tendo em vista que os arranjos pré-constituintes discutidos aqui não são adotados em uma sequência única, a seguir serão esclarecidos e discutidos os sequenciamentos constituintes possíveis. Ou seja, qual sequência de arranjos pode ser adotada até a elaboração de uma constituição final? Como se verá, a depender da opção escolhida ou imposta pelas circunstâncias, haverá implicações importantes para um processo constituinte inclusivo.

3.6 Sequenciamentos Constituintes

Como até aqui se buscou deixar claro, podem haver questões preliminares importantes a serem resolvidas antes de se dar início ao processo constituinte da nova ordem constitucional. Os arranjos pré-constituintes permitem a pavimentação do caminho e forjar um ambiente propício ou de paz suficiente para se elaborar uma constituição final. Essas questões foram cruciais na África do Sul e, em geral, o sequenciamento que levou à adoção da constituição final facilitou o processo constituinte. Por outro lado, a experiência recente do Nepal, com início em 2006, mostra que, a menos que estas questões sejam abordadas de forma satisfatória, os governos e principais atores nessa fase podem ficar presos nessa fase embrionária. Lá, devido à ausência de um plano de sequenciamento constituinte, ocorreu um prolongamento excessivo das atividades da Assembleia Constituinte na elaboração de uma constituição definitiva, o que obrigou a Suprema Corte a dissolvê-la.⁴⁶¹

⁴⁶¹ Cf. WILLIAMS, Damian. Nepali Constitution-Making After the Revolution. *Constellations*, v. 22, n. 2, 2015, p. 246-254.

Poder-se-ia pensar que há uma sequência específica para ser seguida rumo a aprovação de uma constituição final ou definitiva. Naturalmente, em contextos conflituosos, parece lógico que todos os passos anteriores à constituição final sejam dados. Assim, dever-se-ia primeiro realizar um acordo de paz (se necessário, com um cessar-fogo), depois um acordo político, seguido de uma constituição interina para, então, se elaborar a constituição final ou definitiva. A princípio, parece ser esta a melhor receita ou melhor sequenciamento constituinte para contextos marcados por conflitos armados ou não. Entretanto, a realidade demonstra que muitas vezes o roteiro constituinte não será uma questão de escolha. Em muitos casos, o roteiro será imposto pelo contexto, forças políticas locais e pelas histórias e dramas vividos por cada país. Com isso, se verá que ele nem sempre será linear. Na verdade, ele pode variar significativamente.

Em um trabalho inovador, duas importantes estudiosas mapearam o sequenciamento de processos constituintes em cenários afetados por conflitos. Após a análise de 23 processos de soluções políticas ocorridos ou iniciados a partir de 1990, as autoras constaram a possibilidade de quatro roteiros constitucionais possíveis, todos eles finalizando (ou não) com uma constituição definitiva ou com uma ampla reforma em constituições nacionais pré-existentes.⁴⁶² A seguir, eles são analisados a partir de uma perspectiva de inclusão popular no processo.

3.6.1 Acordos de Paz e Constituição Definitiva

Às vezes, a depender do contexto e outros aspectos importantes, como o tempo, a urgência ou apoio de organizações regionais ou internacionais, os acordos de paz podem ser satisfatórios para a pavimentação de um caminho que leve a comunidade política em questão diretamente para sua constituição final ou para uma ampla reforma em sua ordem constitucional pré-existente, sem que sejam necessários acordos políticos mais abrangentes ou constituições interinas no meio do caminho. Pelo menos quatro países no estudo mencionado adotaram esse roteiro: Colômbia, El Salvador, Moçambique e Bósnia e Herzegovina. Com exceção da Bósnia e Herzegovina, os países que adotaram esse sequenciamento assinaram acordos de paz na década de 1990 entre o governo e os grupos armados de oposição, os quais se tornaram vinculados à reforma constitucional. Embora o roteiro possua apenas duas etapas

⁴⁶² BELL, Christine; ZULUETA-FÜLSCHER, Kimana. *Sequencing Peace Agreements and Constitutions in the Political Settlement Process*, passim.

– acordos de paz e constituição final –, a pavimentação desse caminho nem sempre é fácil. É possível que antes do processo constituinte propriamente dito ou mesmo antes da promulgação da constituição final, vários acordos de paz e cessar-fogo sejam aprovados. Portanto, nem sempre será suficiente apenas um acordo de paz ou cessar-fogo. Não raras vezes, a depender do tempo levado até o final do percurso, as partes inicialmente acomodadas podem adquirir mais poder de barganha ou se mostrarem insatisfeitas com o processo, provocando ou permitindo ações de boicotes, como atentados.

O que possibilita a tomada desse caminho ou roteiro constitucional mais curto é, por vezes, o nível de detalhamento do acordo de paz, que não envolve apenas o cessar-fogo, mas outras provisões capazes de acomodar as diferenças e alimentar a disposição das partes em realizar a transição. Também é beneficiada pela existência de instituições e estruturas de governo confiáveis e bem organizadas. Além disso, a flexibilidade de renegociar os acordos produz igualmente um ambiente mais propício para uma transição direta para uma nova ordem constitucional ou para uma ordem constitucional reformada, já que permite que as partes insatisfeitas ou que venham a ganhar mais poder de barganha resolvam voltar para os campos de batalha. Aqui, no entanto, o tempo é fundamental. É que, considerando que esse roteiro não conta com paradas no meio do caminho, pelo menos não aquelas em que é possível negociar questões mais substanciais e estruturais, dando ao resultado do acordo um caráter legal a possibilitar sua imposição por algum órgão da estrutura do Estado, torna-se arriscado permanecer muito tempo sobre acordos frágeis e voláteis, cuja execução depende da disposição das partes acordantes. Por isso, nesses casos, pode ser ideal que se aprove a constituição definitiva o quanto antes.

Há outras desvantagens relacionadas a riscos do processo. O primeiro deles é o de que, como os acordos de paz ou cessar-fogo geralmente são feitos por poucos atores – normalmente líderes ou grupos rivais –, há inegável risco de o processo constituinte não ser participativo. O segundo decorre da mesma razão. Além de o processo não ser inclusivo, ele pode ser sequestrado por uma das partes, fazendo com que o resultado final seja desvantajoso para a comunidade e para a outra parte, o que pode gerar instabilidade e desencadear novos conflitos ou dificuldades de implementação após a promulgação da constituição, especialmente quando não submetida a um referendo. Foi o que ocorreu, por exemplo, em Bósnia e Herzegovina, cujo processo envolveu apenas os principais atores político-militares que figuraram no acordo de Dayton; o processo foi apressado e não houve participação popular e seus líderes foram completamente deixados de lado no acordo. Como se diz, “o

acordo comprou líderes de guerra e a constituição foi o preço”.⁴⁶³ Como se sabe, o processo de implementação da Constituição encontrou dificuldades em tornar real os ideais que ele contém. Isso é verdade, em parte, porque esses aspectos, embora contidos no texto final, não foram totalmente acordados entre as partes ou a comunidade internacional. Além disso, o texto da constituição continha certos princípios fundamentais que não significavam muito na prática inicialmente e, de fato, mal se notavam, mas que poderiam ser construídos posteriormente, à medida que a situação política se estabilizasse e amadurecesse. Em síntese, o roteiro adotado foi bem-sucedido no que diz respeito ao fim da guerra, mas não quanto à constituição. Às vezes, pela ausência de inclusão no processo, pode ocorrer de o roteiro ficar apenas no papel. Foi o que se sucedeu na Guatemala, quando, após inúmeros acordos de paz, a abrangente reforma constitucional à Constituição de 1985 foi reprovada em um referendo realizado em 1999.⁴⁶⁴

3.6.2 Acordos de Paz, Acordos Políticos de Transição e Constituição Definitiva

Num segundo sequenciamento, não há um percurso direto dos acordos de paz para uma constituição definitiva. Entre esses dois atos do processo, são realizados acordos políticos de transição mais abrangentes, tratando de questões substantivas e estruturais para além de um cessar-fogo. Mas também é possível que no próprio acordo de paz (com um cessar-fogo, por exemplo) já sejam tratadas questões mais profundas que lhe dão igualmente o caráter de acordos políticos. Ou seja: podem ser três ou dois passos. A diferença desse sequenciamento para o anterior é que, nesse, antes da constituição definitiva, há algum tipo de acordo político sobre como será exercido o poder, o que não ocorre no primeiro sequenciamento. Alguns desses acordos mais abrangentes podem delinear os procedimentos constituintes para uma constituição definitiva, já que aqui também são dispensadas as constituições interinas. Podem igualmente estabelecer uma eleição antes disso. É comum que nesse roteiro se conte com apoio internacional, já que os acordos políticos provisórios, como os acordos de paz, não se revestem de legalidade ou supremacia constitucional. As autoras destacam que esse roteiro tem sido adotado em contextos de violência pós-eleitoral ou quando um espaço de poder precisa ser preenchido imediatamente antes que um processo constituinte definitivo possa iniciar. Quênia, Zimbábue, Timor-Leste, Bougainville, Camboja, Comores,

⁴⁶³ Idem, p. 31.

⁴⁶⁴ Cf, a respeito, BRETT, Roddy; DELGADO, Antonio. *The Role of Constitution-Building Process in Democratization: Case Study Guatemala*. Estocolmo: IDEA, 2005.

Guiné e Timor-Leste adotaram esse sequenciamento. Os três primeiros casos são representativos.

O Quênia e o Zimbabué utilizaram este roteiro constituinte para lidar com a violência pós-eleitoral. Como se verá no Capítulo V, a atual constituição do Quênia é o resultado feliz de um longo e atribulado processo constituinte, que remonta a 2000, quando um projeto de reforma da Constituição de Independência de 1963, que havia sido elaborado pela Conferência Nacional Constitucional, foi alterado pelo Executivo, o que teria levado à sua rejeição em um referendo, em 2005.⁴⁶⁵ Após um violento conflito pós-eleição, com início em dezembro de 2007⁴⁶⁶, um acordo político internacional envolvendo a União Africana, encerrou o conflito e estabeleceu ritmo para um processo constituinte. O bem-sucedido processo, mediado em boa parte pelo ex-secretário-geral da ONU, Kofi Annan, foi finalizado em 2010, com um referendo popular com o resultado um pouco acima de sessenta por cento. Mas, dada a fragilidade do contexto, entre o encerramento do conflito violento e a promulgação da constituição, vários acordos foram aprovados.⁴⁶⁷ Também no Zimbábue,⁴⁶⁸ após as disputadas, violentas e boicotadas eleições de 2008, e sob uma severa pressão internacional, os três principais partidos políticos negociaram um Acordo Político Global (GPA), que estabelecia uma trégua e resolvia questões substanciais, formando, a partir de então, um governo de “unidade”.⁴⁶⁹ A reforma constitucional tornou-se um importante componente deste acordo, destinado a abrir caminho a novas eleições a serem organizadas em melhores circunstâncias. A Constituição aprovada em 2013 foi precedida de um conjunto de acordos. Já em Timor-Leste, esse roteiro foi usado para resolver vácuo de poder.⁴⁷⁰ A pressa

⁴⁶⁵ BANNON, Alicia L. *Designing a Constitution-Drafting Process: Lessons from Kenya*, p. 1824 e ss.

⁴⁶⁶ No Quênia, a violência pós-eleição, que teve início em dezembro de 2007 e término em fevereiro de 2008, custou cerca de 1.500 vidas, o deslocamento de mais de 400.000 pessoas e a destruição incalculável de propriedades. Cf. NDEGWA, Stephen et al. (Eds.). *History of Constitution Making in Kenya*. Online: Media Development Association & Konrad Adenauer Foundation, 2012, p. 82. A violência foi o resultado da animosidade tribal reprimida, da elevação dos níveis de pobreza, do sentimento de privação de direitos, da desigualdade e do aumento dos custos de vida, exacerbada pelo referendo de 2005.

⁴⁶⁷ Cf., a respeito, LAIBUTA, Mugambi. *The African Union and Kenya's Constitution-Building Process*. Estocolmo: IDEA, 2014.

⁴⁶⁸ Em 1980, após noventa anos de governo colonial e décadas de luta armada contra um regime de governo de minoria branca, o Zimbabué herdou uma constituição de independência, produto de um acordo negociado na *Lancaster House*, em Londres. O processo constituinte foi naturalmente dominado pelo governo britânico, que estava associado na época ao governo minoritário da Rodésia do Sul. Sobre a história constituinte do Zimbábue antes da Constituição de 2013, cf. NDULO, Muna. *Zimbabwe's Unfulfilled Struggle for a Legitimate Constitutional Order*. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 176-203.

⁴⁶⁹ MAGOLOWONDO, Augustine; VLIET, M. van; WAHIU, W. *Constitutional Reform Processes and Political Parties: Principles for Practice*. Estocolmo: NIMD/ IDEA/ ASC, 2012, p. 13.

⁴⁷⁰ Em 1975, a Frente Revolucionária de Timor-Leste Independente (FRETILIN) declarou a independência de Portugal. Sua ocupação posterior pela Indonésia, caracterizou-se por um violento conflito de décadas entre os grupos separatistas (especialmente a FRETILIN) e os militares indonésios. Em 1998, após o colapso

no processo, no entanto, impediu uma ampla participação e talvez seja esse o motivo da continuidade da violência no país.

3.6.3 Constituição Interina e Constituição Definitiva

Num terceiro sequenciamento possível, diferentemente dos anteriores, são utilizadas constituições interinas, precedidas ou não de um acordo de paz. A clara vantagem em relação aos anteriores decorre do caráter legal de que se revestem as constituições interinas que podem ser impostas judicialmente durante o tempo levado para a elaboração de uma constituição final. Além disso, com o uso de uma constituição interina, os acordos firmados mostram-se mais sólidos e menos sujeitos à disposição das partes envolvidas. Também permite a ampliação da participação pública, permitindo, inclusive, a realização de eleições preparatórias para o processo constituinte final. A desvantagem desse roteiro se revela quando a constituição interina não reflete ou não entrincheira os acordos políticos necessários para um processo constituinte final. Deixar a realização desses acordos para um processo mais inclusivo e popular encerrar o risco de deixá-los sem solução, o que, sem dúvida, pode comprometer a instabilidade e a duração da constituição final. É que muitos dos elementos críticos do acordo político podem ser deixados ao processo constituinte, o que cria dificuldades se o processo participativo não conseguir chegar a um acordo sobre questões difíceis.⁴⁷¹ Outra desvantagem ocorre quando a constituição interina antecipa e entrincheira muitas questões substanciais que deveriam ser discutidas no processo constituinte final. É preciso, portanto, que se constitucionalize interinamente os acordos políticos suficientes para

econômico sofrido pelo país, o presidente da Indonésia viu-se forçado a renunciar. Com isso, um acordo patrocinado pela ONU entre a Indonésia e Portugal permitiu uma consulta popular supervisionada pela ONU em agosto de 1999, na qual os timorenses receberiam a opção de “autonomia especial” dentro da Indonésia. Entretanto, previu-se que, se a autonomia especial fosse rejeitada, a ONU teria autoridade e “iniciaria o procedimento que permitiria ao Timor-Leste iniciar um processo de transição para a independência”. No referendo patrocinado pela ONU, quase oitenta por cento da população manifestou o desejo de independência da Indonésia, dando, assim, início a um processo de independência. Depois que este resultado foi anunciado em 4 de setembro de 1999, os militares indonésios e suas milícias timorenses empenharam-se numa campanha de “terra arrasada”, destruindo sistematicamente as infraestruturas e até 74% das casas e edifícios. Em 15 de setembro de 1999, o Conselho de Segurança da ONU autorizou a Força Internacional para Timor-Leste (InterFET) a “tomar todas as medidas necessárias” para restaurar a paz e a segurança. Em 25 de outubro de 1999, o InterFET foi substituído pela Administração Transitória das Nações Unidas em Timor-Leste (UNTAET). A UNTAET foi encarregada de construir o novo Estado assumindo temporariamente poderes soberanos. O poder para exercer “toda autoridade executiva e legislativa, incluindo a administração da justiça” foi concentrado no então representante especial do secretariado-geral das Nações Unidas, o brasileiro Sergio Vieira de Mello. Cf. WALLIS, Joanne. *Constitution Making During State Building*. New York: Cambridge University Press, 2014, p. 78

⁴⁷¹ BELL, Christine; ZULUETA-FÜLSCHER, Kimana. *Sequencing Peace Agreements and Constitutions in the Political Settlement Process*, p. 31 e ss.

a transição pacífica, não antecipando demais as questões substantivas que devem ser decididas posteriormente com inclusão.

A vantagem desse roteiro é que a constituição interina serve como um marco revestido de legalidade cujo cumprimento pode ser imposto por um órgão doméstico, como uma Suprema Corte ou uma Corte Constitucional. Um acordo firmado em um documento com hierarquia constitucional gera maior confiança no processo constituinte. Além disso, tratando-se de um roteiro que torna o processo mais longo, a inclusão popular mais ampla e a educação cívica necessária mostram-se mais viáveis e eficazes. Também, com a adoção de uma constituição interina, a realização de eleições para uma assembleia constituinte fica mais fácil. Os seguintes países adotaram esse sequenciamento: Chade, República Democrática do Congo, Egito, em Madagáscar, Nepal e África do Sul. O exemplo mais representativo e famoso de adoção desse roteiro vem deste último país.

3.6.4 Acordos Provisórios, Constituição Interina e Constituição Definitiva

O último sequenciamento possível é o mais completo. Nele, antes de iniciar a elaboração da constituição final, são adotados todos os arranjos pré-constituintes provisórios, o que inclui possíveis acordos de paz (cessar-fogo), acordos políticos provisórios ou de transição, seguidos de uma constituição interina, e, finalmente, uma constituição definitiva. Ele geralmente é adotado em países que experimentaram conflitos internos prolongados, devido a injustiças estruturais e a necessidade não satisfeita de reformas de longo alcance em alguns setores da sociedade. Também em países com um quadro institucional fraco ou inexistente incapaz de pôr fim ao conflito. Esse roteiro tem a grande vantagem de possibilitar a construção imediata de estruturas mínimas de governo em contextos nos quais não há estrutura de transição. A vantagem deste sequenciamento é que permite a formação imediata de um governo onde não há nenhum e um processo incremental em curso que tenta produzir um texto constitucional que reflita uma solução política. Além disso, por ser mais longo, o potencial de inclusão gradual ao longo do processo é maior. Ou seja, em tese, ele permite mais oportunidades de participação.

No entanto, a análise dos processos constituintes em alguns países representativos desse roteiro revela um sucesso variado. Os casos referem-se, em geral, às dificuldades associadas ao estabelecimento de um acordo constitucional e ao estabelecimento de instituições políticas e jurídicas acordadas em sociedades profundamente divididas (na maioria das vezes por motivos étnicos) que têm sido alvo de um conflito de grande escala. Os

casos mais conhecidos de adoção desse roteiro são Burundi, Ruanda, Kosovo, Iraque e Afeganistão.

Tendo em vista os distintos sequenciamentos acima, a pergunta que emerge é: o que, afinal, determina a escolha de um deles? E até que ponto as escolhas favorecem um processo constituinte e a participação popular? Algum desses roteiros pode ser dito como sendo o melhor? Qual seria, então, o pior deles? Obviamente, as respostas não podem ser categóricas. Elas, pelo contrário, dependem de um conjunto de detalhes locais. Idealmente, é possível pensar que quanto mais completo for o roteiro, melhor será, pois, poder-se-ia pensar, um processo com várias etapas, tendo no meio um documento exigível judicialmente, como é o caso das constituições interinas, permitiria um caminho mais seguro rumo a uma constituição definitiva. Mas, infelizmente, a experiência tem mostrado que as escolhas não são conduzidas por melhores práticas, mas mais pelo o que é possível naquele momento em determinado contexto. De qualquer modo, idealmente, de fato, os roteiros mais longos podem gerar maior inclusão e fortalecer acordos políticos subjacentes que, como se buscou demonstrar ao longo deste Capítulo, são críticos para o sucesso do processo constituinte e para a durabilidade da ordem constitucional criada.

Essas são, portanto, a dinâmicas governantes dos arranjos pré-constituintes. No próximo Capítulo, buscar-se-á analisar as dinâmicas governantes do processo constituinte de uma constituição definitiva. Mas essas dinâmicas também podem ser aplicadas na elaboração de uma constituição interina cujo processo possa ser inclusivo. Partir-se-á do pressuposto de já houve um acordo sobre a necessidade do processo.

4 AS DINÂMICAS GOVERNANTES DO PROCESSO CONSTITUINTE INCLUSIVO

4.1 Introdução

Selecionar um procedimento particular pode ser importante por razões normativas ou estratégicas que são extremamente importantes nos momentos de elaboração e adoção de uma constituição. Dependendo das circunstâncias, a escolha de uma alternativa procedimental específica pode aumentar ou diminuir a legitimidade do processo e beneficiar ou prejudicar a participação de alguns atores. Também pode estabilizar ou comprometer um processo de democratização. Mas elaborar um desenho procedimental envolve escolhas de grandes complexidades. Há sempre argumentos contra e a favor das escolhas possíveis. Novamente, tudo vai depender do contexto e do que pode ocorrer ao longo do percurso, já que o processo constituinte, por mais que se possa tentar controlá-lo, pode ter sua mecânica alterada após iniciado. Por essas razões, eles variam enormemente de um país para outro e ao longo do tempo. Isso torna impossível pensar em todos os detalhes possíveis ou mesmo antecipá-los. Portanto, como foi dito na Introdução, é impossível traçar exhaustivamente um desenho de processo constituinte de modo a torná-lo adequado a todos os contextos.

Ainda assim, é possível identificar uma série de componentes comuns que podem ser considerados como fundamentais ou necessários. É possível, portanto, focar no que chamo de “dinâmicas governantes”, o que inclui as formas como o processo é iniciado, como deve ocorrer a preparação para a participação, os métodos e questões submetidas à consulta pública, a adoção de comissões especializadas e sua composição, a escolha e composição dos órgãos constituintes, os modos de deliberação e procedimentos de aprovação do projeto. São esses aspectos mínimos que serão considerados a seguir. Embora seja muito difícil identificar relações causais entre processo e resultados, certas escolhas procedimentais podem produzir resultados mais ou menos bem-sucedidos. Assim, a determinação dessas questões pode exercer forte influência no nível de inclusão e no resultado do processo em termos de sua legitimidade e conteúdo da Constituição produzida. Embora todos os processos constituintes sejam diferentes, há alguns aspectos e características em processos constituintes ocorridos nas últimas décadas que podem ser considerados como comuns, o que permite a comparação e, com isso, o aprendizado. Este capítulo parte, então, do seguinte pressuposto: se há alternativas, então é possível discutir a correção das escolhas. Portanto, o objetivo desse capítulo é discutir, com algum detalhe, as opções disponíveis no que diz respeito aos

principais aspectos de um processo constituinte que possa ser digno do qualificativo inclusivo.

4.2 Fases do Processo Constituinte: Convenção, Debate e Aprovação

Os processos constituintes democráticos são empreendimentos multifacetados e complexos. Eles geralmente consistem em educação cívica e consulta pública, bem como negociações políticas, decisões técnicas, elaboração e aprovação do documento aprovado. Essas múltiplas atividades ocorrem em uma linha temporal que pode avançar a partir de uma decisão sobre se um processo constituinte é necessário até a promulgação do texto constitucional. É útil conceber o processo constituinte em termos de uma sequência de estágios ou fases. É que, em cada estágio, atores e procedimentos diferentes são envolvidos. Jennifer Widner, por exemplo, fornece um esquema útil de processos constituintes com o propósito de orientar pesquisadores e profissionais. Ela identifica as fases desse processo como elaboração, consulta, deliberação, adoção e ratificação.⁴⁷² Alguns atores começam ainda mais cedo. Por exemplo, Keith G. Banting e Richard Simeon pensam o processo desde o estágio de mobilização de interesses, portanto, antes mesmo de se decidir sobre a necessidade de um processo constituinte. Eles chamam essa fase de “estágio gerador de ideias” no qual grandes mobilizações podem ocorrer e o próprio processo pode ser determinado.⁴⁷³

Por outro lado, Tom Ginsburg e outros dividem o processo constituinte em etapas de redação, deliberação e aprovação, mas se concentram apenas nos dois últimos. Como declaram, “podemos nos concentrar nos estágios de deliberação e aprovação, sob o pressuposto de que a elaboração e outros estágios podem ser desproporcionalmente exclusivos (não sugerimos que o povo olhe sobre o ombro dos redatores enquanto escrevem um rascunho inicial)”⁴⁷⁴ Do ponto de vista da inclusão no processo, eles argumentam que ela diminui, nessas duas últimas etapas do processo, se um órgão eleito publicamente deliberou ou não, e se o processo de ratificação envolveu um referendo público. Portanto, a inclusão popular, segundo pensam, pode ser verificada mediante a avaliação dessas duas variáveis.⁴⁷⁵ Mas essa limitação é excessiva, embora seja compreensível o recorte que

⁴⁷² WIDNER, Jennifer. Proceedings. *Princeton Workshop on Constitution Building May 2007*, 2007, p. 1-49.

⁴⁷³ BANTING, Keith G.; SIMEON, Richard. *Redesigning the State: The Politics of Constitutional Change*. New York: Palgrave Macmillan, 1985, p. 18.

⁴⁷⁴ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*, p. 97-98.

⁴⁷⁵ Idem, p. 97-99.

fizeram, já que eles não tinham como analisar, estatisticamente, a participação na redação. Entretanto, como alguns cientistas evidenciaram recentemente, a fase mais importante do processo legislativo para a democratização antecede a própria redação.⁴⁷⁶

Todd Eisenstadt e outros estudiosos dividem o processo constituinte também em três fases distintas, que eles chamam de convenção, debate e ratificação.⁴⁷⁷ A fase da convenção inclui a análise de atividades no processo constituinte relacionadas à seleção de atores ativamente e diretamente envolvidos na elaboração do conteúdo da constituição. Nessa fase, eles buscaram informações sobre se a elaboração foi feita por um órgão previamente eleito ou um órgão recém-eleito, se essas eleições eram livres e justas e se havia oportunidades sistemáticas de participação direta de cidadãos ou se a atividade foi completamente delegada a especialistas. A fase de debate explora como as decisões foram tomadas sobre conteúdo do texto proposto. Isso implica a análise das negociações e esforços para transformar as preferências dos participantes. A fase de ratificação envolve a análise de procedimentos para aprovar a constituição e torná-la vinculante para todos os cidadãos, inclusive aqueles que não participaram da sua criação. Aqui, eles analisam se a constituição foi aprovada através de um referendo nacional e se há indícios de dúvidas sobre a credibilidade da votação realizada.

Todas as distinções acima são interessantes e produtivas relativamente aos seus propósitos, mas as tenho como incompletas. Como se buscou demonstrar no Capítulo anterior, os processos constituintes, muitas vezes, e cada vez mais, estão ligados a uma fase embrionária, na qual são feitos arranjos pré-constituintes. Assim, especialmente depois da grande desilusão com as intervenções internacionais como único e suficiente meio de resolução de conflitos e da emergência de uma fé em processos constituintes como uma saída muitas vezes bem-sucedida, não é possível mais ignorar a fase pré-constituinte. Com se buscou demonstrar no Capítulo III, os arranjos feitos nessa fase, bem como os possíveis sequenciamentos constituintes, têm implicações importantes para um processo constituinte inclusivo. Por essa razão, eles devem ser vistos como pertencentes a uma fase do processo constituinte, ainda que embrionária.

Por isso, adoto aqui a seguinte divisão do processo constituinte. Como Jennifer Widner, divido o processo constituinte em cinco fases distintas. Mas elas são diferentes. A primeira delas, já analisada no Capítulo anterior, é a dos *arranjos pré-constituintes*. A segunda, ignorada por muitos estudiosos, é da *preparação* para a participação, o que envolve

⁴⁷⁶ EISENSTADT, Todd; LEVAN, A. Carl; MABOUDI, Tofigh. *Constituents before Assembly: Participation, Deliberation, and Representation in the Crafting of New Constitutions*, Capítulo 2.

⁴⁷⁷ Idem.

a educação cívica, muitas vezes crítica para que um processo constituinte seja realmente inclusivo. Ainda nessa fase, é possível, e recomendável, que sejam realizadas consultas prévias. Por isso, as incluo nela. As três últimas fases são as mesmas adotadas por Todd Eisenstadt e seus colegas. Mas, ao invés de chamar a última de “ratificação”, chamo-a de aprovação, já que esta pode se dar sem ratificação, que ocorre geralmente por meio de referendos. Por fim, resta dizer que não se ignora o “estágio gerador de ideias” considerado por Keith G. Banting e Richard Simeon. Mas aqui, como foi dito no final do Capítulo anterior, parte-se do pressuposto de já que houve um acordo sobre a necessidade do processo, o que, inclusive, pode ocorrer sem mobilização pública, embora os protestos de massa, como os que ocorreram após os levantes populares da Primavera Árabe⁴⁷⁸, sejam importantes e mereçam estudo.⁴⁷⁹

Portanto, este trabalho parte da ideia de que as principais etapas do processo constituinte - arranjos pré-constituintes, preparação, convenção, debate e aprovação - podem ser mais ou menos inclusivos.

4.3 A Inclusão Pública na Preparação

Como pontuamos no Capítulo II, por participação, entendemos o comportamento por parte dos membros do povo direcionado a influenciar, direta ou indiretamente, a formulação, adoção ou implementação de escolhas governamentais ou políticas. Mas esse comportamento deve ser pensado e orientado para realmente influenciar o resultado do processo de tomada de decisão pública, e não apenas para lhe conferir legitimidade. Daí a ideia de inclusão interna, que, no processo constituinte, pode ocorrer em vários estágios e pode assumir várias formas. Além disso, a inclusão, que pressupõe a participação, pode ser mais intensa em alguma fase e até mesmo inexistir em outra. Como vimos no Capítulo III, muitas vezes, a fase embrionária do processo constituinte pode até mesmo ser não democrática, exigindo que questões prévias sejam resolvidas por grupos e atores políticos, às vezes, secretamente, como ocorreu em muitos países. Além disso, há processos constituintes sem referendo de ratificação, o que faz com que a fase de aprovação transcorra sem participação popular.

⁴⁷⁸ Cf., sobretudo, SORENS, Jason. Arab Spring Constitution-Making: Polarization, Exclusion, and Constraints. *Democratization*, v. 23, n. 7, p. 1292-1312, 2016.

⁴⁷⁹ Alguns autores afirmam, no entanto, que, do ponto de vista do processo constituinte, a Primavera Árabe, até agora, produziu apenas ganhos sociais simbólicos limitados, com exceção da Tunísia. Cf. EISENSTADT, Todd; LEVAN, A. Carl; MABOUDI, Tofigh. *Constituents before Assembly: Participation, Deliberation, and Representation in the Crafting of New Constitutions*, 2017.

A educação cívica, naturalmente, não constitui participação. Entretanto, como afirma um estudioso, “uma vez que a constituição, o direito constitucional e a prática constitucional em democracias constitucionais antigas foram consideradas como especialidades arcanas, e em muitas nações mais novas têm histórias curtas ou inexistentes, a ampla educação pública no constitucionalismo é muitas vezes uma preliminar essencial para o exercício efetivo do direito a ‘participar’ ”.⁴⁸⁰ Infelizmente, poucos países no mundo contam com um nível de educação suficiente para garantir uma participação pública esclarecida e consciente em processos constituintes. Em muitos países, as pessoas não têm sequer ideias remotas sobre o papel de uma constituição, das instituições que ela cria e dos poderes que ela atribuirá às pessoas no futuro. Em um processo participativo, as pessoas são convidadas a contribuir para fazer escolhas sobre questões muito difíceis para a maioria delas entender. Entre essas questões, por exemplo, estão a escolha de instituições que elas podem, inclusive, nunca terem tido contato. Por essa razão, é preciso não apenas permitir a participação pública, mas prepará-la. Daí, portanto, ser acertada a afirmação de que “a educação cívica é o cerne de um processo participativo”.⁴⁸¹

Os amplos programas de educação cívica e as consultas populares durante o processo constituinte passaram a ser vistos como ferramentas úteis para ampliar a influência popular em seu produto final. Além disso, se os cidadãos estão envolvidos no processo através da consulta pública e da educação cívica, eles são mais propensos a não só conhecer a nova constituição, mas também a monitorar seu cumprimento.⁴⁸² Mas tanto a educação como as consultas públicas não podem ser meras formalidades. Dada sua importância, ambas precisam ser pensadas de modo a realmente possibilitar uma participação pública inclusiva no processo constituinte.

4.3.1 A Educação Cívica

4.3.1.1 *Objetivos e responsáveis*

No processo constituinte, a educação cívica deve ser entendida como qualquer atividade que ajude a preparar o povo para participar, antes e depois de a constituição ser elaborada. Antes da elaboração da constituição, a preparação das pessoas envolve o

⁴⁸⁰ SELASSIE, Bereket Habte. *Constitution Making in Eritrea: A Process-Driven Approach*, p. 37.

⁴⁸¹ BRANDT, Michele et al. *Constitution-Making and Reform: Options for the Process*, p. 91.

⁴⁸² WIDNER, Jennifer. *Constitution Writing in Post-Conflict Settings: An Overview*. *William and Mary Law Review*, v. 49, p. 1520, 2008.

fornecimento de conhecimento ou aprimoramento dele. Esse conhecimento deve ser não apenas sobre o processo constituinte que irá ocorrer, mas também sobre o que a constituição representará para o país e qual seu papel em um sistema de governo. Após a adoção da constituição, preparar as pessoas significa desenvolver suas capacidades e conhecimento para se envolverem em assuntos públicos e para exercerem e protegerem os direitos que a constituição estabelece e impõe como limites às autoridades constituídas. Aqui, nos ocuparemos apenas com a preparação do povo durante o processo constituinte, apesar de reconhecer a importância de sua preparação continuada após a adoção da constituição como forma de auxiliá-lo em sua implementação.

A educação cívica deve visar a educar as pessoas nos valores, instituições e procedimentos de uma possível nova constituição, e como elas podem participar dos assuntos do Estado e proteger seus direitos. As pessoas também devem ser informadas sobre as escolhas que elas poderão fazer. Mas a educação cívica também deve envolver questões sobre o próprio processo, o que significa que as pessoas devem aprender como poderão fazer suas escolhas. Sem acesso a informações sobre o processo ou conhecimento sobre escolhas constitucionais consideradas, bem como conhecimento básico sobre instituições e direitos, muitas pessoas - em alguns casos a imensa maioria - terão poucas oportunidades de participar de forma significativa no processo. Deve-se reconhecer que, sem capacitar uma população sem cultura de constitucionalismo, muitas vezes com altos níveis de analfabetismo e baixos níveis de acesso à mídia, o processo de consulta, se houver, será inútil.

A educação cívica deve priorizar atingir aqueles que raramente participam da vida política do país, como minorias e grupos marginalizados e, em muitos casos, mulheres. No Quênia, que é relatado em maiores detalhes no próximo Capítulo, por exemplo, o caráter participativo do processo deu visibilidade a comunidades até então marginalizadas pela política e pela economia, como o povo que vive em florestas do país, pastores, as pessoas com deficiência e minorias étnicas de toda ordem. É preciso, portanto, dar importância à educação cívica, especialmente em locais onde a população carece de qualquer nível razoável de educação básica. Mas, em alguns casos, ela não será extremamente necessária. Na Islândia, um país que conta com índices altos de educação, a ausência de um programa de educação básica não foi crítica, como se verá também no próximo Capítulo. De qualquer modo, ela deve ser fornecida, mesmo que em distintos graus. Afinal, apesar dos níveis altos de educação, pessoas idosas, minorias e pessoas sem acesso à informação, por exemplo, não devem ser ignoradas. Do contrário, o processo correrá o risco de ser altamente participativo e inclusivo, porém elitista.

A tarefa de educar o público pode ser conferida a comissões criadas para funcionarem durante o processo constituinte, como se passou em vários países, como Uganda, onde a Comissão Constitucional deveria “estimular as discussões públicas e a conscientização sobre questões constitucionais”. Mas, mesmo quando eles não recebem oficialmente esse papel, alguns desses órgãos ainda podem assumi-lo, geralmente como resultado de um compromisso de garantir que o processo constituinte seja participativo. É naturalmente possível que os membros que compõem o órgão constituinte não tenham o conhecimento técnico ou especializado para a tarefa. Mas o órgão pode contratar profissionais ou entidades para isso. Na África do Sul, o órgão constituinte, que assumiu espontaneamente esse papel, contratou uma equipe de educadores especializados.⁴⁸³

Também é possível que um órgão do governo possa ser encarregado dessa tarefa. Além disso, a mídia e a sociedade civil - organizações de direitos humanos, sindicatos, organizações religiosas e grupos minoritários e de mulheres - desempenham frequentemente papéis significativos nesse sentido. Em muitos países, a sociedade civil e os líderes locais concordam em ajudar num programa de educação e são treinados para isso. A sociedade civil também é importante quando se percebe que o processo esteja sendo conduzido de cima para baixo. Nesses casos, a sociedade civil pode tomar sua própria iniciativa e conduzir algum programa que possibilite a informação e conscientização do povo.

Na literatura, a educação cívica é amplamente reconhecida como uma parte importante dos processos constituintes, especialmente processos altamente participativos. Mas, na prática, a adoção de programa de educação em episódios constituintes ainda é baixa. Vivien Hart informa que campanhas governamentais de educação cívica foram realizadas em 35,5% de 194 processos constituintes estudados por ela. Já programas realizados pela iniciativa privada foram vistos em apenas 10% dos casos analisados.⁴⁸⁴

4.3.1.2 Métodos Disponíveis

A educação cívica pode ser realizada através de inúmeros métodos. Em contextos onde existe uma mídia independente, é comum confiar nas redes de transmissão televisas e radiofônicas. De fato, rádio e televisão já oferecem uma variedade de possibilidades criativas

⁴⁸³ Cf., entre outros, MURRAY, Christina. A Constitutional Beginning: Making South Africa's Final Constitution. *University of Arkansas Law Review*, v. 23, n. 3, p. 3, 2000; e CORDER, Hugh. Towards a South African Constitution, p. 491-533.

⁴⁸⁴ HART, Vivien. Constitution Making and the Right to Take Part in a Public Affair, p. 37.

para se transmitir informações e educar. Mas a maioria dos programas de educação cívica usa uma combinação de métodos para alcançar diferentes grupos e comunidades. Jornais, revistas, *outdoors* e sites populares da Internet podem ser pagos ou incentivados a realizar divulgações e a gerar debates. Também teatros, programas de discussão, entrevistas e até canções podem ser usados para transmitir informações ou mensagens educacionais. Na África do Sul, por exemplo foi criada uma linha telefônica para o público usar para fazer perguntas ou dar sugestões. No Afeganistão e no Nepal, material sobre questões constitucionais foi integrado nos programas populares de novela de rádio.⁴⁸⁵ Quadrinhos e desenhos animados também já foram desenvolvidos para alcançar pessoas com baixos níveis de escolaridade. Os eventos esportivos também podem ser uma maneira eficaz de introduzir a juventude no processo. No Quênia, um jogo foi criado para ensinar as pessoas sobre os direitos humanos. Também é possível criar um glossário constitucional para familiarizar o público com os termos relacionados ao processo constituinte e à constituição.

Em síntese, há um amplo leque de possibilidades e métodos de educação cívica. A questão importante é saber qual deles ou qual combinação deles será mais eficaz na informação, esclarecimento, debate e inclusão da população. Mas é indubitável a necessidade de balancear os métodos empregados. Um programa de educação concentrado em mídias sociais, por exemplo, pode contribuir para aumentar as desigualdades em uma sociedade ao capacitar ainda mais aqueles que já têm acesso a algum nível econômico e de educação. Portanto, cidadãos mais desfavorecidos e isolados raramente terão o ganho educacional se não houver outros meios mais diversificados e acessíveis.

Uma questão importante que deve ser considerada é o tempo para a educação. Há de se conciliar um tempo suficiente para fornecer as principais instruções, mas sem delongar demais de modo a atrapalhar o andamento do processo. No Timor-Leste, o Conselho de Segurança da ONU não aceitou o calendário constituinte criado por grupos da sociedade por entender que não haveria tempo suficiente para a educação cívica dos cidadãos.⁴⁸⁶ Mas, não raramente, a desculpa dada para mais tempo de educação cívica serve apenas para o propósito de se ganhar tempo para manipular o processo ou preservar o *status quo*.

A educação cívica é necessária para permitir que os eleitores façam julgamentos conscientes de seus efeitos. Mas ela é igualmente importante para que os destinatários da constituição possam compreendê-las. Em Fiji, não foi providenciada uma ampla educação cívica. A Constituição resultante do processo sequer foi traduzida para todas as línguas locais.

⁴⁸⁵ BRANDT, Michele et al. *Constitution-Making and Reform: Options for the Process*, p. 91 e ss.

⁴⁸⁶ WALLIS, Joanne. *Constitution Making during State Building*, p. 81.

Os resultados foram ausência de compreensão e falta de sentimento de propriedade.⁴⁸⁷ Mas há outros exemplos de fraca educação cívica, mesmo em episódios constituintes nos qual houve envolvimento da comunidade internacional, como foram os casos do Iraque, Afeganistão e Timor-Leste. As causas são variadas e vão desde a necessidade de pressa em finalizar o processo à conclusão de sua desnecessidade.

A África do Sul fornece talvez o melhor exemplo de educação cívica. Lá, os líderes da assembleia constituinte não estavam legalmente obrigados a realizar qualquer educação cívica. Ainda assim, eles anunciaram que iriam envolver o povo e consultá-lo sobre a constituição porque isso criaria um sentimento de propriedade e legitimidade tanto para o processo quanto para a constituição. O órgão de gestão administrativa da assembleia criou um departamento para estabelecer um contato mais próximo com o povo. Eles passaram quatro meses planejando como se daria a participação pública no processo. Foi dada ênfase ao acesso ao maior número possível de cidadãos, incluindo cidadãos analfabetos e desfavorecidos. Eles usaram reuniões públicas abertas ao público, reuniões com organizações da sociedade civil sobre questões específicas, campanha publicitária e de mídia e oficinas de educação cívica. Foram realizados cerca de 486 workshops visando a alcançar as comunidades desfavorecidas do país. Educadores foram contratados e treinados, e um manual foi criado para garantir que as mensagens e a metodologia fossem consistentes. Em oficinas, foram empregados os mais distintos métodos de aprendizagem. Buscou-se educar os cidadãos desfavorecidos sobre o processo, a história constitucional da África do Sul e os direitos humanos, assim como encorajar os participantes a fornecerem contribuições.⁴⁸⁸

O departamento desenvolveu uma ampla campanha para conscientizar que um processo constituinte estava acontecendo e incentivar o público a participar. Como se relata, a campanha de mídia enfatizou o papel do público no processo, promovendo anúncios que incluíam mensagens como “É seu direito de decidir seus direitos constitucionais”. Além disso, grupos externos foram contratados para avaliar se suas mensagens eram eficazes, permitindo que fossem revisadas ao longo do processo.

O departamento também forneceu a educação cívica sobre o processo e sobre questões constitucionais através do uso de cartazes, folhetos, um boletim constitucional quinzenal chamado “Conversa Constitucional”, com distribuição semanal de 160 mil cópias, além de quadrinhos e um site oficial desenvolvido com a Universidade da Cidade do Cabo. Também

⁴⁸⁷ COTTRELL, Jill; GHAI, Yash. *Between Coups: Constitution Making in Fiji*. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 275 e ss.

⁴⁸⁸ BRANDT, Michele et al. *Constitution-Making and Reform: Options for the Process*, p. 92.

foi feito uso de um programa de TV chamado também de “Conversa Constitucional”⁴⁸⁹. Por meio dele, foram promovidos debates sobre questões constitucionais contenciosas, como a pena de morte. Um programa de rádio de uma hora de duração foi organizado em oito línguas e atingiu mais de dez milhões de sul-africanos a cada semana. Dez mil pessoas também fizeram uso de uma linha telefônica chamada “Linha de Conversa Constitucional” para ligar e deixar ou receber informações. Essa linha, aliás, estava disponível em cinco idiomas.

Foram também realizados encontros multipartidários, nos quais participavam membros e apoiadores dos mais diversos partidos. Dessas reuniões também participavam membros da assembleia constituinte. Esses encontros foram pensados tanto para educar como para reunir pontos de vista sobre questões constitucionais antes da elaboração do projeto de constituição. O público viu pela primeira vez facções em guerra reunidos pacificamente em mesas de debates sobre questões constitucionais. A propósito, após elaborado o projeto, foram enviadas quatro milhões e meio de cópias dele por correio gratuitamente, além de serem distribuídas em táxis, jornais e escolas. Quando a Constituição foi aprovada, mais de doze milhões de cópias foram enviadas também gratuitamente para as comunidade e locais mais remotos. Versões em braile e gravações da constituição final também foram feitas, assim como as versões em quadrinhos da declaração de direitos. Os instrumentos didáticos sobre a constituição final foram distribuídos às escolas durante a “Semana da Constituição Nacional”, que foi criada para promover o constitucionalismo e a propriedade da nova constituição da África do Sul. Para realizar essas tarefas após a Constituição ser promulgada, o departamento permaneceu em operação por alguns meses depois de a assembleia constituinte ter concluído seu trabalho.⁴⁹⁰

A profundidade e a criatividade do processo de educação cívica da África do Sul inspiraram muitos outros constituintes de países pobres, como Eritreia, Uganda e Zimbábue e Timor Leste.⁴⁹¹ Na Eritreia, por exemplo a taxa de analfabetismo de 80% exigiu que a Comissão Constitucional organizasse canções, poesias, contos, quadrinhos, grupos de teatro móvel, concertos e programas de rádio que tratassem de temas constitucionais.⁴⁹² Lá, pelo que se relata, a educação cívica atingiu mais de 500.000 cidadãos e mais de 22.000 cidadãos

⁴⁸⁹ Cf. EBRAHIM, Hassen; MILLER, Laurel E. *Creating the Birth Certificate of a New South Africa: Constitution Making After Apartheid*, p. 111 e ss.

⁴⁹⁰ CORDER, Hugh. *Towards a South African Constitution*, p. 461 e ss.

⁴⁹¹ WALLIS, Joanne. *Constitution Making during State Building*, p. 85 e ss.

⁴⁹² SELASSIE, Bereket Habte. *Constitution Making in Eritrea: A Process-Driven Approach*. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 57-80.

participaram de consultas constitucionais. Os programas de educação constitucional foram realizados em todas as línguas faladas no país. Foram também tomadas medidas para alcançar os analfabetos, transmitindo os princípios do constitucionalismo através de shows de fantoches, sessões de poesia, narrativas e teatro. Questionários, concursos e debates sobre rádio e televisão também fizeram parte dos programas de educação cívica. Em resumo, “a população da Eritreia estava muito melhor equipada com as habilidades necessárias para poder participar do processo de constituinte de seu país” .⁴⁹³

Tudo isso sugere que, mesmo em países com baixos níveis de escolaridade, como dá exemplo a Eritreia, um programa profundo e bem pensado pode aumentar sobremaneira as chances de educar o povo sobre o processo constituinte e as questões constitucionais fundamentais que uma constituição deve tratar. Esse é, sem dúvida, o primeiro e talvez mais importante passo para um processo constituinte inclusivo, já que não se pode esperar contribuição de um povo desinformado. Mas fornecer educação cívica não basta.

4.3.1.3 *Monitoramento e Pesquisas*

Assim como fornecer a educação é importante, também são necessários a sua fiscalização e seu monitoramento, especialmente em países nos quais haja suspeitas de manipulação do processo. Ou seja, avaliações do impacto dos esforços de educação cívica devem ser conduzidas para medir se eles estão alcançando os resultados pretendidos. Isso pode ser feito contratando especialistas em educação pública. Além disso, algumas pesquisas iniciais podem ser necessárias para determinar o nível de conhecimento cívico. Também é preciso que se determine o nível de conhecimento cívico e constitucional necessário para participar efetivamente ou o que deve ser priorizado. O caso do Timor-Leste é um exemplo a ser considerado sobre a necessidade não apenas de educação cívica, mas de seu monitoramento. Lá, houve tantos erros no programa que inúmeras pesquisas revelaram que boa parte da população, ao final, além de não ter entendido questões-chaves, se revelou bastante confusa em relação ao processo constituinte.⁴⁹⁴

Em muitos contextos, pode ser necessário realizar uma pesquisa para identificar grupos e comunidades historicamente desfavorecidos e que podem exigir atenção especial

⁴⁹³ SAATI, Abrak. Participatory Constitution-Making as a Transnational Legal Norm: Why Does It “Stick” in Some Contexts and Not in Others?, p. 131.

⁴⁹⁴ AUCOIN, Lous; BRANDT, Michele. East-Timor’ s Constitution Passage to Independence. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 245.

para garantir sua participação. Do mesmo modo, é recomendável se analisar qual método é o mais adequado para cada contexto. Por exemplo, pesquisa no Nepal mostrou que 90% das pessoas ouviam o rádio por até duas horas por dia e que essa era a fonte de informação mais confiável. Como experientes estudiosos dizem:

A pesquisa pode ser necessária para determinar qual meio ou método é mais eficaz para alcançar quais grupos e, a que horas, transmitir informações de uma maneira mais confiável. ONGs internacionais muitas vezes podem financiar esses estudos. Transmitir informações e mensagens educacionais efetivamente para um determinado público é altamente específico para o contexto e a cultura. O que funcionou em um lugar pode falhar em outro. Geralmente, é necessário levar em consideração as diferenças entre as pessoas do mesmo país (por exemplo, mulheres, cidadãos analfabetos e minorias).⁴⁹⁵

Obviamente, nenhum programa de educação cívica é absolutamente neutro. Como esses programas são muitas vezes financiados por doadores estrangeiros, especialmente em países pobres, os materiais utilizados acabam influenciando as escolhas dos cidadãos, já que eles podem ser confeccionados a partir das preferências estrangeiras. Portanto, a educação cívica não pode ignorar os contextos histórico e cultural de cada país, as preferências, costumes e tradições do povo, devendo privilegiar as soluções locais, evitando que os envolvidos manipulem o resultado do processo constituinte, ao promover agendas de interesses particulares e nada republicanos. Isso pode ser evitado com o monitoramento de ONGs nacionais e grupos apartidários, por exemplo. Mas o oposto também é um risco. É que, às vezes, a alegação de que a comunidade internacional está influenciando a participação pode apenas significar o desconforto de quem está tendo seu poder e status ameaçados. No Quênia, por exemplo, o presidente Moi foi extremamente resistente à educação cívica prestada sob os auspícios da comunidade internacional em conjunto com ONGs locais e usou alguns membros da comissão constituinte para tentar banir suas atividades através da criação de regras próprias para a educação cívica, tudo isso sob a alegação de que investidores estrangeiros estariam manipulando a educação dos cidadãos do país.⁴⁹⁶

Portanto, para que um processo constituinte seja realmente inclusivo, de modo a permitir que o povo participe efetivamente, a educação pública deve ser, de fato, eficaz. Por isso, deve ela deve ser pensada para cada contexto, de modo que se possa adotar os métodos mais adequados para alcançar cada público, conforme suas capacidades e níveis de acesso à informação. Deve ser ela também monitorada e apenas finalizada se se tiver a convicção de

⁴⁹⁵ BRANDT, Michele et al. *Constitution-Making and Reform: Options for the Process*, p. 97.

⁴⁹⁶ TRIPP, Aili Mari. The Politics of Constitution Making in Uganda. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 164.

que o povo já está minimamente preparado para participar eficazmente, compreendendo o que ele decidirá e fazendo escolhas de forma consciente. Do contrário, a educação cívica será mais um dispositivo meramente legitimador de um processo, o que não basta. Somente uma educação cívica que proporcione uma participação instruída, desinibida e consciente pode ser aceita, se se deseja que a vontade do povo seja realmente eficaz e levada a sério.

Embora seja difícil mensurar o impacto de um programa de educação cívica no processo constituinte, talvez, o comparecimento às urnas e o surgimento de movimentos contra e favor à aprovação de temas constitucionais sejam boas expressões. Mas é possível que uma educação pública eficaz proporcione uma conscientização política que só se perceberá no futuro, como Devra Moehler relata ter ocorrido em Uganda.⁴⁹⁷ Todavia, seus propósitos principais devem ser buscados: permitir que as pessoas entendem o que está sendo feito e decidam conscientemente quando consultadas. Além disso, a educação deve ser capaz de fazer com que o povo perceba, no texto da constituição, se sua vontade foi levada a sério.

4.4.1 Consultas Públicas

4.4.1.1 *Quando devem ocorrer*

As consultas públicas são os principais meios de participação direta no processo constituinte. Na maioria dos processos, alguma consulta ocorre durante as fases de elaboração ou aprovação. Elas são realizadas sobre questões relacionadas ao conteúdo da constituição. Mas é possível que ela ocorra antes mesmo da fase de convenção. É que elas também são feitas para consultar o povo sobre se um processo constituinte pode ocorrer e como ele deve ser conduzido. No primeiro caso, a consulta pública é de suma importância em contextos nos quais a vontade popular por uma alteração na ordem constitucional não é evidente. Então, se não houver uma mobilização pública clara a favor de um processo constituinte, uma consulta pública deve ser realizada para se ter a certeza se a vontade do povo é a de passar para outra ordem ou manter a vigente.

Esse tipo de consulta, inclusive, pode ser exigido em constituições que preveem em seus textos o procedimento para a elaboração de uma nova ordem, como é o caso da Venezuela, onde recentemente um plebiscito foi realizado supostamente seguindo-se a

⁴⁹⁷ Como foi dito no Capítulo II, a autora sustenta que a participação popular no processo constituinte de Uganda, antecedida de um sério programa de educação cívica, ajudou a criar uma sociedade de “democratas desconfiados”, ou seja, de cidadãos que são democratas em suas atitudes, porém desconfiados de suas instituições políticas. Cf. MOEHLER, Devra C. *Distrusting Democrats Outcomes of Participatory Constitution-Making*, 2008.

constituição em vigor. É que, muitas vezes o problema que esteja motivando alguns a defenderem um processo constituinte pode ser resolvido através de reformas constitucionais, e não mediante o abandono da ordem em vigor. Já no segundo caso, a consulta pode ser feita para definir algumas questões-chave do processo constituinte, como, por exemplo, qual deve ser o órgão constituinte e sua composição. Essa consulta, inclusive, foi uma opção considerada para o processo constituinte brasileiro, mas foi logo descartada.⁴⁹⁸

Essa é, talvez, em muitos casos, a consulta mais importante, pois um processo iniciado sem uma clara vontade do titular do poder constituinte mostra-se ilegítimo, podendo, inclusive, provocar conflitos internos duradouros e a não adesão à constituição, embora os casos da Alemanha e Japão sejam exemplos de legitimidade adquirida no tempo.⁴⁹⁹ Consultar o povo sobre sua vontade de ter uma nova constituição é o primeiro passo para garantir o sentimento de propriedade que justifica a participação pública no processo constituinte, embora esse não seja o único modo. Ouvir o povo e obedecê-lo nesse momento é um exemplo evidente de inclusão popular em processos de alteração de ordens constitucionais.

Mas as consultas também devem ocorrer após o povo manifestar, de forma incontestável, sua vontade de constituir uma nova ordem constitucional. Após iniciado o processo, essas consultas podem e devem ocorrer sobre o próprio processo e o conteúdo da constituição. A seguir, serão tratadas as consultas de acordo com o seu objeto - se sobre o processo ou sobre o conteúdo da constituição. Antes, porém, vejamos os métodos.

4.4.1.2 Métodos disponíveis

As consultas públicas podem ser realizadas por vários métodos. Como ocorre com a educação cívica, não existe um único modelo geralmente aplicável e correto sobre como realizar um processo de consulta pública. É comum que em processos constituintes se realize uma combinação de métodos para garantir que o maior número possível de pessoas tenha a

⁴⁹⁸ Flávio Bierrenbach, primeiro relator da emenda constitucional que convocou a Constituinte, destituído, porém, na véspera da votação do relatório, afirmou em entrevista recente que quis propor um plebiscito para a escolha do órgão constituinte. E conta: “Fui na casa do dr. Ulysses [Guimarães], dois dias antes [da votação do relatório], numa reunião ampla. E sustentei que iria propor um plebiscito para que o povo decidisse que Constituinte queria, entre outras coisas. [Eles disseram] que era inviável, que não tinha clima, que os militares não iam gostar, por aí... Quando chegou o momento crucial - votar meu relatório - a solução política foi me destituir. E aí já tinha um outro relator e um outro relatório prontos” . Cf. CARVALHO, Luiz M. 1988: Segredos da Constituinte, p. 137.

⁴⁹⁹ Sobre o “mito” da constituição japonesa imposta, cf. LAW, David S. The Myth of the Imposed Constitution. In: GALLIGAN, Dennis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 239-268.

oportunidade de participar. Embora uma votação em referendo ou plebiscito seja a forma mais comum e ordinária ele não é, no entanto, a única e, talvez, nem mesmo a mais eficaz. A escolha dependerá das razões que motivam a consulta.

Um método de consulta pública hoje bastante empregado em episódios constituintes é a solicitação de submissões de propostas. Essa solicitação pode ocorrer por meio da mídia, mas também por meios mais tradicionais, como líderes locais ou formulários estrategicamente colocados. É possível também que se veicule essas solicitações em calendários constituintes, hoje muito comuns. Isso significa que um órgão constituinte pode anunciar um período de tempo para o recebimento de envios de submissões por meio de cartas, e-mails, mensagens de textos e até mesmo ligações telefônicas para uma central de recebimento de sugestões. Para tornar esse tipo de consulta mais eficaz, é aconselhável que se divulgue os motivos do interesse em receber sugestões, dando uma indicação dos tipos de problemas e questões sobre quais os pontos de vista podem ser enviados. Isso permite um melhor aproveitamento da participação.

Outra medida importante para facilitar as submissões de sugestões é a adoção de um formulário padrão ou de um documento que estabeleça um formato próprio para esse tipo de submissão. Além disso, pode ser necessária a confecção de um manual capaz de orientar como tais submissões devem ser feitas e sobre o que elas devem versar. No processo constituinte ocorrido em Uganda, por exemplo, a Comissão Constitucional preparou e distribuiu um folheto sobre todos os problemas e questões sobre os quais o povo poderia se manifestar. A esse folheto foi dado o título “Diretrizes sobre a Apresentação de Submissões sobre Questões Constitucionais”. Ele continha 253 perguntas orientadoras destinadas a ajudar as pessoas a preparar submissões escritas.⁵⁰⁰

A tecnologia em muitos casos pode ser uma ferramenta muito útil. Redes sociais, páginas na internet, envio de mensagens de texto, e-mails e linhas telefônicas são algumas opções. Esses meios de comunicação tecnológicos têm sido utilizados, com muito sucesso, mesmo em país pouco desenvolvidos. No Zimbábue, por exemplo, o movimento Coalização das Mulheres lançou uma poderosa campanha por meio de mensagens de texto para pressionar o comitê constitucional parlamentar a corrigir os desequilíbrios de gênero no processo constituinte, o que resultou na alteração da representação e em maior consideração de questões constitucionais relacionadas à igualdade entre homens e mulheres no país. Na Somália, onde graves problemas de segurança tornaram impossível realizar reuniões de

⁵⁰⁰ MOEHLER, Devra C. Participation and Support for the Constitution in Uganda, p. 280; e TRIPP, Aili Mari. The Politics of Constitution Making in Uganda, p. 164.

consulta pública, também houve uso extensivo de mensagens de texto via telefones para receber opiniões sobre questões constitucionais. Na África do Sul, como foi dito, foi disponibilizada uma linha telefônica para receber opiniões e perguntas sobre o processo constituinte.⁵⁰¹ No experimento constituinte altamente participativo da Islândia, o uso de redes sociais e websites tornou o processo conhecido no mundo inteiro, como se verá no próximo Capítulo. Lá, inclusive, se fez streaming de audiências e fóruns de discussão, o que foi responsável pela propulsão do processo e aumento do interesse público. Redes sociais mais conhecidas, como Facebook e Twitter, também foram bastante utilizadas.⁵⁰²

Sem dúvida, esses meios de participação ampliam a participação sobremaneira. Todavia, não podem ser os únicos. É que, em muitos países, o acesso à tecnologia, como celulares e internet, é bastante restrito. A propósito, hoje é preciso incluir o ensino do uso de tais tecnologias em programas de educação cívica, mesmo naqueles países que os democratizam, já que idosos e pessoas com alguma deficiência podem ter reais dificuldades na sua utilização. Assim como deve ocorrer nas submissões por meios não eletrônicos, é preciso que se pense em meios de participação mais objetivos. Isso significa que perguntas devem ser feitas e temas devem ser delimitados. Isto porque esses meios, apesar de ampliarem bastante a participação, podem dificultar seu processamento, pelas numerosas sugestões e críticas que podem ser emitidas por meio deles.

Outra forma de consulta pública, inclusive muitas vezes mais objetiva, é a elaboração de questionários contendo perguntas diretas e escritas em linguagem fácil. Esse método facilita o processamento das contribuições. Esses questionários podem ou não ser antecedidos de pesquisas que revelem as principais preocupações e temas contenciosos. Novamente, um bom exemplo vem do Quênia⁵⁰³, cujo processo é relatado em maiores detalhes no Capítulo V. Lá, a Comissão de Revisão da Constituição desenvolveu uma lista de questões orientadoras somente após uma ampla consulta pública, fazendo com que a lista de vinte e duas questões ou temas constitucionais refletisse as preocupações do público. No chamado, “livro vermelho” foram estabelecidas 199 perguntas orientadoras. Esforços semelhantes ocorreram em Ruanda e Uganda.

⁵⁰¹ Esses exemplos foram extraídos de BRANDT, Michele et al. *Constitution-Making and Reform: Options for the Process*, p. 91 e ss.

⁵⁰² Cf. LANDEMORE, Hélène. Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment. *Journal of Political Philosophy*, v. 23, n. 2, p. 5 e ss., 2015.

⁵⁰³ Cf. MURUNGA, Godwin R.; OKELLO, Duncan; SJÖGREN, Anders. *Kenya: The Struggle for a New Constitutional Order*. London: Nordiska Afrikainstitutet, 2014. Mas, também, WAMAI, E. Neoki. Mediating Kenya's Post-Election Violence: From Peace-Making to a Constitutional Moment. In: MURUNGA, Godwin R.; OKELLO, Duncan; SJÖGREN, Anders (Eds.). *Kenya: The Struggle for a New Constitutional Order*. London: Nordiska Afrikainstitutet 2014, p. 66-78.

A vantagem desse método está em permitir uma consulta e uma contribuição mais objetivas, facilitando seu processamento e aproveitamento. O método também permite uma divulgação mais clara de resultados, o que ajuda os participantes a saberem se suas opiniões foram consideradas no processo constituinte ao confrontar os resultados das consultas com o texto constitucional produzido. É preciso, contudo, que as perguntas não sejam enviesadas e que tais questionários sejam traduzidos para idiomas e dialetos, assim como para o braille. Também é recomendável que elas sejam elaboradas por comissões a respeito das quais haja reconhecimento de autonomia em relação às forças dominantes no contexto. Além disso, é preciso considerar a necessidade de discussões prévias capazes de provocar maior reflexão sobre o que é consultado, ainda que o questionário seja objetivo e redigido em linguagem simples. Estudiosos relatam que, no Iraque, muitas pessoas foram excluídas de uma pesquisa simplesmente por não saberem como preencher os questionários aplicados. Lá, não houve um programa de educação cívica e as perguntas não foram discutidas previamente. Como isso, os resultados das pesquisas acabaram revelando apenas as opiniões de elites educadas.⁵⁰⁴ O mesmo foi detectado no festejado processo constituinte sul-africano, onde houve uma severa desproporção de submissões provenientes de pessoas com bom grau de educação, da classe média, ex-políticos, acadêmicos, profissionais e ativistas políticos.⁵⁰⁵

A realização de fóruns de discussão e reuniões também são métodos de consulta empregados com certa frequência. Este método tem o potencial de promover um processo mais deliberativo e aberto. Além disso, ele permite ouvir comentários e receber contribuições mais diretas. A sua desvantagem está no fato de que muitas pessoas que têm dificuldades para se expressar podem se sentir inibidas de participarem, diferentemente de outras com maior grau de escolarização e desenvoltura. Além disso, em sociedades nas quais exista desconfiança de processos oficiais de tomada de decisão, a dificuldade comum em persuadir as pessoas pode fazer com que haja pouca participação. Outra desvantagem são os obstáculos que podem existir em alguns contextos, como conflitos em andamento, ausência de transporte público etc. Isso, naturalmente, pode comprometer os resultados das consultas, já que possivelmente não refletirão uma visão mais ampla da sociedade.

Mas há bons exemplos de episódios constituintes nos quais se buscou enfrentar com relativo sucesso essas dificuldades. Veja-se o que ocorreu na Eritreia.⁵⁰⁶ Lá, durante quatro meses, foram realizadas cerca de 175 reuniões públicas sobre um conjunto de propostas

⁵⁰⁴ BRANDT, Michele et al. *Constitution-Making and Reform: Options for the Process*, p. 130.

⁵⁰⁵ WALLIS, Joanne. *Constitution Making during State Building*, p. 70.

⁵⁰⁶ SELASSIE, Bereket Habte. *Constitution Making in Eritrea: A Process-Driven Approach*, p. 65.

amplas e previamente divulgadas. As reuniões começaram com uma introdução das propostas seguidas de um tempo para perguntas e respostas. As questões foram analisadas de acordo métodos com estatísticos e, segundo se relata, a transmissão fiel dos pontos de vista coletados inspirou os constituintes. Como outros métodos, é importante que tais fóruns sejam temáticos e precedidos de alguma pesquisa que levante os pontos contenciosos a respeito dos quais o povo têm mais interesse em participar. Do contrário, esse método de consulta pode se tornar disfuncional e não produtivo.

Todos esses métodos podem ser empregados não apenas para o público em geral, mas também para grupos específicos. A depender do histórico local, métodos de consulta pública devem ser utilizados visando a inclusão de minorias estigmatizadas, mulheres e grupos étnicos esquecidos pelo governo. Muitas vezes, aqueles que compõem essas minorias se sentirão inibidos de participarem de consultas gerais, especialmente de fóruns e reuniões públicas nos quais também participem pessoas e grupos que os estigmatizam e os oprimem. De igual modo, tais consultas também podem ser feitas a apenas especialistas e grupos determinados. O importante é garantir que todos os grupos ou, pelos menos, os principais e mais desfavorecidos sejam ouvidos.

Quaisquer que sejam os métodos empregados, as consultas podem versar, como se antecipou, sobre o processo constituinte e sobre o seu produto, a constituição. A seguir, são feitas algumas considerações a respeito.

4.4.1.3 *Consultas Públicas sobre o Processo*

Consultas públicas sobre questões do processo ocorrem com mais frequência antes mesmo do início do processo constituinte, mas podem também ser realizadas em vários momentos durante um processo já iniciado. Se elas ocorrem antes do processo constituinte começar, é preciso que se tenha certeza que o povo saberá o que está sendo decidido e possa, assim, tomar decisões conscientes de seus efeitos. Daí, portanto, ser necessário, em alguns casos, e a depender do que será decidido, que haja um mínimo de educação e esclarecimento cívicos, o que pode ser feito por meio de muitos métodos disponíveis, como foi dito anteriormente. Por outro lado, se as consultas são feitas após iniciado o processo, obviamente, é preciso que no processo de educação cívica a questão a ser decidida seja trabalhada. Isso significa que, após se anunciar o que será consultado, os programas de educação cívica devem focar nos temas e alternativas, assim como em suas consequências.

Muitas questões podem ser decididas no que diz respeito ao próprio processo constituinte. Mas há algumas mais importantes que outras ou mesmo mais corriqueiras. A primeira delas, como já se disse, é sobre a própria realização do processo. Esse tipo de consulta é extremamente importante quando possível. É que, de fato, em alguns contextos, especialmente em ambientes em situação de conflito pode ser difícil organizá-la e realizá-la com segurança. Além disso, elas se mostram ainda mais importantes em sociedade profundamente divididas, devido à grande chance de profundo desacordo interno sobre questões-chaves. Em tais sociedades, para alguns grupos, o status quo pode ser considerado melhor do que uma mudança de ordem. Em muitos casos, inclusive, é preferível não um processo constituinte, mas uma abordagem incremental com vistas a corrigir desigualdades e desequilíbrios de poder.⁵⁰⁷ Esse tipo de consulta é importante, pois manda um sinal de que o processo poderá ser participativo, diminuindo a desconfiança pública a seu respeito.

Outra consulta que é bastante importante é sobre como devem ser realizadas as próprias consultas e sobre como deve ser conduzido um processo de educação cívica adequado. Ou seja, é possível que a consulta seja sobre os métodos de educação cívica e de consultas a serem empregados. Também podem envolver quem deve conduzi-las e organizá-las. Como em muitos processos constituintes os programas de educação cívicas e consultas recebem o patrocínio de indivíduos, corporações e grupos estrangeiros, uma consulta a esse respeito também pode ser feita, muito em especial em países nos quais haja uma desconfiança pública sobre a participação estrangeira em tomadas de decisão. Ainda quanto a essa observação, também pode ser o caso de se procurar saber se entidades estrangeiras, mesmo ONGs, devem auxiliar no processo e também se se deve permitir a participação de experts estrangeiros.

Uma terceira questão importante que consultas sobre os procedimentos podem e devem tratar diz respeito a como o processo deve ser estruturado. Essas consultas podem envolver perguntas sobre o órgão constituinte, seleção de seus membros, mecanismos de participação pública, cronograma para o processo etc. Em contextos conflituosos ou pós-conflito, como se viu no Capítulo III, muitas vezes ocorre de as partes em negociação já terem firmado de antemão o procedimento. Isso pode ser necessário como um meio de pavimentar o caminho para um processo constituinte. Mas nada impede que as questões decididas e acordadas na fase pré-constituinte sejam novamente discutidas, quando houver ambiente político propício. Também pode ser necessário a realização de consultas para a deliberação

⁵⁰⁷ Cf., por todos, LERNER, Hanna. *Constitution-writing in Deeply Divided Societies: The Incrementalist Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

sobre como alguns grupos marginalizados ou menos favorecidos devem ser melhor representados. Por exemplo, pode ser necessário discutir como as mulheres, indígenas, camponeses, idosos devem ser representadas e como deve ser feita a seleção de seus representantes, o que pode envolver a alternativa de que a indicação parta dos próprios grupos.

4.4.1.4 *Consultas Públicas sobre o Conteúdo da Constituição*

As consultas sobre o conteúdo da constituição, em geral, são as mais comuns. Elas ocorrem com mais frequência em pelo menos quatro momentos. O primeiro deles pode ocorrer mesmo antes de iniciado o processo propriamente dito. É que, em vários processos constituintes, uma primeira consulta é realizada com o propósito de coletar informações que possam revelar quais são as principais preocupações populares. A partir desse levantamento das questões-chaves e contenciosas o processo pode ser desenvolvido focando sobretudo nesses pontos. Foi o que ocorreu, por exemplo, e como se verá em detalhes no próximo Capítulo, na Islândia e no Quênia. A vantagem dessa primeira consulta é evidente. Afinal, levantar os principais pontos e questões faz com que o projeto constituinte iniciada já inicie com a consideração da vontade popular. Além disso, se facilita o controle do processo pelo povo, que poderá mais facilmente verificar se sua vontade está sendo, de fato, considerada, e isso desde o início do processo. Essa verificação da correspondência entre vontade popular e produto constituinte poderá, assim, ser realizada desde a elaboração de projeto de constituição. Embora a consulta possa deixar mais longo o processo constituinte e demandar muitas vezes muitos recursos, o que serve muitas vezes de justificativa para a sua não realização, ela coloca a discussão nos trilhos. O processo constituinte em Uganda, como se verá no próximo Capítulo, foi bastante beneficiado por esse tipo de consulta.

Um segundo momento no qual geralmente ocorre a consulta pública é durante a elaboração de um projeto de constituição. Em regra, essa consulta ocorre quando não foi feita a primeira relatada no parágrafo anterior. Isso pode se dar muitas vezes em razão da impossibilidade de se realizar um levantamento prévio de questões-chaves, devido, por exemplo, a um conflito em curso. Mas essas consultas também podem ter lugar quando os constituintes desejam rediscutir questões importantes firmadas em arranjos provisórios que não contaram com a participação popular. Seu objetivo geralmente é o mesmo da consulta que antecede o início do processo constituinte, ou seja, levantar a opinião do povo sobre questões centrais. Esse tipo de consulta, realizada antes ou depois de iniciado o processo tem

sido cada vez mais comum em episódios constituintes pelo mundo. No passado, a importância dessa consulta inicial era geralmente ignorada e os representantes, constituintes e delegados eram quem determinavam as questões principais a serem consideradas no processo constituintes. Para um processo constituinte que se deseja ser inclusivo, tais consultas são fundamentais.

Um terceiro momento comum é aquele posterior à elaboração do projeto de constituição. Muitos procedimentos constituintes preveem a aprovação do projeto de constituição pelo povo em um referendo. O objetivo principal é saber as opiniões das pessoas sobre a estrutura e questões pensadas para serem objeto de deliberação no órgão constituinte. Mas, evidentemente, nessa fase, a consulta também pode ser feita com o propósito de receber contribuições que melhorem a qualidade do projeto. Isso ocorreu em grande extensão e profundidade no processo constituinte da Islândia. Lá, o projeto da constituição foi praticamente reconstruído com sugestões e críticas públicas feitas por meio de comentários nas redes sociais.

Por fim, o momento cada vez mais comum de consulta pública sobre o conteúdo da constituição é o que se dá antes de os constituintes decidirem questões importantes. Essas questões podem estar relacionadas às questões-chave levantadas em consultas anteriores. Mas pode ser sobre outras questões importantes que tenham surgido durante o processo, questões essas cuja fundamentalidade recomenda uma consulta popular. Para isso, é preciso haver ampla divulgação do projeto, e fazer com que ele chegue a todos. Geralmente, o projeto é publicado online ou são feitas cópias impressas para distribuição pelo país. Por exemplo, na África do Sul, a comissão responsável fez circular cerca de 4.5 milhões de cópias traduzidas em vários idiomas e dialetos. Há países nos quais esse tipo de consulta é feito mais de uma vez, como ocorreu em Bougainville⁵⁰⁸ e na Islândia.

Esse tipo de consulta é especialmente importante para um processo constituinte. Dar a oportunidade de o povo verificar o que será discutido é fundamental por pelo menos duas razões. Primeiramente, isso permite que o povo saiba se sua vontade está sendo, de fato, considerada. Isso pode ser verificado mediante a confrontação com os pontos levantados em consultas anteriores que tenham buscado coletar questões importantes antes da elaboração do projeto. Mas também é importante na ausência dessas primeiras possíveis consultas. Isto porque conhecer o projeto significa ter uma prévia do que poderá ser aprovado. Isso evita que o povo seja surpreendido e tenha a chance de se mobilizar contra ou a favor de questões contidas ou ignoradas no projeto elaborado.

⁵⁰⁸ Cf. WALLIS, Joanne. *Constitution Making during State Building*, passim.

Evidentemente, para um processo constituinte não apenas participativo, mas inclusivo, o ideal seria a realização de todas essas consultas. Infelizmente, contudo, é preciso reconhecer que elas devem ser sopesadas com outras questões. Em muitos casos, será preciso ter um processo constituinte mais célere, de modo a realizar o quanto antes uma transição de regimes. Também pode haver obstáculos financeiros. A realização dessas consultas geralmente exige um bom investimento. Por essa e outras razões, muitos processos constituintes diminuem a consulta popular. O que, porém, não pode ocorrer é deixar essa participação popular apenas para o momento final do processo constituinte, pelas razões que serão oferecidas mais à frente.

Também é importante que haja responsividade nesses processos de consulta. É preciso que as comissões ou órgãos constituintes responsáveis considerem efetivamente as contribuições ou justifiquem porque elas não podem ser consideradas. Também é importante para o público que após a consulta e processamento das informações, sugestões e críticas, o projeto seja novamente publicado. Isso permitirá maior controle público e a confrontação do projeto com o resultado das consultas. Para isso, é recomendável a nomeação de uma equipe de suporte.

É preciso dizer que essas consultas também podem ser direcionadas a grupos políticos ou a minorias. No primeiro caso, a consulta pode ser útil na geração de um consenso político. No segundo, uma consulta específica pode ter a vantagem de ouvir aqueles que historicamente têm sido colocados fora dos processos de decisão. Isso confere mais legitimidade e inclusão ao produto do processo. Por fim, é importante que essas consultas não fiquem ao alvedrio daqueles que estejam conduzindo mais diretamente o processo. Por essa razão, sua realização - o que inclui momento, profundidade e duração - deve ser obrigatória e estabelecida em leis e outros atos de convocação. Mas não só isso. A obrigação não deve ser apenas quanto à realização das consultas. É preciso igualmente que os redatores sejam obrigados a considerar o *feedback* popular. Isso pode fazer toda a diferença

Em Timor-Leste, a Assembleia Constituinte não era obrigada a considerar os comentários públicos recolhidos nas extensas consultas conduzidas pela ONU e, conseqüentemente, tais consultas tiveram um impacto insignificante na constituição resultante.⁵⁰⁹ Em contrapartida, em Bougainville, a Comissão Constitucional foi obrigada a utilizar a opinião pública coletada em consultas como base da sua redação. Com isso, tais opiniões tiveram um impacto significativo na formação da Constituição. As ordens de

⁵⁰⁹ Cf. AUCOIN, Lous; BRANDT, Michele. East-Timor's Constitution Passage to Independence, p. 245 e ss.

consulta pública também foram evidentes no Afeganistão, durante a revisão constitucional do Quênia, em 2001, e durante o processo constitucional de Uganda, embora apenas o Uganda tenha adotado uma abordagem similar à de Bougainville e exigido que os constituintes refletissem sobre *feedback* do público na elaboração ou reelaboração do projeto.⁵¹⁰ Finalmente, o modo como esse *feedback* público é analisado e processado afetará positiva ou negativamente a inclusão no processo constituinte.

4.4.1.5 A Importância do Processamento das Contribuições Públicas

As consultas públicas e as submissões de propostas e críticas podem gerar uma quantidade de informação bastante significativa para os comissários e constituintes. Obviamente, o modo de analisar tais informações irá determinar se (e que tipo de) *feedback* público influencia as constituições resultantes. As formas mais comuns de analisar o *feedback* do público são através de relatórios resumidos e ou por estudos estatísticos que identificam os principais temas e questões manifestadas pelos cidadãos, consideram dados sobre questões específicas potencialmente controversas, delineiam opções para responder a essas questões e detectam variações sensíveis entre grupos sociais. A tarefa muitas vezes supera a capacidade dos constituintes, levando a casos como os que ocorreram em Ruanda, onde apenas 7% das respostas a 50.000 questionários públicos foram analisados, ou o Iraque, no qual os resultados de milhares de questionários públicos nunca foram considerados.⁵¹¹ Isso, evidentemente, pode minar um processo constituinte que se queira inclusivo e comprometer o seu resultado.

É natural que as contribuições públicas de diferentes atores variem e se contradigam. Isso reforça a necessidade de essas contribuições serem processadas pelos redatores, de modo a separar e identificar opiniões majoritárias e que sejam relevantes para o processo, por meio de análises estatísticas. Esta foi a abordagem adotada em Uganda, onde os responsáveis pela constituição não conseguiram chegar a um acordo sobre dez questões e usaram os resultados das consultas públicas para decidir seu destino final. O episódio constituinte ocorrido em Bougainville destaca como o *feedback* público pode ser usado como base para o projeto.⁵¹²

Mas o processamento correto e criterioso das contribuições públicas também é importante por outra razão. Considerar todas as contribuições pode levar a uma constituição incoerente, extensa demais e inconsistente. Isso foi o que aconteceu no Brasil na última

⁵¹⁰ Cf. WALLIS, Joanne. *Constitution Making during State Building*, p. 40.

⁵¹¹ MILLER, Laurel E. *Designing Constitution-Making Process: Lessons from Past, Question for the Future*, p. 630.

⁵¹² Cf. WALLIS, Joanne. *Constitution Making during State Building*, passim.

constituente, como se verá no próximo Capítulo. É preciso, portanto, canalizar a contribuição do público para uma estrutura racional. Se bem processadas, as contribuições públicas podem dar origem a constituições mais específicas e detalhadas. Portanto, os redatores devem estar bem preparados para registrar, reunir, analisar, resumir e informar sobre os resultados da consulta pública. A importância de uma comissão de sistematização mostra-se extremamente relevante.

Há muitas razões para não se processar corretamente as contribuições. Isso pode ocorrer, por exemplo, devido a falta de um orçamento que permita a contratação de equipes técnicas capazes de processar os dados. O tempo também pode ser um fator. É que em alguns contextos, o processamento dos dados pode dificultar o avanço de um processo constituinte extremamente necessário para o país, especialmente se se notar que a rápida aprovação de uma constituição pode pôr fim a conflitos armados, atrocidades e tensões políticas. Aqueles constituintes que tenham participado diretamente na coleta dessas informações, especialmente em audiências públicas, fóruns e encontros populares, podem se considerar capazes de fazer suas próprias avaliações a respeito do que os participantes expressaram. Mas também pode decorrer da ideia nociva de que os representantes constituintes recebem mandatos que os deixam livres para tomar decisões com base no que acham melhor. Pressões sofridas pelos constituintes para ignorarem ou diminuírem o impacto das sugestões públicas também podem ser um motivo para o não processamento ou para um processamento enviesado.

O enfrentamento dessas questões pode variar a depender do contexto. Mas, em regra, o que pode ser dito é: é preciso que, num planejamento orçamentário, se separe verbas para contratação de análise técnica das contribuições públicas; embora o tempo seja algo muitas vezes impossível de controlar em contextos conflituosos, é possível pensar em métodos mais objetivos que produzam contribuições que sejam mais fáceis de processar, como votações; deve-se obrigar os constituintes a *considerarem* e *processarem* as contribuições sempre; quanto ao último obstáculo mencionado, é possível proibir que as comissões tenham qualquer contato com parlamentares ou lobistas, tal como ocorreu em Uganda, onde os congressistas foram tratados como cidadãos comuns, de modo que suas opiniões deveriam ser expressadas pelos meios ordinários de consultas e submissões públicas.

4.5 A Inclusão Pública na Convenção

Como já foi dito, na fase que aqui chamamos de convenção, muitas questões importantes são decididas e é justamente nela que geralmente há mais oportunidades de

participação. Além disso, é nesta fase que é mais provável a influência das opiniões e sugestões públicas no produto do processo constituinte. Entre as questões mais importantes desta fase estão a definição do órgão competente e a seleção dos membros que irão compô-lo. Essa talvez seja a questão mais contenciosa. Mas outras questões também são críticas nesta fase para um processo constituinte inclusivo. A escolha entre adotar ou não uma comissão especializada e começar com um projeto-base é uma delas. Sua composição também. Como foi sustentado no Capítulo II, um processo constituinte inclusivo não pode ser eficazmente conduzido sem a participação de pessoas com expertise técnica e experiência. Comissões técnicas prévias têm sido adotadas em inúmeros países em seus processos de substituição e reformas constitucionais. Mas é preciso, entre outras coisas, atentar para a composição e modos de escolhas de seus membros, assim como é necessário assegurar a esses órgãos autonomia em relação aos Poderes e autoridades públicas. Também nessa fase é importante discutir a necessidade e importância da adoção de princípios constituintes que possam guiar, orientar e controlar o processo constituinte.

4.5.1 Convocação de Comissões Constitucionais

Tradicionalmente, o projeto da constituição quase sempre foi elaborado pelo órgão constituinte que, por vezes, nomeava um comitê ou comissão especializada. E essa prática ainda se faz presente. Por exemplo, na Venezuela, no processo constituinte de 1999, os próprios membros da assembleia constituinte assumiram a responsabilidade de redação de um projeto a partir do qual se discutiria. Foram organizados comitês para elaborar diferentes partes da Constituição, com membros que, em geral, não possuíam experiência em questões constitucionais técnicas. O que ocorreu foi uma manipulação política descarada que distorceu a constituição. Apesar de o projeto ter passado por uma comissão constitucional, nenhum papel foi desempenhado por especialistas. Com efeito, o projeto que foi submetido à votação “revelou-se muito insatisfatório, pois era um agregado ou catálogo de desejos, petições e boas intenções integradas em um texto excessivamente grande” .⁵¹³ No Brasil, a opinião estrangeira é a de que essa abordagem tornou impossível produzir um documento coerente. Na opinião de Keith Rosenn, se a assembleia tivesse começado seu trabalho com um projeto

⁵¹³ BREWER-CARÍAS, Allan R. The 1999 Venezuelan Constitution-Making Process as an Instrument for Framing the Development of an Authoritarian Political Regime. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 516.

de especialistas, “provavelmente não teria produzido um documento com sérias falhas conceituais e organizacionais” .⁵¹⁴

Mas, atualmente, essa tradição tem sido enfraquecida, já que, em muitos casos, a redação de um projeto tem ficado a cargo de uma comissão prévia formada por membros não pertencentes ao órgão constituinte, especialmente quando este é uma legislatura com poderes de elaborar a constituição. Não são poucos os casos em que isso ocorreu. Além disso, em alguns deles, a composição contou com estrangeiros. Algumas comissões, inclusive, foram formadas de maneira independente, sem autorização ou solicitação oficial. Portanto, é possível que um grupo de pessoas - geralmente, com expertise - seja formado com o propósito de elaborar e oferecer posteriormente um projeto de constituição. Contudo, é mais comum que a comissão seja oficialmente nomeada ou eleita.

Geralmente, quando comissões desse tipo são empregadas, busca-se realizar uma espécie de início técnico. A tarefa primordial dessas comissões é a redação do texto inicial, o que inclui decisões sobre a estrutura da constituição, conteúdo e sua linguagem. Mas sua tarefa tem se expandido. Muitas comissões são formadas também para realizar consultas públicas, educação cívica, pesquisas de opinião, como já se apontou neste Capítulo. Experiências positivas e negativas em vários episódios constituintes indicam a utilidade geral de se empregar especialistas no processo constituinte, especialmente em comitês ou comissões formadas para a elaboração inicial de um projeto de constituição. Na Eritreia, por exemplo, uma comissão independente nomeada foi utilizada com bons resultados técnicos. Ela contava com vinte e uma mulheres, membros de cada um dos nove grupos étnicos do país e representantes de comunidades empresariais e profissionais. Ao longo de um período de três anos, a comissão realizou um extenso programa de educação e consulta públicas e, ao final, apresentou à assembleia nacional um projeto de constituição para aprovação e posterior debate público, após o qual o projeto foi submetido a uma assembleia constituinte para ratificação. Bereket H. Selassie destaca a importância da independência da comissão para a sua eficácia: “A independência de uma comissão garante a integridade do processo e a consequente confiança do público no processo e seus resultados, ou seja, a própria constituição” .⁵¹⁵

⁵¹⁴ ROSSEN, Keith S. Conflict Resolution and Constitutionalism: The Making of Brazilian Constitution of 1988. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 441.

⁵¹⁵ Cf. SELASSIE, Bereket Habte. *Constitution Making in Eritrea: A Process-Driven Approach*, p. 57-80.

No processo constituinte brasileiro, optou-se, erradamente, em não iniciar o processo com um projeto prévio. O Regimento Interno da Assembleia Constituinte estabelecia que os trabalhos iriam iniciar sem um projeto-base. Como disse em entrevista recente Fernando Henrique Cardoso, à época relator do regimento interno, “a Constituinte não tinha ponto de partida, era uma loucura. Não queriam o modelo da Constituição de 1946 - que criou uma comissão para fazer um anteprojeto - e também não queriam o projeto feito pela Comissão de Notáveis, que foi presidida pelo Affonso Arinos. Não aceitavam nada” . Perguntado se, acaso se tivesse partido de um anteprojeto, a Constituição de 1988 seria melhor, respondeu ele categoricamente: “Sim, muito melhor. Aquilo foi um arranjo” . E mais: “Aquilo foi difícil de gerir, aquela confusão toda” . Mas à frente, perguntado sobre a nossa Constituição, por essa razão, seria ambígua, disse: “É campeã” .⁵¹⁶

José Fogaça, relator da Subcomissão do Poder Executivo e sub-relator da Comissão de Sistematização, tendo sido questionado sobre com que espírito a Constituinte começou, responde: “Com radicalismo. Não se aceitava nenhum texto-base - nem o da Comissão dos Notáveis, por exemplo, ou mesmo um outro elaborado pela própria Constituinte. Era um livro branco, começando por 24 comissões em estado absolutamente original” . Igualmente perguntado sobre se seria melhor se os constituintes tivessem aceitado algum projeto, disse: “Acho que sim. Até do ponto de vista da eficiência do trabalho, e da serenidade” . “O projeto que chegou à Comissão de Sistematização, como resultado do trabalho das comissões e subcomissões” , recorda crítico o constituinte, “tinha 501 artigos” . Como será dito no próximo Capítulo, isso comprometeu a qualidade da Constituição de 1988. A Constituinte acabou tendo grupos paralelos trabalhando em projetos distintos. Como o próprio José Fogaça acrescenta, isso “[r]esultou numa Constituição poliédrica” .⁵¹⁷ A opinião também é expressada pelo constituinte Antônio Britto que disse, a propósito da sensação que teve quando a constituinte iniciou: “[Era] mais uma sensação de escrever um livro novo do que saber o que colocar no livro novo. Hoje, pensando, eu acho que o maior erro que se cometeu foi não ter havido um projeto preliminar” .⁵¹⁸

Essa é uma evidência de que se deve evitar que as tarefas de redação e estruturação do texto fiquem a cargo unicamente do órgão constituinte. Mas existem outras. Em Timor-Leste, por exemplo, a ausência de uma comissão de especialistas permitiu o domínio da assembleia

⁵¹⁶ CARVALHO, Luiz M. *1988: Segredos da Constituinte*, 2017, pp. 112, 113 e 118, respectivamente.

⁵¹⁷ Idem, pp. 145-146 e 150.

⁵¹⁸ Idem, p. 172.

pelo FRETILIN, frente partidária que, na prática, foi encarregada de deliberar e aprovar o texto.⁵¹⁹ Autores que relatam o processo sugerem que a nomeação de uma comissão constitucional ampla poderia ter atenuado o problema e reduzido o efeito do domínio do FRETILIN, que foi encarregado de deliberar e aprovar o texto.

A vantagem de uma comissão de elaboração de um projeto preliminar é que ela, se bem formada, poderá tomar decisões vitais sobre a constituição que se busca aprovar, com possível distanciamento de partidos políticos. Também é vantajosa devido a possibilidade de se explorar o conhecimento especializado, promover a participação pública, formular propostas voltadas para interesses nacionais e não sectárias. Além disso, é um modo de contornar os obstáculos apresentados por forças políticas dominadoras num órgão mais político, como o Parlamento. Com um projeto inicial, o processo começa pautado, facilitando a discussão. É de se esperar que a adoção de uma comissão especializada e de composição ex-parlamentar composta, em equilíbrio, entre especialistas e representantes do amplo espectro de opiniões populares, permita a formulação de propostas plurais, porém com a coerência necessária.

O arranjo para a seleção dos comissários é fundamental, no entanto, para garantir equilíbrio e inclusão. Sempre que possível, são aconselháveis os procedimentos de nomeação que limitam a capacidade de as forças políticas controlarem a elaboração do projeto. É preciso que a composição reflita um amplo espectro político e étnico, incluindo uma mistura de especialistas e políticos, com um equilíbrio fino entre grupos majoritários e minoritários, atentando-se também para a devida representação de mulheres. Embora o tamanho tipicamente gerenciável de uma comissão constitucional seja uma vantagem potencial, idealmente deve ser grande o suficiente para ser amplamente inclusivo, de modo a representar os mais diversos grupos no país. Além disso, é recomendável, como ocorreu em muitos casos, que a elaboração de um projeto pela comissão seja antecedida de uma consulta pública abrangente, de modo a permitir que se parta das principais preocupações do povo.

4.5.2 A Definição do Órgão Constituinte

4.5.2.1 *Principais Atores Constituintes*

⁵¹⁹ Cf. AUCOIN, Lous; BRANDT, Michele. East-Timor's Constitution Passage to Independence, p. 245 e ss.

Em uma análise abrangendo 460 constituições adotadas entre 1792 e 2005, Tom Ginsburg e outros estudiosos identificam 18 modelos de processos constituintes.⁵²⁰ Entre estes, o modelo de “legislatura constituinte” ocupou o primeiro lugar, tendo sido responsável pela elaboração de 89 constituições (19% da amostra). As chamadas legislaturas constituintes junto com os executivos foram responsáveis por elaborar outras 78 constituições (17% da amostra). O Executivo, com referendo popular, foi o terceiro modelo, com 57 constituições (12%). Em quarto lugar, ficaram as assembleias constituintes, que elaboraram 53 constituições (12%). Também se detectou que 40 constituições (9%) foram elaboradas pelo Executivo sozinho e sem referendo.

Em resumo, eles concluíram que os principais atores nos processos constituintes são as legislaturas constituintes, assembleias constituintes, executivos e o povo por meio de plebiscitos e referendos, respectivamente. Cerca de 63% dos processos constituintes na América Latina utilizaram os órgãos constituintes mistos, geralmente uma forma de legislatura constituinte. Em pelo menos 95% dos casos, um desses quatro *players* fez parte do processo. Mas, como esses estudiosos admitem, esses dados não nos dizem nada sobre a profundidade e a qualidade do envolvimento desses diferentes *players*. Embora os dados revelem que os chefes do Executivo estiveram envolvidos em 250 processos constituintes (54% da amostra), eles nada dizem sobre se o Presidente dominou o processo ou se agiu em igualdade com o Parlamento. Portanto, a abordagem quantitativa é incapaz de gerar *insights* sobre o mérito ou correção da participação desses atores.⁵²¹

Portanto, os principais atores de um processo constituinte diferem significativamente em vários países. Eles podem incluir assembleias constituintes eleitas, comissões legislativas, conferências nacionais ou órgãos legislativos de transição, mesas redondas de elite, executivos, órgãos consultivos e o público em geral. Mas, em muitos casos, o envolvimento de atores muda ao longo do processo. Um exemplo que bem ilustra vem novamente do Quênia. O complicado processo constituinte iniciado em 2000 começou com mais de 600 constituintes e dois órgãos constituintes - Comissão de Revisão da Constituição do Quênia e a Conferência Nacional Constitucional. Ambos tinham a tarefa de elaborar uma nova

⁵²⁰ GINSBURG, Tom; ELKINS, Zachary; BLOUNT, Justin. Does the Process of Constitution-Making Matter?, p. 205.

⁵²¹ Em outro estudo, Jennifer Widner aponta que, no período de 1987 a 2008, vinte países, cerca de 14,3% de sua amostra, adotaram como órgão assembleias constituintes. Legislaturas funcionando como assembleias constituintes representaram oito casos, ou cerca de 5,7% do total. Mas as legislaturas ordinárias constituintes tiveram a responsabilidade de deliberar e produzir em cinquenta e seis casos, ou 40% do total. Cf. WIDNER, Jennifer. Constitution Writing in Post-Conflict Settings: An Overview, p. 1523.

constituição com a participação direta do público.⁵²² A partir de 2005, o processo foi suspenso por quase quatro anos, devido a conflitos políticos sobre a constituição e as eleições seguintes. Em 2009, outros órgãos, o Comitê de Peritos e o Comitê Seletivo Parlamentar, assumiram a missão de modificar significativamente o anteprojeto anterior e redigir a nova constituição, aprovada, em 2010, por um referendo popular.

Na fase da convenção, de fato, uma das questões que têm gerado maior controvérsia é aquela a propósito de qual seria o melhor órgão constituinte, ou seja, se seria idealmente melhor uma legislatura constituinte - um Parlamento já eleito ou não, com poderes legislativos ordinários - ou, pelo contrário, seria mais apropriado deixar a tarefa para uma assembleia constituinte com a função exclusiva de elaborar a constituição. Nos episódios constituintes ocorridos desde o início da chamada terceira onda de democratização, há uma grande variedade de escolhas a respeito. Na literatura, não há consenso.

4.5.2.2 *Assembleias Constituintes ou Legislaturas Constituintes*

É importante a definição prévia de que tipo de órgão exercerá a tarefa constituinte. Como, com razão, afirma Gabriel Negretto, “talvez a questão mais contestada sobre a regulamentação de um processo constituinte seja a escolha do órgão constituinte”.⁵²³ De fato, o tipo e a natureza do órgão que elabora e aprova a constituição podem afetar o resultado do processo. Por isso, não é incomum que a escolha seja objeto de disputas políticas. Na Espanha, por exemplo, houve uma profunda disputa a respeito, embora tenha prevalecido, ao final, a posição dos partidos de centro-direita e de direita, que favoreceu um parlamento ordinário com poderes constituintes.⁵²⁴ O mesmo ocorreu em Uganda. Lá, o Movimento de Resistência Nacional pretendia inicialmente que a Assembleia Nacional, o órgão legislativo ordinário do país, fosse responsável pela elaboração da Constituição, já que o MRN detinha a maioria no Parlamento. A ideia, contudo, não prevaleceu e uma assembleia constituinte foi eleita, como se verá no Capítulo V.

⁵²² BANNON, Alicia L. *Designing a Constitution-Drafting Process: Lessons from Kenya*, p. 275.

⁵²³ NEGRETTO, Gabriel L. *Constitution Making and Constitutionalism in Latin America: The Role of Procedural Rules*. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Eds.). *Comparative Constitutional Law in Latin America*. Northampton: Edward Elgar, 2017, p. 25.

⁵²⁴ Cf., a respeito, BONINE-BLANK, Andrea. *Constitution Making and Democratization: The Spanish Paradigm*. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 417-433.

No Brasil, a opção para controlar o processo foi adoção de uma “Constituinte Congressual”. Flavio Bierrenbach, que fora nomeado redator para a Emenda Constitucional que convocaria a Constituinte até sustentou a realização de um plebiscito para que o povo decidisse que tipo de órgão constituinte ele queria. Mas a reação foi grande, a ponto de ele ser destituído de sua função na véspera da votação. Em sua opinião, “quem teria legitimidade para fazer uma nova Constituição para o país seria uma Assembleia Nacional Constituinte livre, soberana e exclusiva”. Mas, segundo ele, “disseram que era inviável, que não tinha clima, que os militares não iam gostar, por aí... Quando chegou no momento crucial - votar o meu relatório -, a solução política foi me destituir. E aí já tinha um outro relator e um outro relatório prontos”.⁵²⁵

Excluindo os processos centrados no Executivo como antidemocráticos e não participativos, em processos constituintes democráticos a escolha gira em torno de uma legislatura ou um de um processo centrado em um órgão extraordinário com poderes exclusivos. Entre esses dois principais tipos, é possível encontrar modelos intermediários. Embora nem sempre haja correspondentes na realidade, a adoção ou surgimento de tipos distintos se mostra possível. Na literatura, Jon Elster distinguiu entre assembleias constituintes puras e três tipos diferentes de órgãos constituintes mistos.⁵²⁶ Portanto, Elster identifica quatro tipos de órgãos constituintes: (1) *assembleias constituintes*, que são “eleitas com o único propósito de adotar a constituição”; (2) legislaturas com poder constituinte, ou apenas *legislaturas constituintes*, com a “dupla tarefa de adotar uma constituição e realizar a tarefa de uma assembleia ordinária”; (3) *legislativos constituídos por si mesmos*, que são eleitos como parlamentos ordinários, mas depois se transformam em assembleias constituintes; e, por fim, (4) *assembleias legislativas autocriadas*, que são eleitas como assembleias constituintes, mas depois assumem poderes legislativos ordinários.

Embora a distinção feita por Elster seja bastante didática, os quatro tipos de órgãos constituintes podem ser reduzidos a dois: assembleias constituintes e legislaturas constituintes. É que os dois últimos, se bem analisados, correspondem a esses mesmos órgãos constituintes. A diferença é que eles são órgãos que, de algum modo, usurparam seus poderes ou aos quais foi atribuído o poder constituinte ou legislativo ordinário. Assim, *legislativos*

⁵²⁵ CARVALHO, Luiz M. 1988: Segredos da Constituinte, pp. 145-146, 136 e 137.

⁵²⁶ Cf. ELSTER, Jon, Legislatures as Constituent Assemblies. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 181 e ss.; e ELSTER, Jon. *Securities Against Misrule: Juries, Assemblies, Elections*. New York: Cambridge University Press, 2013.

constituídos por si mesmos são legislaturas constituintes que passam a ter poderes constituintes. Já as *assembleias legislativas autocriadas* são assembleias constituintes às quais, posteriormente, se atribuiu poderes legislativos ordinários.

É claro que uma legislatura que se autoproclama constituinte atrai para si a crítica da ilegitimidade. Foi o que ocorreu com o Parlamento húngaro no momento da transição para o livre mercado, em 1989. Sua contestação deu-se desde o início.⁵²⁷ É possível ver a convenção constitucional dos Estados Unidos do século XVIII como um exemplo primitivo de uma legislatura que se autoproclama constituinte, já que o poder que lhe fora conferido era o de revisar e recomendar mudanças nos Artigos da Confederação. Nesse caso, como se pode imaginar, o risco de o processo constituinte ser movido apenas por autointeresses políticos de curto prazo é grande.

As chamadas assembleias legislativas autocriadas também podem sofrer a mesma crítica. Foi o que ocorreu no Camboja,⁵²⁸ Namíbia⁵²⁹ e em Timor-Leste,⁵³⁰ onde as assembleias constituintes foram convertidas em parlamentos nacionais após a adoção das respectivas constituições. Mas, nesses episódios, não houve usurpação de poder. Já havia previsão dessa conversão no início do processo constituinte. Na Namíbia, isso foi considerado como uma necessidade prática, para garantir que as principais instituições estariam no lugar no dia da independência. Também foi considerado inofensivo, porque novas eleições teriam produzido os mesmos resultados que as eleições da assembleia constituinte muito recente. Mas é possível que, ao longo do processo, o povo seja consultado sobre seu interesse em transformar a assembleia constituinte em um legislador ordinário. Ainda assim, o risco de a assembleia constituinte fortalecer suas próprias competências futuras permanece.

Em muitos países, as tradições nacionais determinam quais os órgãos que terão responsabilidade pelo processo constituinte. Em alguns deles, considera-se que o poder constituinte - cujo titular é povo - pode ser exercido pelo parlamento, ou seja, por uma legislatura constituída primeiramente para legislar de forma ordinária. O melhor exemplo, vem da Polônia.⁵³¹ Os autores que relatam esse episódio observam que uma vez que todas as constituições polonesas no passado haviam sido redigidas dentro do poder legislativo, outra

⁵²⁷ Cf., entre outros, HALMAI, Gábor. *The Reform of Constitutional Law in Hungary after the Transition*, p. 188-196; e ARATO, Andrew. *Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?*, p. 169-217.

⁵²⁸ Cf. MARKS, Stephen P. *The Process of Creating a New Constitution in Cambodia*, p. 207 e ss.

⁵²⁹ Cf. WIECHERS, Marinus. *Namibia's Long Walk to Freedom: The Role of Constitution Making in the Creation of an Independent Namibia*, p. 85.

⁵³⁰ Cf. AUCOIN, Lous; BRANDT, Michele. *East-Timor's Constitution Passage to Independence*, p. 245.

⁵³¹ Cf., por exemplo, ELSTER, Jon. *Constitution-Making in Eastern Europe: Rebuilding the Boat in the Open Sea*. *Public Administration*, v. 71, n. 1-2, p. 169-217, 1993.

maneira dificilmente poderia ser considerada legítima. Além disso, uma outra abordagem, como o estabelecimento de uma convenção constitucional, não teria sido praticável nas condições específicas da evolução política do país” .⁵³² Também por uma questão de tradição, a *Loya Jirga Constitucional* do Afeganistão foi vista como a única opção aceitável no país,⁵³³ “não só porque o país não tinha um parlamento em funcionamento na época, mas porque a *loya jirga* havia sido o modelo padrão para abordar questões importantes no país, incluindo a elaboração da bem respeitada Constituição de 1964” .⁵³⁴

Mas, obviamente, as tradições podem ceder a depender do contexto e da alta atmosfera política que paira durante os momentos constituintes. Todavia, nos últimos episódios, seja uma assembleia seja uma legislatura, o que se nota é a reivindicação de que qualquer que seja o órgão, sua composição deve ser eleita. Algumas vezes, a questão não é regida nem pela tradição nem pela escolha, mas, sim, pela situação. Foi o que ocorreu em Bósnia e Herzegovina, onde uma comissão foi a alternativa para a aprovação de um projeto decorrente de uma negociação.⁵³⁵ Em outros países, contudo, entende-se que, dada a magnitude desse poder, deve ser ele exercido por um órgão específico, criado para tal fim, devendo a tarefa da legislação ordinária recair ou permanecer sob a responsabilidade dos parlamentos. Essa opção geralmente é a mais pensada em ambientes conflituosos e em sociedades profundamente divididas.

A questão sobre se seria melhor adotar uma legislatura ordinária ou uma assembleia constituinte extraordinária é muito contenciosa, tanto na literatura como nos momentos constituintes nos quais ela, com frequência, surge. As posições conflitantes geralmente estão centradas em qual opção servirá a interesses de quem. Há bons argumentos e experiências bem-sucedidas que servem de evidências para ambos os lados. Embora a escolha entre uma dessas duas opções reclame uma sensibilidade à história e à tradição constitucional do país em questão, uma vez que estas podem ser cruciais para a legitimidade popular do processo, é

⁵³² MILLER, Laurel E. *Designing Constitution-Making Process: Lessons from Past, Question for the Future*, p. 650.

⁵³³ A *loya jirga* é uma tradição afegã de vaga história, mas se resume a uma instituição de origem tribal que permite uma ampla representação voltada a decisões consensuais. A instituição foi usada, a nível nacional, em média a cada vinte anos para confirmar a sucessão dos monarcas, aprovar as constituições e aprovar a política do governo. A composição a Loya de 2003, bem como o método de indicação de delegados, foi bastante similar à Loya Jirga Constitucional que teve lugar no país, em 1964.

⁵³⁴ THEIR, J. Alexander. *Big Tent, Small Tent: The Making of a Constitution in Afghanistan*. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 546.

⁵³⁵ O’ BRIEN, James. *The Dayton Constitution of Bosnia and Herzegovina*. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 332.

possível oferecer argumentos culturalmente neutros em favor de uma ou outra opção. Vejamos.

As assembleias constituintes são órgãos destinados a representar o povo com a tarefa exclusiva de elaborar uma constituição para a nação. Como foi dito no tópico anterior, as assembleias, assim como as legislaturas constituintes, podem ou não ter a responsabilidade pela elaboração do projeto da constituição, uma vez que ela pode recair em uma comissão especialmente formada para essa finalidade. Aliás, não existe um único modelo de assembleia constituinte. Até mesmo o nome pode variar entre os países. Alguns a denominam “convenção constitucional”, “convenções constituintes”, “assembleia constitucional” etc. Mas “assembleia constituinte” parece ser mais comum, pois, historicamente, passa a ideia de que a constituição será feita por representantes do povo. Por essa razão, como se disse, na Alemanha, esta nomenclatura foi rejeitada em favor de “Conselho Parlamentar”, como uma das várias medidas destinadas a deixar claro que não era a constituição final para uma Alemanha unida que estava sendo elaborada. Mas, o nome é o que menos importa. O que caracteriza esse órgão é sua função constituinte exclusiva, que, possivelmente, inclui a tarefa de elaborar, debater e aprovar o projeto da constituição. Portanto, é o fato de ele ser pensado e criado para a elaboração da constituição sem qualquer poder legislativo ordinário que o diferencia da sua alternativa mais comum, a legislatura constituinte.

O uso de assembleias constituintes é comum e muitas regiões do globo. Na América Latina, a assembleia constituinte, inclusive sem qualquer comissão especializada anterior, segue sendo o principal órgão escolhido pelos países para a tarefa de elaboração e aprovação de novas constituições.⁵³⁶ Em termos globais e comparativos, houve, de fato, um uso relativamente alto de assembleias constituintes na região. Em uma amostra de 160 episódios de processos constituintes ocorridos entre 1780 e 2012 no mundo, dois estudiosos descobriram que 12 dos 23 eventos que usaram assembleias constituintes extraordinárias estavam localizados na América Latina.⁵³⁷ A opção por esse órgão é relativamente frequente na Europa, África e Ásia também.

É comum a consideração de que as assembleias constituintes são os órgãos mais apropriados para incorporarem o poder constituinte. De fato, a ideia de poder constituinte limitado parece está bem relacionada à proposta de adoção de assembleias constituinte, como

⁵³⁶ Cf. NEGRETTO, Gabriel L. *Constitution Making and Constitutionalism in Latin America: The Role of Procedural Rules*, p. 17 e ss.

⁵³⁷ WHEATLEY, Jonathan; MENDEZ, Fernando. *Patterns of Constitutional Design: The Role of Citizens and Elites in Constitution-Making*. Aldershot: Routledge, 2013, p. 29.

faz notar um importante autor.⁵³⁸ Todavia, apesar das vantagens de uma assembleia constituinte exclusiva e eleita democraticamente, se suas forças políticas são deixadas sem restrições ou mal controladas, esses órgãos podem reformular a política para criar um regime quase autoritário, como ocorreu na Venezuela. Outro ponto no debate sobre qual seria o órgão apropriado, portanto, deve focar também em seu controle. Uma vez que a ideia de poder constituinte ilimitado é mais facilmente relacionada às assembleias constituintes, é provável que elas sejam mais difíceis de serem controladas pelos tribunais. David Landau, a propósito, oferece evidências de que em países nos quais o processo constituinte foi conduzido por assembleias constituintes exclusivas, as tentativas controlá-la por via judicial podem falhar em muitas situações. Como ele diz, “quando a pressão vem para empurrar, os tribunais podem não ter a legitimidade e a capacidade de controlar os constituintes”⁵³⁹.

Geralmente se supõe também que uma assembleia constituinte eleita é mais representativa e imparcial que uma legislatura eleita encarregada de elaborar uma nova constituição. A esse respeito, há vozes com grande reputação na literatura. Para Jon Elster, por exemplo, o desafio central do processo constituinte é projetar uma assembleia que não seja indevidamente influenciada por concepções estreitas de interesse pessoal. Para ele, as assembleias constituintes terão menos probabilidade de adotar decisões tanto para fins partidários quanto para engrandecer seu próprio poder institucional. Na verdade, ele considera este ponto como a recomendação normativa “mais importante” a governar o processo constituinte.⁵⁴⁰

Em vários trabalhos escritos ao longo de mais de vinte anos,⁵⁴¹ Elster argumentou que, assim como um órgão executivo definiria um papel importante para si mesmo na constituição, caso fosse ele o responsável por elaborá-la, uma legislatura constituinte daria uma importância preponderante para o legislativo à custa do executivo e do judiciário, caso a tarefa de elaborar uma constituição lhe fosse atribuída. Para Elster, o interesse pessoal, coletivo ou institucional distorce a perspectiva imparcial de longo prazo que os constituintes devem ter em mente ao criarem uma constituição. As assembleias constituintes exclusivas não padeceriam desse mal, visto que, como elas geralmente são desfeitas após a conclusão da

⁵³⁸ ARATO, Andrew. *The Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?*, 2017.

⁵³⁹ LANDAU, David. Constitution-Making Gone Wrong. *Alabama Law Review*, v. 64, n. 5, p. 923-980, 2013.

⁵⁴⁰ Cf. ELSTER, Jon, Legislatures as Constituent Assemblies, p. 181-197.

⁵⁴¹ Cf. ELSTER, Jon. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process, p. 364-396; ELSTER, Jon, Legislatures as Constituent Assemblies, p. 181-197; ELSTER, Jon. Clearing and Strengthening the Channels of Constitution-Making. In: GINSBURG, Tom (Ed.). *Comparative Constitutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 15-30; ELSTER, Jon. *Securities Against Misrule: Juries, Assemblies, Elections*, passim.

constituição, seus membros não terão interesse em fortalecer um poder ao qual não pertencem e no qual não exercerão função, pelo menos logo em seguida. Contra as legislaturas constituintes, diz ele:

Os órgãos constituintes com este duplo papel, obviamente, têm um conflito de interesses: pede-se que proponham um esquema que, entre outras coisas, regule seu próprio lugar no sistema político. Haverá uma tendência natural para esse tipo de órgão constituinte escrever um lugar proeminente para a legislatura na constituição, à custa do executivo e do judiciário.⁵⁴²

Seu argumento, inclusive, é apoiado por analistas do processo constituinte brasileiro recente. Por exemplo, Keith Rosenn argumentou que a constituição brasileira é extraordinariamente longa, carece de coerência e está carregada de pactos políticos banais, em grande parte porque foi escrita por uma legislatura ordinária e não por uma assembleia exclusiva. Ele argumenta, em particular, que a legislatura constituinte brasileira tinha uma “ perspectiva e uma agenda de curto prazo ” , o que não era propício para a política constitucional, e que o congresso era impulsionado pelo interesse institucional de engrandecer seu próprio poder na constituição final.⁵⁴³

E em uma importante obra que reúne informações detalhadas sobre os processos constituintes de todo o mundo, a cientista política Laurel E. Miller conclui que as assembleias exclusivas têm várias vantagens sobre as legislaturas constituintes, sobretudo um maior grau de legitimidade popular. Como ele afirma, “ uma assembleia constituinte pode ter maior legitimidade popular como constituinte, pois seus membros são eleitos especificamente para desenvolver e adotar a nova carta nacional ” . Além disso, uma assembleia constituinte poderá dedicar-se em tempo integral ao processo constituinte “ sem a distração do dia-a-dia dos negócios parlamentares ” . Com efeito, “ pode ser mais capaz de se concentrar nas questões mais amplas do ponto de vista constitucional ” .⁵⁴⁴ Por essa razão, muitos atores recomendam que membros de uma assembleia constituinte sejam impedidos de participar das eleições subsequentes.

Mas a ideia de que uma legislatura constituinte seria tentada a se beneficiar às expensas de outras instituições baseia-se em uma suposição duvidosa sobre a influência do tipo de órgão constitucional sobre as escolhas dos constituintes. A ideia ignora um importante

⁵⁴² ELSTER, Jon. Ways of Constitution Making. In: HADENIUS, Axel (Ed.). *Democracy's Victory and Crisis*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 134.

⁵⁴³ ROSSEN, Keith S. Conflict Resolution and Constitutionalism: The Making of Brazilian Constitution of 1988, p. 441.

⁵⁴⁴ MILLER, Laurel E. Designing Constitution-Making Process: Lessons from Past, Question for the Future, p. 630.

detalhe. Tanto nas assembleias constituintes exclusivas quanto nas legislaturas constituintes os interesses políticos são geralmente dos partidos políticos, em nome dos quais, os constituintes realmente atuam, e que, aliás, costumam veicular interesses do Executivo e de elites das mais distintas ordens. É possível, por exemplo, que, em um sistema presidencial, os membros de um partido que esperam conquistar a presidência, mas não a maioria na legislatura, sejam suscetíveis de favorecer um executivo com fortes poderes legislativos. Essa tática, inclusive, foi muito comum na América Latina nas últimas décadas.⁵⁴⁵ Em outras palavras, significa que as preferências institucionais dos constituintes são mais propensas a serem moldadas pelos interesses concretos de seus próprios partidos do que pelos interesses abstratos do órgão constituinte em que se reúnem como representantes do povo. Ou seja, o interesse independe do órgão constituinte escolhido, se assembleia exclusiva ou uma legislatura.

Esse argumento normativo de que legisladores constituintes atuam em nome de seus próprios interesses foi, aliás, testado empiricamente por Tom Ginsburg e outros dois estudiosos. Analisando 411 episódios de processos constituintes realizados entre 1789 e 2005, eles concluíram que não há evidências empíricas de que órgãos constituintes legislativos tenham fortalecido seus próprios poderes. A conclusão a que chegaram foi inferida a partir da correlação entre o tipo de órgão constituinte e os poderes parlamentares estabelecidos nas constituições produzidas.⁵⁴⁶

Não há dúvida de que essa conclusão é questionável por nossas intuições. Elster confronta esse achado, apontando que a amostra utilizada pelos autores inclui episódios democráticos e autoritários de processos constituintes, de modo que as unidades de observação são muito heterogêneas para permitir uma comparação confiável.⁵⁴⁷ Entretanto, quando são excluídos os episódios constituintes não autoritários, ou pelo menos quando se analisa processos constituintes ocorridos em ambientes políticos de condições competitivas,⁵⁴⁸ a inferência continua verdadeira. Veja-se. Com base em uma análise de 31 episódios de processos constituintes não autoritários na América Latina ocorridos entre 1900 e 2014, Gabriel L. Negretto mostra, em um estudo recente, que escolher uma constituinte

⁵⁴⁵ NEGRETTO, Gabriel. *Making Constitutions: Presidents, Parties and Institutional Choice in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2013.

⁵⁴⁶ Cf. ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*, p. 122.

⁵⁴⁷ ELSTER, Jon. *Securities Against Misrule: Juries, Assemblies, Elections*, p. 20.

⁵⁴⁸ Ambiente de condições competitivas são aqueles onde “as eleições ocorreram, pelo menos dois partidos independentes competiram para cargos representativos, e não havia evidência de controle aberto do governo”. A ideia é de autoria de Gabriel L. Negretto. Cf. NEGRETTO, Gabriel L. *Constitution Making and Constitutionalism in Latin America: The Role of Procedural Rules*, p. 21.

extraordinária ou uma legislatura constituinte não tem impacto significativo na alocação de poderes entre os diferentes Poderes do Estado.⁵⁴⁹

O argumento em favor da proibição de participação dos membros de uma assembleia constituinte de uma eleição subsequente também é problemático, sendo “um tiro que pode sair pela culatra”. Veja-se o que se passou na Colômbia. Lá, os membros da assembleia constituinte foram desqualificados para concorrerem às novas eleições parlamentares. O resultado disso foi dramático. Praticamente toda a antiga classe política foi reeleita, e não as formações políticas novas e independentes que emergiram no momento constituintes.⁵⁵⁰

Mas Elster tem outros argumentos. Usando as experiências norte-americana e francesa do século XVIII como exemplos, ele argumenta que uma assembleia constituinte exclusiva, comparada a uma legislatura constituinte, é muito mais provável que seja um órgão imparcial em suas deliberações. Para ele, a natureza extraordinária dessas instituições ajudaria a insular o processo constituinte das barganhas políticas envolvendo interesses de curto prazo. Nesse sentido, ele argumenta que as constituintes extraordinárias “promovem o predomínio da razão sobre o interesse”⁵⁵¹ porque “a pressão sobre os oradores para produzir argumentos imparciais pode ser especialmente forte no cenário constituinte, em comparação com as legislaturas ordinárias”⁵⁵². Seu argumento, que ele assume ser difícil de comprovar, não é o de que as assembleias tendem a produzir melhores constituições. Ele, na verdade, argumenta, em termos procedimentais: as assembleias seriam mais propensas a incorporar o valor do processo de deliberação livre e sem restrições entre todas os atores envolvidos. Nesse sentido, ele afirma que as assembleias constituintes exclusivas “tornam mais provável que a razão supere a *paixão*.” Também considera que “as constituições produzidas por assembleias exclusivas tendem a ter maior legitimidade e, portanto, tendem a desfrutar de maior estabilidade”⁵⁵³.

Mas, novamente, há evidências empíricas que parecem contrariar também esses argumentos de Elster. Nas experiências pós-comunistas, por exemplo, assembleias

⁵⁴⁹ NEGRETTO, Gabriel L. *Constitution Making and Constitutionalism in Latin America: The Role of Procedural Rules*, p. 17-56.

⁵⁵⁰ Cf. FOX, Donald T. GALLÓN-GIRALDO, Gustavo; STETSON, Anne. *Lessons of the Colombian Constitutional Reform of 1991: Toward the Securing of Peace and Reconciliation?* In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 467.

⁵⁵¹ ELSTER, Jon, *Legislatures as Constituent Assemblies*, p. 181.

⁵⁵² ELSTER, Jon. *Arguing and Bargaining in Two Constituents Assemblies*. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 2, p. 420, 2000.

⁵⁵³ ELSTER, Jon, *Legislatures as Constituent Assemblies*, p. 185-186.

constituintes extraordinárias não melhoraram a deliberação de elite na elaboração das constituições. Pelo contrário, “essas instituições extraordinárias proporcionaram fortes incentivos para que as elites abandonassem a deliberação e, em vez disso, jogassem o jogo político como guerra” .⁵⁵⁴ Como acrescenta Gabriel L. Negretto, em relação à nossa região:

Na América Latina, durante os anos autoritários, eleger ou nomear um órgão chamado “assembleia constituinte nacional” foi um fenômeno recorrente. Esta assembleia seria responsável não só por escrever uma nova constituição, mas também por nomear o próximo presidente do país, que invariavelmente era o ditador que já havia alcançado o poder através de um golpe. Depois de decretar a constituição e nomear o novo presidente, estas assembleias quase sempre continuaram suas tarefas como uma legislatura ordinária, de forma legítima ou não. Durante as transições para a democracia, houve vários Paramentos que se duplicaram como assembleias constituintes e legislaturas ordinárias.⁵⁵⁵

Mesmo na literatura, o argumento a favor de assembleias constituintes não é unânime. Andrew Arato argumenta que um órgão constituinte “parlamentar” , no sentido de uma legislatura constituinte, pode fazer um melhor trabalho para garantir a legitimidade da transição constitucional.⁵⁵⁶ Ele observa, por exemplo, que os órgãos políticos ordinários podem ajudar a assegurar que as constituições sejam escritas por consenso e podem ajudar a garantir que há uma percepção pública de continuidade legal. Além disso, ele argumenta que o principal valor procurado por Elster - o de que o processo constituinte deve ser feito por trás de um “véu da ignorância” - pode ser alcançado tanto em uma legislatura constituinte como em uma assembleia constituinte extraordinária. Além Andrew Arato, William Partlett argumenta que as assembleias constituintes podem ser inferiores às legislaturas porque podem ser mais fáceis de serem controladas, possibilitando, assim, a elaboração de constituições autoritárias ou fracamente democráticas,⁵⁵⁷ embora nenhuma evidência empírica seja oferecida.

Ainda na literatura, é possível identificar pelo menos outras três principais razões para não se adotar uma legislatura constituinte.⁵⁵⁸ Primeiro, uma legislatura faz parte da estrutura básica do governo e suas funções e competências são delimitadas pela ordem existente - seja em uma constituição anterior ou em uma lei transitória. Nesse sentido, a legislatura é uma das

⁵⁵⁴ PARTLETT, William. *The Elite Threat to Constitutional Transitions*, p. 453.

⁵⁵⁵ NEGRETTO, Gabriel L. *Constitution Making and Constitutionalism in Latin America: The Role of Procedural Rules*, p. 26-27.

⁵⁵⁶ ARATO, Andrew. *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*. Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers, 2000, p. 256.

⁵⁵⁷ PARTLETT, William. *The Elite Threat to Constitutional Transitions*, p. 455.

⁵⁵⁸ CÓLON-RÍOS, Joel. Notes on Democracy and Constitution-Making. *New Zealand Journal of Public and International Law*, v. 9, n. 1, p. 28-29, 2011.

instituições que um órgão constituinte pode decidir reformar - por exemplo, aumentar ou diminuir o número de assentos - ou recriar - por exemplo, transformar uma legislatura bicameral em uma unicameral. Por um lado, isso significa, como defende Elster, que uma legislatura não deve desempenhar um papel na decisão de seu próprio futuro ou na alteração da lei fundamental que garantiu sua existência. Outro argumento é o de que, se a legislatura assumir o papel de um órgão constitucional, a distinção entre direito ordinário e direito superior seria desfocada. Como resultado, a constituição pode ser vista como apenas uma extensão das atividades ordinárias de governo e interesse popular e a participação no processo provavelmente diminuirá.⁵⁵⁹ Uma assembleia constituinte seria menos vulnerável a esses problemas, já que ela estaria acima e fora das instituições ordinárias de governo.

A segunda razão principal é a de que “uma legislatura é um órgão eleito e projetado com o objetivo de resolver os problemas que uma comunidade política enfrenta no dia a dia e, como uma instituição de governança diária, é o campo operacional natural dos partidos políticos tradicionais e diferentes tipos de grupos de interesse que visam a influenciar a política pública” . Uma assembleia constituinte, pelo contrário, estaria preocupada com as normas fundamentais: sua função é olhar para as formas em que as “regras do jogo” devem ser organizadas para melhorar a vida dos cidadãos e regular suas relações com o Estado. Por essa razão, poderia ela “atrair e dar voz a um novo universo de participantes” , particularmente grupos que podem ter sido historicamente excluídos das instituições normais de governo, como grupos indígenas e outros movimentos sociais. Além disso, a adoção de uma assembleia constituinte exclusiva deixaria claro que o país está passando por importantes transformações constitucionais, um período diferente do dia a dia da política.⁵⁶⁰

Há mais um argumento contra as legislaturas constituintes que merece destaque: nesses órgãos, as disposições constitucionais poderiam ser moldadas indiretamente pelo interesse privado através do mecanismo de *logrolling*. Ou seja, um parlamentar pode se oferecer para votar em favor da provisão constitucional desejada por outro em troca de apoio destes em uma questão legislativa ordinária na qual ele tem um interesse pessoal. Como se relata ter ocorrido na Hungria, muitas vezes, o conflito entre uma lei e uma disposição constitucional foi resolvido modificando-se a última, em vez da primeira. Ou seja, para que uma lei fosse tida por constitucional de acordo com a constituição que entraria em vigor, alteraram o projeto da constituição, ao invés de evitar a lei que desejavam aprovar. Isso

⁵⁵⁹ Idem, p. 29.

⁵⁶⁰ ELSTER, Jon. *Ways of Constitution Making*, p. 134.

demonstraria que uma legislatura constituinte estaria disposta ou sujeita a moldar a constituição em favor das leis ordinárias que veiculam seus interesses, e não o contrário.

David Landau sugere, com razão, que este debate pode ser menos relevante do que tem sido frequentemente retratado na literatura existente.⁵⁶¹ Para ele, “se a chave para o processo constituinte é assegurar que os exercícios unilaterais de poder sejam controlados, isso pode ser alcançado em uma assembleia constituinte ou em um órgão legislativo ordinário”. Mas ele considera, a partir de estudos de casos, que “as assembleias constituintes podem ser particularmente difíceis de controlar por instituições externas”. Todavia, isso se daria em virtude da visão, que ele considera equivocada, segundo a qual tais órgãos constituintes seriam completamente soberanos sobre o resto da ordem jurídica.

Por que, então, as assembleias constituintes são menos comuns em termos quantitativos ao redor do mundo? Elster suspeita que as demais opções representam um caminho de menor resistência. Afinal, por que não usar a legislatura atual? Como diz Elster, “a superioridade das assembleias não é incrivelmente esmagadora”. Ela tem lá seus pontos negativos. A “burocracia” eleitoral seria um deles. “A afirmação de que elas são melhor protegidas do jogo de interesse e do império da paixão é, em essência, um argumento teórico, dado o menor número de adoção desse arranjo na história do processo constituinte”. E acrescenta:

As legislaturas constituintes, portanto, são escolhidas porque são duplamente capazes de servir como pontos focais. Por um lado, em virtude de ser o mais comum tipo de assembleia constituinte, elas oferecem um modelo natural. Por outro lado, o fato de que a legislatura já exista ou seja reconhecida faz com que seja a primeira opção, na ausência de argumentos convincentes para outra.⁵⁶²

Em síntese, é possível dizer que, embora na teoria existam muitos argumentos a favor das assembleias constituintes exclusivas, na prática, o uso de legislaturas constituintes é bem mais comum, como se relatou. Penso, como David Landau, que esse vigoroso debate pode ser menos relevante do que aparenta. Embora haja mais argumentos a favor de assembleias constituintes exclusivas, há inúmeros casos de processos constituintes muito bem-sucedidos nos quais o órgão constituinte foi uma legislatura com poderes constituintes. O que é verdadeiramente importante é sua composição. Por exemplo, em contextos de transição, é importante não se atribuir poderes constituintes a parlamentares ligados ao regime que se

⁵⁶¹ Cf. LANDAU, David. *Constitution-Making Gone Wrong*, p. 923-980.

⁵⁶² ELSTER, Jon, *Legislatures as Constituent Assemblies*, p. 197.

deseja superar, pelo menos não sem uma eleição anterior livre e justa. Ou seja, embora não se possa impedi-los de participar, é recomendável que a composição do Parlamento seja submetida ao crivo da população em uma eleição livre.

Outra questão importante, ainda sobre a composição, é a garantia de uma ampla representação no órgão constituinte, devendo-se adotar, inclusive, cotas para grupos minoritários e mulheres. Pode ser o caso inclusive de representantes serem eleitos indiretamente por seus próprios grupos, como já ocorreu, com sucesso, em alguns países. Isto porque, não raras vezes, o processo eleitoral é bastante custoso, o que pode impedir que os representantes de grupos desfavorecidos possam concorrer a um assento. Ainda quanto a isso, deve-se adotar também medidas que impeçam a prevalência de um partido no órgão. Isso pode ser feito por meio de eleições nas quais se imponha um sistema eleitoral mais representativo e igualitário.

Ao lado da necessidade de uma composição inclusiva, deve-se atentar aos poderes conferidos ao órgão escolhido. É preciso se abandonar a ideia de que um órgão constituinte exerce o poder constituinte de forma soberana e irrestrita. O desenho do processo pode ser capaz de limitar esse poder. Por exemplo, exigindo-se consultas públicas desde a elaboração do projeto e fixando-se quais temas e questões contenciosas devem ser decididas pelo povo. Além disso, diferentemente do que sugere Jon Elster, é preciso que haja a máxima transparência possível, e que as deliberações sejam realmente públicas. A divulgação constante do que está sendo aprovado deve ser primordial para essa transparência. No Brasil, relata-se que muitas disposições constitucionais foram incluídas no texto sem qualquer deliberação e secretamente. Bernardo Cabral, que foi relator da constituinte, conta o seguinte, a título ilustrativo:

Toda noite nós íamos para o Prodasen [Secretaria Especial de Informática], onde eu me instalei, com os sub-relatores. Nós tínhamos um assessor que era um craque em informática - então ainda uma novidade. Tinha dias que ele descobria que tinham introduzido outras coisas no texto da Constituinte. Coisas terríveis: negócio de navegação, cabotagem, empresas, capital estrangeiro. Mas a gente descobria e revisava.⁵⁶³

Obviamente, esse tipo de prática pode ocorrer independentemente do órgão constituinte. Portanto, considero que o órgão constituinte pode ser tanto uma legislatura constituinte como assembleia constituinte extraordinária. Sua determinação dependerá do contexto e das tradições locais. O que é importante é pensar em medidas procedimentais que impeçam uma composição exclusiva e a manipulação do processo, impondo ao órgão a

⁵⁶³ CARVALHO, Luiz M. 1988: Segredos da Constituinte, p. 103.

obrigação de realizar consultas públicas e de dar maior transparência possível aos seus procedimentos e escolhas. Outra medida que pode beneficiar o controle do órgão constituinte é a adoção de princípios constituintes que orientem o processo e antecipem escolhas substantivas.

4.6 Princípios Constituintes Orientadores do Processo

Em muitos casos, ao se iniciar um processo constituinte, é importante que os principais grupos envolvidos cheguem a um acordo sobre um conjunto de princípios destinados a orientar o processo e antecipar o conteúdo da constituição a ser elaborada. Esses princípios geralmente são chamados de “princípios orientadores” ou apenas “princípios constitucionais”. Na literatura nacional, eles são considerados modos de “condicionamentos pré-constituintes”.⁵⁶⁴ Chamo tais condicionamentos de “princípios constituintes orientadores” com o propósito de delimitar sua compreensão aos entendimentos básicos sobre o procedimento e conteúdo que grupos envolvidos no processo constituinte resolvem acordar como aqueles que devem respeitar na elaboração da constituição.

Seja qual for sua denominação, eles encontram sua razão de existir na necessidade de se controlar o exercício do poder constituinte que já não mais pode ser considerado como irrestrito, ilimitado e incondicionado.⁵⁶⁵ Trata-se de uma forma jurídica positiva de controle do poder constituinte, algo desconsiderado, muito em razão do contexto histórico, pelo teórico desse poder, Sieyès, que pensava que tal poder só encontraria limitação no direito natural. Hodiernamente, como, com razão, afirma Luís Roberto Barroso, “[n]ão é mais possível falar em soberania popular ou em democracia sem Direito, sem normas que disciplinem a participação de todos, em regime de liberdade e igualdade”.⁵⁶⁶

É comum que tais princípios sejam redigidos em linguagem abstrata e não entrem em muitos detalhes, sobretudo quando voltados a limitar o poder constituinte. Como foi dito no Capítulo III, no famoso processo constituinte da África do Sul, foi estabelecido na Constituição Interina um conjunto de princípios substanciais que deveriam ser observados

⁵⁶⁴ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111.

⁵⁶⁵ Cf., por todos, SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 252 e ss.

⁵⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*, p. 111.

pelo órgão constituinte. Lá, tais princípios tratavam de várias questões importantes para a nova ordem que se seguiria, e incluíam a forma e a estrutura do governo, relações entre os governos nacionais e subnacionais, visando a garantia da autonomia local; proteção dos interesses de minorias; proteção dos direitos humanos; criação de instituições públicas independentes; e regras rígidas para a reforma da constituição final. Em outros casos, especialmente quando tratam de questões procedimentais, eles podem ser mais específicos. Assim, eles podem envolver aspectos da convenção, o processo de escolha do tipo de órgão constituinte, o modo de seleção e escolhas de seus membros, o procedimento de deliberação e como o projeto deve ser aprovado, se com ou sem referendo. No Brasil, por exemplo, não foi estabelecido nenhum limite substancial ao poder constituinte. Mas a emenda constitucional que convocou a constituinte congressual, estabeleceu como seriam escolhidos seus membros, quem a instalaria, a data de início dos trabalhos, assim como o modo e o quórum de aprovação.

Esses princípios não são uniformes. Pelo contrário, eles “tendem a refletir aspectos-chave do contexto histórico em que o processo particular está ocorrendo e também as normas, padrões e precedentes internacionais mais amplos” .⁵⁶⁷ E, obviamente, como se buscou explicitar no Capítulo III, eles dependem, e muito, dos arranjos pré-constituintes. A ideia aqui é estabelecer um devido processo constituinte, de modo a questões como votação, composição e designação de comissões, comitês e outros órgãos, eleições internas, qualificação dos membros, sua remuneração, presidência da assembleia, quórum, divisão de tarefas, reuniões da assembleia, prazo para finalização, sua dissolução, participação popular e adoção sejam previamente estabelecidas. Com isso, busca-se desenhar antecipadamente os principais aspectos do processo constituinte da constituição definitiva, embora algumas constituições explicitamente deixem para o órgão constituinte a aprovação de normas para conduzir seus trabalhos, como regimentos internos. Em alguns casos, inclusive, é possível que, por meio de tais princípios, se antecipe questões substanciais, como direitos fundamentais, e se tire do órgão constituinte a liberdade de decisão sobre matérias e questões importantes, como ocorreu na Itália, onde foi estabelecido que seria o povo, diretamente, quem escolheria a forma de governo.⁵⁶⁸ O propósito é o de não deixar que a decisão sobre essas questões fique a cargo dos constituintes no momento de elaboração da constituição.

Há alguns benefícios destacáveis na adoção de princípios orientadores. Esses princípios podem proteger minorias no processo constituinte, garantindo que suas posições e

⁵⁶⁷ BRANDT, Michele et al. *Constitution-Making and Reform: Options for the Process*, p. 60.

⁵⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*, p. 112.

direitos não serão ameaçados. Eles também permitem que os constituintes concentrem suas energias em outras questões. Além disso, a previsão de tais regras confere legitimidade procedimental ao processo. Especialmente em contextos marcados por conflitos, a aceitação por partes de grupos e partidos de um conjunto de princípios pode ajudar a garantir que o processo seja transparente e tenha legitimidade aos olhos do público. Eles ajudam a fazer com que todos os grupos com interesses no processo constituinte estejam mais seguros do que produzirão, garantindo posições negociadas em possíveis arranjos pré-constituintes. Para aqueles que não participarão diretamente como constituintes, a fixação de tais princípios pode representar um modo de monitorar o progresso do processo e o que resultará dele.

Alguns especialistas consideram que nem sempre a adoção desses princípios será necessária. Dão como exemplos os processos constituintes que se desenvolvem gradualmente e sem dominação de algum ator constituinte. Mas penso que eles também são importantes mesmo em países nos quais não há esse histórico. Trata-se de um dispositivo do processo constituinte que deve ser sempre considerado, independentemente do contexto. É que, além de assegurar o respeito ao processo constituinte e às regras do jogo, esses princípios podem fornecer, a todos os envolvidos, importantes garantias substanciais e procedimentais. No entanto, em alguns contextos, especialmente em sociedades profundamente divididas, a adoção antecipada de princípios, especialmente os de natureza substantiva, pode dificultar o processo e acirrar conflitos étnicos e de gênero semelhante.⁵⁶⁹ Nesses casos, os princípios a serem adotados devem ser aqueles que salvaguardam os interesses de todos os grupos relevantes. Obviamente, se imparciais, princípios orientadores também podem se traduzir em garantia aos grupos minoritários que enfrentam a perspectiva de perda de poderes ou privilégios em um processo constituinte dominado pela maioria ou que possa vir a ser capturado por grupos de interesses.

Mas o estabelecimento de tais princípios nem sempre representa uma garantia absoluta de que eles serão obedecidos, sobretudo se quem os fixou não foram os locais, mais órgãos ou forças externas. Foi, por exemplo, o que se deu no Camboja. Como já dito no Capítulo III, lá, a assembleia constituinte não seguiu de perto os princípios do acordo de paz de 1991 que eram para ser incorporados na Constituição. Em vez disso, a assembleia cambojana baseou-se em duas constituições anteriores como as principais fontes substantivas para a nova constituição. Mas, na Namíbia, ocorreu algo curioso. A resolução do Conselho de Segurança da ONU, que definiu o arcabouço para o processo constituinte, não falou sobre a natureza e o

⁵⁶⁹ Cf. MARKS, Stephen P. *The Process of Creating a New Constitution in Cambodia*, p. 207 e ss.

conteúdo da Constituição a ser criada. Os partidos políticos da Namíbia consideraram isso uma grave deficiência e, conseqüentemente, concordaram com os chamados Princípios Constitucionais, negociados, posteriormente, por atores internacionais. Esses princípios foram fortemente considerados durante o processo constituinte.⁵⁷⁰

Mas esses princípios também podem ser estabelecidos em outros documentos. É possível que eles sejam fixados em arranjos políticos provisórios, como acordos de paz e acordos abrangentes. Também não é incomum que estejam previstos em legislações que convocam ou estabelecem o roteiro do processo constituinte. Como lembram alguns autores, “eles também podem ser encontrados em vários graus de detalhes em acordos internacionais que preveem processos, como no Acordo de Bona em relação ao Afeganistão e ao Acordo de Paris para o Camboja, e nas decisões das Nações Unidas e diretrizes de missão sobre processos em que desempenha um papel significativo, por exemplo, na Namíbia e em Timor-Leste” .⁵⁷¹ Nas últimas décadas, eles têm sido adotados em vários processos constituintes ao redor do mundo. A experiência constituinte sul-africana inspirou muitos episódios subsequentes. Os recentes processos constituintes do Camboja, Bougainville, Burundi, Quênia, Nepal, Iraque e Namíbia são exemplos geralmente citados. Os princípios fixados em tais processos provieram de negociações prévias.

Os atos políticos ou constituintes geralmente se espelham na história local e em normas internacionais. Em muitos casos, a repetição de dispositivos previstos na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos foi ampla. Em relação há isso há pelo menos dois riscos que devem ser considerados. Em primeiro lugar, pode ser que a adoção de normas de direito internacional como princípios orientadores seja feita apenas como um meio de legitimar o processo aos olhos da comunidade internacional e também como uma questão de interesse de mercado. É claro que as normas internacionais devem ser consideradas como limites ao poder constituinte, quando essas normas não contradizem questões culturais relevantes e razoáveis. Mas elas não devem ser usadas de forma farsesca apenas como expediente legitimador aos olhos estrangeiros. É preciso que sua adoção seja genuína e refletida, sob pena de o processo constituinte se transformar em um empreendimento enganoso aos olhos internos, o que pode comprometer a adesão ao texto constitucional final. É preciso que os princípios orientadores também reflitam os dramas locais a serem superados e os objetivos locais a serem alcançados.

⁵⁷⁰ Cf. WIECHERS, Marinus. *Namibia's Long Walk to Freedom: The Role of Constitution Making in the Creation of an Independent Namibia*, 2010, p. 85.

⁵⁷¹ BRANDT, Michele et al. *Constitution-Making and Reform: Options for the Process*, p. 61.

Como enfatizamos no Capítulo I, cada sociedade tem seus próprios males e metas. E todo processo constituinte deve ter seus próprios objetivos e ambições.

Jon Elster reconhece que restrições externas podem ser colocadas no processo constituinte, mas ele argumenta que tais restrições dificilmente funcionam na prática e não prescreve nenhum tipo como parte de suas recomendações normativas para o processo constituinte.⁵⁷² Mas, novamente, seu pensamento teórico não encontra apoio na realidade. Na Hungria e na África do Sul, pelo menos, as disposições das constituições provisórias, especialmente os princípios constitucionais, foram efetivamente aplicadas por fortes cortes constitucionais. E, embora esses princípios sejam importantes especialmente para determinar o papel de Cortes Constitucionais e Suprema Cortes no processo constituinte, já que é a partir deles que tais tribunais podem realizar algum controle sobre o processo constituinte, em vários países, eles foram obedecidos independentemente da previsão no sentido da necessidade de certificação por um órgão judicial.

Aqui, considera-se, mais uma vez, que Jon Elster não tem razão. Um processo constituinte inclusivo deve considerar a necessidade de adoção de princípios desse tipo, de modo a garantir que aspectos procedimentais que beneficiam uma ampla participação pública e a transparência sejam garantidos. Isso inclui a previsão de consultas em todas as fases e sobre questões relevantes, a previsão de referendos etc. Eles são importantes também para garantir uma composição inclusiva no órgão constituinte, exigido pluralidade e reservas de assentos a grupos menos favorecidos. Também podem estabelecer quórum e modo de aprovação, organização dos trabalhos, enfim, uma gama de questões que podem tornar o processo mais inclusivo. Além disso, tais princípios permitem que uma Suprema Corte ou um Tribunal Constitucional exerça o papel relevante de guardião da vontade popular no processo constituinte. Evidentemente, tais princípios devem ser estabelecidos, o quanto possível, com a participação do povo. Isso significa que a própria escolha deles deve refletir os anseios e decisões do povo. Como dizem Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Netto, “[s]e o limite imposto não decorrer de manifestação direta do próprio povo, ou corresponder a uma genuína expressão da soberania popular, faltará legitimidade à assembleia constituinte para desrespeitá-lo”⁵⁷³.

4.7 A Inclusão Pública no Debate

⁵⁷² ELSTER, Jon. *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, p. 374-375.

⁵⁷³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, p. 257.

4.7.1 Contribuições públicas

A fase de debates envolve, em regra, questões relacionadas aos processos de decisão sobre o conteúdo da constituição. Geralmente, a participação nessa fase ocorre por meio de submissões e audiências públicas. As primeiras podem ocorrer durante todo o processo ou dentro de um prazo estabelecido, como já foi dito neste Capítulo. Essa última opção é mais interessante quando as submissões forem limitadas a um tema. Isso permite que a educação cívica no país se concentre em fornecer informações detalhadas sobre o tema constitucional do momento. Geralmente, contudo, isso não ocorre, e as submissões acabam sendo permitidas durante todo o processo constituinte. Essa abordagem não será um problema se tiver ocorrido uma boa educação cívica e se foram desenvolvidos materiais de fácil acesso e uso, como formulários e questionários. Evidentemente, durante o processo constituinte, visando a maior inclusão e incentivos, os envios de contribuições escritas não devem ser cobrados pelos órgãos responsáveis pelas entregas de cartas etc. Além disso, devem haver postos de coletas, especialmente em locais mais isolados. Uma alternativa é coletar as sugestões em conferências nacionais e fóruns de discussão.

Essas dificuldades podem ser amenizadas em países que tenham um maior acesso à internet. Nos últimos anos, as redes sociais e demais meios de comunicação eletrônicos, como e-mails e SMS têm sido usados com maior frequência, como já foi dito quando tratamos da educação cívica. Entretanto, é preciso dar atenção tanto às contribuições físicas como às digitais. Do contrário, há o risco de se privilegiar a contribuição de setores sociais que tenham maior acesso aos meios modernos de comunicação, que, geralmente, são aqueles mais privilegiados e educados. Isso, como foi dito anteriormente, foi identificado como uma falha perigosa no processo constituinte sul-africano.

É possível, por exemplo, abrir o debate constitucional com grupos previamente excluídos ou subrepresentados no processo político. Isso cria a percepção de maior legitimidade e pode pautar o debate em questões relevantes, especialmente no que diz respeito a direitos fundamentais e políticas de reconhecimento. Além disso, essa estratégia pode representar um incentivo à participação pública e um teste à educação cívica. Como se verá logo a seguir, uma vez que uma das questões mais comuns a gerar impasses no processo envolve diferenças quanto ao lugar das minorias e ao papel da diversidade no estado e na sociedade, então iniciar o processo com grupos minoritários e excluídos pode ser benéfico, já que se poderá, logo no início, levantar esses pontos e discutir a quais deles deve ser dada maior atenção. Também tem a vantagem de antecipar aos constituintes os impasses, fazendo

com que tenham mais tempo para firmar acordos, explorar opções e pensar em modos de resolução.

É muito comum que os órgãos constituintes, seja ele uma legislatura com poderes de elaborar a constituição, seja ele uma assembleia constituinte extraordinária, formem grupos de trabalhos, também chamados de comissões ou comitês. Geralmente, eles são formados de acordo com os temas considerados merecedores de tratamento na constituição. Dependendo do tamanho do órgão constituinte, essas comissões podem ser em maior ou menor número. Como ocorreu no Brasil, em muitos outros processos constituintes, a essas comissões foi reconhecida autonomia de trabalho, o que significa que elas poderiam realizar audiências públicas, convocar especialistas, grupos étnicos, realizar caravanas pelo país para alimentar a discussão etc. Elas também geralmente podem realizar consultas públicas nacionais, embora essas consultas sejam mais comuns na fase em que, terminados os trabalhos das comissões, o projeto esteja sendo discutido pelo órgão constituinte em sua composição plenária. A divisão de trabalho em comissões temáticas tem a vantagem de permitir uma maior discussão sobre os temas tratados. Evidentemente, isso permite uma contribuição mais especializada e focada das questões mais controversas.

4.7.2 O Fator Tempo

O tempo em todo o processo constituinte é um fator importante. Mas, nessa fase, ele é mais crítico. É preciso que se encontre um fino equilíbrio entre a importância de uma máxima participação e profunda discussão com a necessidade de avanço regular do processo. Em outros termos, não se deve acelerar as discussões, sob pena de se perder contribuições importantes que só surgem após uma reflexão mais demorada e de não se processar as informações com a devida consideração e atenção aos mais distintos pontos de vista. Além disso, essa fase pode exigir a elaboração de estudos técnicos e pareceres, inclusive de indivíduos e entidades estrangeiras. Assim, quando os prazos são muito curtos eles tendem a limitar as possibilidades de consulta e participação públicas mais amplas, correndo o risco de se dar a impressão de que o processo está sendo manipulado.⁵⁷⁴ Por outro lado, esta fase não pode demorar a ponto de diminuir o entusiasmo popular, como ocorreu na Islândia, ou de dar

⁵⁷⁴ GHAI, Yash. The Role of Constituent Assemblies in Constitution Making. *IDEA*, p. 17, 1989. Disponível em: <http://www.constitutionnet.org/sites/default/files/2017-08/the_role_of_constituent_assemblies_-_final_yg_-_200606.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2018.

espaço a tentativas de golpes, como se deu em vários países que iniciaram um processo constituinte após a Primavera Árabe.⁵⁷⁵ Esse equilíbrio dependerá muito do contexto.

Novamente, a adoção de um projeto-base pode ajudar a diminuir o tempo nessa fase. Se isso tivesse ocorrido no Brasil, certamente o processo teria sido concluído em menos de vinte meses, um longo tempo perto da média dos processos constituintes. No entanto, em contextos conflituosos e autoritários, muitas coisas podem ocorrer ao longo do processo, inclusive manobras políticas e atos violentos. No Quênia, o processo durou cerca de 12 anos. Entre os motivos da demora estão a dissolução do Parlamento pelo Presidente da República. O ato, apesar de legal, já que essa competência estava prevista na constituição que seria substituída, quase comprometeu o processo constituinte. Mas boicotes ao processo também podem ocorrer com atrocidades, ameaças terroristas, emprego de violência, assassinatos e sequestros, como ocorreu na África do Sul. Evidentemente, a duração do processo depende muito do nível de acordo existente antes de ele ter iniciado. Foi o que ocorreu na Namíbia. Lá, o considerado bem-sucedido processo constituinte foi concluído em apenas dois meses e meio, desde a primeira reunião da Assembleia Constituinte até a adoção da Constituição elaborada, muito em razão dos consensos formados sobre as questões mais contenciosas no país.

Por isso, é útil e necessário estabelecer prazos para as diferentes etapas do processo constituinte. Eles podem impor alguma disciplina aos constituintes e evitar tentativas de prolongamento indevidas e estratégicas, com o propósito de atender às necessidades e interesses particulares, e não aos do país em questão. Portanto, é preciso ter cuidado com a tática do prolongamento do processo como um meio de sabotá-lo. Foi o que ocorreu em Uganda, o presidente atrasou o início do processo até ele conseguir impor seu controle sobre o país. Após isso, o processo sofreu várias interrupções que lhe foram convenientes.⁵⁷⁶ No Quênia, o processo foi arrastado para além do prazo original como forma clara de sabotagem. Mas é completamente possível também o posto. Forças políticas internas podem apressar o processo para realizar seus próprios interesses. Foi o que ocorreu em Timor-Leste e também na Venezuela. Nesse último país, o breve cronograma de dois meses e meio desde o início da redação até a aprovação da assembleia, com o referendo um mês depois, foi uma

⁵⁷⁵ Cf., sobretudo, SORENS, Jason. Arab Spring Constitution-Making: Polarization, Exclusion, and Constraints, 2016.

⁵⁷⁶ GHAI, Yash. The Role of Constituent Assemblies in Constitution Making, p. 17.

manifestação de manipulação política evidente do presidente Chávez, que pressionou o órgão constituinte a adotar esse cronograma mesmo após iniciado o processo.⁵⁷⁷

O prolongamento excessivo pode fazer com que se perca uma janela de oportunidade. Na Hungria, o processo constituinte iniciado em 1989 foi tão prolongado que o momento constituinte esfriou e a oportunidade de se elaborar uma constituição em um cenário político com forças iguais foi perdida.⁵⁷⁸ Afinal, um período de tempo prolongado cria espaço para surgir novos interesses e animosidades. Foi precisamente o que ocorreu lá, já que o lado conservador do país teve tempo para crescer e se fortalecer, permitindo que uma constituição não moderada fosse aprovada sem resistência de opositores em 2011. Daí, novamente, a importância de um cronograma assertivo. Os processos realizados dentro de um cronograma bem estabelecido, em geral, permitem não só sua conclusão, mas também que os constituintes reflitam com calma sobre as lições aprendidas ao longo do caminho, construam consenso, realizem consultas públicas e, por meio de uma educação continuada, desenvolvam a sociedade civil para a nova ordem constitucional que entraria em vigor.

Prazos longos e curtos têm diferentes significados em diferentes contextos. E, embora eles sejam importantes e muitas vezes necessários para que o processo não se prolongue demais nem seja acelerado estrategicamente, eles devem ser estabelecidos de uma maneira que deixe alguma flexibilidade para repensar o processo, especialmente em momentos em que se poderá enfrentar desafios fundamentais e imprevistos. Mas tudo que foi dito também depende da quantidade e profundidade das questões contenciosas que podem surgir no processo. Por isso, é necessário considerar todas as opções de solução.

4.7.3 Como Decidir Questões Contenciosas

Uma das questões mais importantes nessa fase diz respeito a como decidir questões contenciosas. Isto porque, naturalmente, em qualquer processo deliberativo, pode ocorrer impasses sobre muitas questões. Questões contenciosas são comumente fontes de tensão ou mesmo de conflito entre constituintes individuais, partidos, grupos políticos formados durante o processo e grupos étnicos e religiosos. Por essa razão, tem havido uma ênfase considerável no consenso em processos constituintes ocorridos nos últimos anos, em parte porque muitas constituições agora são feitas em situações de conflito ou pós-conflito e em sociedades

⁵⁷⁷ BREWER-CARÍAS, Allan R. The 1999 Venezuelan Constitution-Making Process as an Instrument for Framing the Development of an Authoritarian Political Regime, p. 516.

⁵⁷⁸ Cf. ARATO, Andrew. Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What?, p. 923-980.

profundamente divididas, onde as decisões da maioria simplesmente agravam as tensões e polarizações em vez de removê-las ou diminuí-las. Assim, muitas leis que regulam o processo estabelecem que as decisões devem ser tomadas pelo consenso dos constituintes. Embora um consenso ou algo perto disso seria o recomendável, impasses são muitas vezes inevitáveis, e não devem ser tratados como questões fáceis.

A solução mais comum é seguir a regra da maioria, seja ela qual for. Essa é a saída mais fácil, mas pode ser problemática. Um órgão constituinte dominado por um partido pode muito bem se beneficiar dessa regra em detrimento de minorias. Daí, novamente a necessidade de uma composição equilibrada, embora a dinâmica dos trabalhos geralmente reformule os poderes de cada grupo, inclusive criando novos, como ocorreu no Brasil com o Centrão e a criação do PSDB. Mas regras de maioria tendem a agravar custos de decisões, já que muitas vezes elas são alcançadas por meio de negociações espúrias e não naturalmente.

A propósito, uma solução é não constitucionalizar a questão, usando a cláusula *by law*, um expediente muito comum em processos constituintes, por meio do qual se decide sem decidir, evitando-se custos de decisão e conflitos nos processos de deliberação.⁵⁷⁹ Isso significa que, quando um ponto leva a um impasse, seria melhor deixar o tratamento para o futuro, seja para uma emenda constitucional seja para a legislação infraconstitucional. No processo constituinte brasileiro, por exemplo, impasses ganharam o apelido de “buracos negros”. Uma das saídas adotadas foi a transformação do dispositivo em uma norma de aplicabilidade mediata, por meio da inclusão da cláusula “na forma da lei”.⁵⁸⁰ Como relata Nelson Jobim em entrevista recente, “quando não se conseguia um acordo, e não tinha solução num texto ambíguo, eu usava a técnica de jogar para a lei complementar ou lei ordinária”.⁵⁸¹

Esses impasses são mais comuns em questões fundamentais, como as que dizem respeito ao sistema e forma de governo, forma de Estado, prerrogativas de autoridade etc. O caso brasileiro novamente fornece um exemplo infelizmente aversivo. Duas questões talvez tenham sido as mais controversas na constituinte. A primeira delas dizia respeito ao sistema de governo. Como é dito, “[a] Constituinte era parlamentarista e por quatro anos”.⁵⁸² Muitos institutos foram pensados para esse sistema. Por exemplo, a previsão de medidas

⁵⁷⁹ Cf., por todos, DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. *Deciding not to Decide: Deferral in Constitutional Design*, p. 640 e ss.

⁵⁸⁰ CARVALHO, Luiz M. *1988: Segredos da Constituinte*, p. 112, 113 e 102.

⁵⁸¹ Cf., entrevista a Fernando Henrique Cardoso, *Idem*, p. 121.

⁵⁸² Cf., entrevista a Fernando Henrique Cardoso, *Idem*, p. 123.

provisórias foi algo discutido como uma ideia relacionada e mais adequada ao parlamentarismo. Outro exemplo é a competência do Congresso para fiscalizar o Executivo, algo também tipicamente parlamentarista. Ocorre que, ao final da constituinte, José Sarney, então Presidente do país, e avesso ao sistema parlamentarista, manobrou de toda forma e ao final conseguiu a aprovação no texto de um sistema presidencialista. Embora a questão tenha sido deixada para o povo referendar cinco anos depois, por meio de uma disposição transitória, o que acabou ocorrendo foi sua confirmação, talvez muito devido ao fato de isso ter ocorrido fora do momento constituinte.

Dificuldades em decidir questões sobre a estrutura do Estado e sistema político se repetem em muitos processos constituintes. No Quênia, onde uma questão semelhante era profundamente divisória, a sociedade civil pressionou para que um referendo fosse realizado. Em Uganda foi feito um referendo para a determinação sobre se se deveria adotar um sistema multipartidário. Grécia e Itália também resolveram a questão contenciosa do futuro da monarquia por meio de referendo. Mas não é só sobre essas questões que impasses são gerados. Na verdade, como experientes estudiosos contam, uma das questões mais comuns (e intratáveis) envolve diferenças quanto ao lugar das minorias e ao papel da diversidade no estado e na sociedade.

Alguns processos incluem procedimentos especiais para resolver problemas e questões contenciosas, com o fim de evitar sua paralisação e maior legitimidade. Mas, às vezes, medidas fora do esquema do processo podem ser usadas para resolver esses problemas. É que, embora, em alguns casos, questões contenciosas reclamem mais tempo de discussão, a depender do contexto, elas podem exigir uma solução improvisada e rápida. Na África do Sul, por exemplo, foi previsto que as questões seriam discutidas e aprovadas por meio de um consenso. O propósito era garantir a percepção de que todos estavam unidos em torno do projeto constitucional e dispostos a cederem em suas convicções pessoais. Mas isso nem sempre foi possível. Por isso, foi adotada a ideia de um consenso suficiente, que significava que, quando o Congresso Nacional Africano, o partido de maioria, e o governo com seus aliados concordavam quanto a uma questão, considerava-se haver um consenso suficiente para sua aprovação. Como foi dito no Capítulo III, esse dispositivo foi questionado durante a constituinte, mas foi visto depois como uma boa saída para os profundos impasses durante os debates. Na ocasião, os constituintes dispensaram consultas públicas sobre pontos controversos para evitar o atraso do processo.

Esse tipo de estratégia pode ser uma solução necessária. Mas quando as negociações falham, o órgão constituinte deve encaminhar a questão para o povo e retomar seu trabalho

somente depois que o assunto for resolvido. Novamente, uma saída pode ser um plebiscito ou referendo. Entretanto, embora tais mecanismos sejam capazes de gerar um resultado mais legítimo, eles podem também aprofundar a polaridade, quando o resultado for apertado. Isso encerra o risco de aprofundar divisões na sociedade e na política, o que, por conseguinte, pode dificultar a aprovação final da constituição e mesmo sua implementação após ser aprovada. Por essa razão, é melhor evitar o uso de tais mecanismos até se esgotarem todas as tentativas de negociação de um consenso.

Outra possibilidade é a adoção das chamadas *sunset clauses*. Esse tipo de expediente é utilizado da seguinte forma: um grupo que deseja uma disposição específica, como a proteção de algum direito especial, pode ficar satisfeito ao se aprovar tal disposição para que lhe seja reconhecido o direito por um período determinado. Com isso, aqueles que se opõem a essa disposição podem ser tranquilizados pela duração limitada desse direito.⁵⁸³ O contrário também pode ocorrer. Ou seja, pode-se aceitar a disposição, desde que ela entre em vigor apenas passado algum tempo. Essa saída também foi usada no processo constituinte sul-africano para a solução de muitas questões importantes.⁵⁸⁴

Outra forma de se decidir sem decidir é adotando a disposição controversa, mas de forma ambígua e indeterminada,⁵⁸⁵ assumindo compromissos dilatórios ou dando à norma um caráter não binário. Esse foi um expediente bastante utilizado no processo constituinte brasileiro. No que diz respeito aos compromissos dilatórios, o constituinte Antonio Brito, faz um relato do uso desse método:

Como é que se resolve um impasse? Usando palavras neutras ou estereis, e depois, no futuro, se identificará o que elas são. Essa é uma bela saída para resolver problema de texto. Se eu disser que a finalidade de uma coisa é promover o equilíbrio e o desenvolvimento, você não sabe de que coisa estou falando e concorda com a minha frase. Do ponto de vista político era bonito, porque nós não tínhamos como sair daquele impasse e a Constituição tinha que ser feita. Ninguém tinha maioria, ou era isso ou era nada. E nada era um negócio muito ruim naquele momento.⁵⁸⁶

Nelson Jobim, que participou da constituinte ajudando na redação de dispositivos, contou, em entrevista recente, que lhe era pedido para introduzir ambiguidades até conseguir

⁵⁸³ Cf. BISARYA, Sumit. Performance Constitutions: Transitional Provisions. In: GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz (Eds.). *Assessing Constitutional Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 203 e ss.

⁵⁸⁴ ARATO, Andrew. *The Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?*, 2017, p. 250-252. Cf., também, KLUG, Heinz. Participating in the Design: Constitution-Making in South Africa. *Review of Constitutional Studies*, v. 3, n. 1, p. 40 e ss., 1996.

⁵⁸⁵ DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Deciding not to Decide: Deferral in Constitutional Design, p. 636-672.

⁵⁸⁶ CARVALHO, Luiz M. 1988: Segredos da Constituinte, p. 175.

o voto da maioria. Disse ele: “Era um negócio genial” . Ele, inclusive, dá um exemplo de como se resolvia impasses dando aos dispositivos um caráter não binário:

Em determinado momento surgiu um impasse complicado quanto ao repouso semanal remunerado. O pessoal da esquerda era coordenado pelo Plínio de Arruda Sampaio, que era líder do PT. Naquela época, o Plínio não era o radical que veio a ser. Era um sujeito que negociava, um cara ótimo. O texto da esquerda era ‘repouso semanal remunerada obrigatoriamente aos domingos’ . A direita queria ‘repouso semanal remunerado, na forma de convenção ou contrato coletivo de trabalho’ . A direita tinha razão, alguns trabalhos não podiam parar no domingo. E deu-se o impasse. Ninguém tinha votos para aprovar nenhuma delas. [...] Conversa com um, conversa com outro. Ninguém abria mão. Então, eu fiz uma redação, aprovada pela direita e pela esquerda, que está na Constituição: ‘ [...] repouso semanal remunerado, preferencialmente ao domingo’ ⁵⁸⁷

Uma possibilidade também considerada é a negociação de processos de reforma constitucional menos rigorosos, dando um sinal aos contendores que a questão poderá ser incluída mais facilmente no texto constitucional no futuro. Portanto, deixar coisas para o futuro é uma estratégia disponível, mas ela deve ser utilizada com muita cautela, já que ela pode sobrecarregar as capacidades institucionais das futuras legislaturas, o que, por sua vez, pode ameaçar o sucesso da constituição aprovada. Além disso, elas podem fazer com que instituições, como Cortes Constitucionais, tenham no futuro um poder desproporcional e um protagonismo político indesejado.⁵⁸⁸ Como dizem Rosalind Dixon e Tom Ginsburg:

Se a deferência constitucional levar ao fracasso dos legisladores ou dos tribunais em decidir questões constitucionais fundamentais, ou mesmo a falhar no desempenho de suas funções democráticas básicas, isso também terá implicações claras para a durabilidade, bem como o grau ótimo, de uma constituição. Isso tenderá a prejudicar diretamente o apoio popular ao sistema constitucional existente de uma forma que também aumenta o apoio aos esforços para criar novos arranjos governamentais por meios extra-constitucionais.⁵⁸⁹

Uma dificuldade especial na resolução de questões é a natureza transparente de muitos processos contemporâneos, resultado do alto grau de participação pública, o que torna difícil a negociação. A natureza muito aberta dos processos participativos e transparentes dificulta o tratamento das questões contenciosas. Tudo isso sugere a importância de princípios constituintes orientadores. Como foi dito, uma das vantagens na adoção desses princípios, seja numa constituição interina, seja em leis de convocação, é retirar do órgão constituinte o poder de decisão sobre algumas questões. Então, questões sensíveis, como sistema de

⁵⁸⁷ Idem, p. 210-211.

⁵⁸⁸ GRABER, Mark A. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. *Studies in American Political Development*, v. 7, p. 35 e ss., 1993.

⁵⁸⁹ DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Deciding not to Decide: Deferral in Constitutional Design, p. 666.

governo, formas de governo e de estado, por exemplo, podem ser decididas em uma consulta prévia, evitando-se, assim, que negociações sobre esses temas ocorram e comprometam o trabalho no processo constituinte. Com questões desse tipo já decididas, o órgão constituinte poderá se concentrar em questões importantes, mas não tão politicamente importantes. No Brasil, como se sabe, a constituinte foi dominada pela discussão sobre o mandato do presidente Sarney e o sistema de governo, o que a tornou menos produtiva.

4.7.4 O Imperativo da Transparência

A inclusão também se dá pela transparência, que deve marcar essa fase. O público deve saber o que está prestes a ser debatido e por quem. Os trabalhos sobre os quais as discussões devem ser baseadas devem ser disponibilizadas publicamente a tempo de permitir que as partes interessadas façam contribuições e entrem em contato com os constituintes. As sessões devem ser abertas ao público, exceto se houver ameaça de violência e boicote, o que pode ocorrer em ambientes de conflito e com tensão política ou social elevada. Se houver muita procura, é possível credenciar representantes e observadores para as sessões, que, aliás, podem ser televisionadas ou transmitidas via *streaming*, em sites como Youtube e em redes sociais como Facebook e Twitter, como ocorreu na Islândia. Além disso, o órgão constituinte deve ser responsável em assegurar que haja um fluxo constante de informações precisas para o público. Nesse sentido, a mídia televisiva terá uma grande importância, mas as redes sociais e *websites* também.

A tudo que for decidido deve se dar a maior divulgação possível, tanto no momento da sua adoção, como no de sua modificação. O Brasil fornece mais um exemplo vergonhoso. Como já foi dito, relata-se que muitas disposições constitucionais foram incluídas no texto sem qualquer deliberação e secretamente. No processo constituinte realizado em Camboja, faltou muita transparência e muitas disposições foram inseridas na Constituição resultante no último momento, obviamente refletindo interesses políticos e nada republicanos. O mesmo ocorreu no Brasil. Em uma entrevista para o jornal O Globo, em 2003, quando, então, a Constituição brasileira completou 15 anos, o constituinte e então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim, revelou que a Comissão de Redação fez alterações de conteúdo no texto já aprovado em plenário. Isso, inclusive, motivou seu pedido de *impeachment*, à época da entrevista. Já em setembro de 1988, no momento em que a Comissão de Redação realizava seu trabalho, o constituinte e Senador Carlos Chiarelli, disse também ao O Globo, que “a nova Constituição corre o risco de se tornar inconstitucional” .

“Isso acontecerá” , acrescentou ele, “se não houver nova votação em dois turnos para aprovar as alterações de conteúdo promovidas pela Comissão de Redação” .⁵⁹⁰

Por esses e outros acontecimentos, é que não se deve adotar a sugestão de Jon Elster de se desenhar o processo constituinte na forma de uma ampulheta, segundo a qual as consultas públicas são realizadas no início do processo sobre as principais questões constitucionais, o segredo é mantido durante o processo de elaboração e, em seguida, a constituição é ratificada via referendo. Uma vez mais, o que Elster sugere não encontra apoio na realidade prática. A proposta é antiga. Mais recentemente, ele próprio reconheceu que “o modelo de ampulheta é uma construção teórica, que não foi experimentada na prática” . Reconhece ele também que esse modelo “pode ser incompatível com a norma de transparência, o que poderia impor uma pressão irresistível para a publicidade total em todas as etapas, não apenas nas fases inicial e final” .⁵⁹¹

Embora o sigilo possa facilitar o compromisso e proporcionar espaço para que os constituintes possam considerar um acordo, o ideal é que tudo ocorra na máxima transparência e publicidade. Entre outras razões, a transparência é essencial para conquistar e sustentar a confiança das pessoas e para elas se protegerem contra os perigos da manipulação. Obviamente, como se deixou claro no Capítulo III, a deliberação secreta é muitas vezes necessária na fase embrionária do processo constituintes. Isso foi fundamental não apenas no bem-sucedido processo sul-africano, mas também em outros países que realizaram transições de regimes conflituosos. Entretanto, diferentemente do que pensa Elster, é na fase de debate e deliberação que o povo deve exercer maior influência, caso se queira que a constituição resultante reflita sua vontade. Conferir transparência apenas nas fases de convenção e aprovação é bastante limitador e problemático. É que as contribuições na primeira fase nem sempre são consideradas no texto constitucional, já que a participação, como muitas vezes ocorre, pode ser apenas cosmética, como, pensamos, ocorreu, em regra, no Brasil. É incontestável que processos constituintes sofrem de uma vulnerabilidade elevada em relação à manipulação de elites.⁵⁹² Os exemplos são inúmeros. Por fim, deixar o processo transparente apenas na fase final pode ser tarde demais, já que, por referendo, aprova-se a constituição em bloco, impossibilitando a discussão sobre aspectos particulares que podem ser comprometedores, como se verá adiante.

⁵⁹⁰ CARVALHO, Luiz M. 1988: Segredos da Constituinte, p. 197-198.

⁵⁹¹ ELSTER, Jon. *Securities Against Misrule: Juries, Assemblies, Elections*, p. 235.

⁵⁹² EISENSTADT, Todd A et al. When Talk Trumps Text: The Democratizing Effects of Deliberation during Constitution-Making, 1974-2011, p. 603-606.

4.8 A Inclusão Pública na Aprovação

Vários métodos têm sido empregados para aprovar constituições. As opções básicas incluem a promulgação por uma assembleia constituinte especialmente constituída, uma legislatura, o executivo ou pelo povo, por meio de referendos. Como alguns estudiosos identificaram, existem quarenta e cinco métodos diferentes para promulgar textos constitucionais.⁵⁹³ Entretanto, na maioria dos casos, a aprovação por meio de referendos públicos foi a opção adotada. Esse método tem sido empregado em todo o mundo - tanto para a aprovação final de um texto constitucional produzido, como para aprovação de reformas constitucionais e de leis infraconstitucionais.⁵⁹⁴ Como afirma Matt Qvortup, “os referendos estão se tornando cada vez mais veículos para mudanças políticas - ou, às vezes, veículos de conservadorismo” .⁵⁹⁵ De fato, seu uso em todo o mundo tem proliferado notavelmente nos últimos 30 anos.⁵⁹⁶ Hoje, mais de quarenta por cento das constituições em vigor foram adotadas usando referendos.⁵⁹⁷

Não há dúvidas de que os referendos podem ser valiosos no processo constituinte, ao conferir um certo grau de legitimidade ao processo e ao seu resultado, desde que, é claro, sua realização seja livre e democrática.⁵⁹⁸ Outra vantagem parece estar no fato de que os constituintes irão se preocupar ao longo do processo em corresponder aos anseios populares com vistas à aceitabilidade pública de seu trabalho. Portanto, como Elster observa, o conhecimento das preferências de quem ratificará a constituição atuará como uma restrição sobre o que os constituintes propõem. De fato, quando os referendos são usados para ratificar o trabalho dos constituintes, eles podem ter um papel importante na correção de eventuais abusos. O que ocorreu no Zimbábue é um exemplo. A legitimidade do processo constituinte de 1999 foi contestada abertamente, tendo em vista o rígido controle do governo sobre ele. No referendo de ratificação, os eleitores rejeitaram a constituição com 54%, apesar de uma

⁵⁹³ GINSBURG, Tom; BLOUNT, Justin; ELKINS, Zachary. The Citizen as Founder: Public Participation. *Temple Law Review*, v. 81, n. 2, p. 376, 2008.

⁵⁹⁴ Cf. ANCKAR, Dag. Constitutional Referendums in the Countries of the World. *Journal of Politics and Law*, v. 7, n. 1, p. 12-22, 2014; e QVORTUP, Matt. *Referendums around the World*. Coventry: Palgrave Macmillan, 2018.

⁵⁹⁵ QVORTUP, Matt. Introduction: Theory, Practice and History. In: _____ (Ed.). *Referendums around the World*. Coventry: Palgrave Macmillan, 2018, p. 1.

⁵⁹⁶ TIERNEY, Stephen. *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1.

⁵⁹⁷ GINSBURG, Tom; BLOUNT, Justin; ELKINS, Zachary. The Citizen as Founder: Public Participation, p. 377.

⁵⁹⁸ LEDUC, Lawrence. Referendums and Deliberative democracy. *Electoral Studies*, v. 38, p. 147 e ss., 2015.

campanha vigorosa do governo a favor do documento. Outro exemplo vem da Albânia. Lá, os eleitores rejeitaram um projeto de constituição de 1994 quando, segundo se relata, se percebeu no texto proposto um favorecimento à coalizão governista, o que representava uma clara violação aos arranjos pré-constituintes firmados no país.⁵⁹⁹

Um dado curioso levantado por alguns autores é o de que um referendo público de ratificação está positivamente correlacionado com a inclusão desse instrumento de participação direta na própria constituição a ser aprovada. Em 87% dos episódios nos quais se exigiu a aprovação por meio de referendo, esse instituto tinha sua previsão no texto constitucional. Dos demais processos de aprovação, apenas os legislativos preveem referendos em mais de metade dos casos. Já as constituições aprovadas com o envolvimento apenas do executivo estabeleciam o referendo em poucas delas.⁶⁰⁰ No Brasil, a participação popular no processo constituinte também foi importante para a inclusão no texto de instrumentos de participação direta.⁶⁰¹

Há outra questão interessante: a aprovação por meio de referendo está associada a um maior número de cargos eletivos. Explica-se. Por exemplo, nos casos em que a aprovação envolveu apenas o executivo, eleições para esse cargo foram pouco frequentes. O cargo de chefe de estado vagou em pouco mais de 14% dos casos em que o executivo é o único promulgador. Quando as assembleias legislativas aprovam a Constituição, a eleição para o mesmo cargo sobe para 49% dos casos. Todavia, esse número cai para 43% quando um executivo é adicionado ao processo de aprovação. Quando, porém, a aprovação da constituição se dá por meio de referendos, a eleição para a chefia do Executivo sobe para 66%. Portanto, o referendo parece aumentar a probabilidade de eleições regulares para a chefia do Executivo, o que, por consequência, pode diminuir o risco de regimes autocráticos e ditatoriais, já que permitirá maior rotatividade no poder.⁶⁰²

Mas há sérias desvantagens quando os referendos representam a única oportunidade de participação, ou mesmo a maior. Como, com razão, afirma Vivien Hart, “a frequentemente citada função de legitimação do texto, essencial para que uma cultura de constitucionalismo apoie sua implementação, pode não ser alcançada apenas por meio de

⁵⁹⁹ ELSTER, Jon. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process, p. 374.

⁶⁰⁰ GINSBURG, Tom; BLOUNT, Justin; ELKINS, Zachary. The Citizen as Founder: Public Participation, p. 380.

⁶⁰¹ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. A Iniciativa Popular no Sistema Constitucional Brasileiro: Fundamentos Teóricos, Configurações e Propostas de Mudança. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1730.

⁶⁰² Idem, p. 380.

votação” .⁶⁰³ Afinal, proporcionar apenas essa oportunidade depois que todas as decisões importantes foram tomadas é uma forma pobre de conferir legitimidade à constituição.

Quando o processo se mostra amplamente democrático desde o seu início, muitas vezes o referendo final sequer é necessário. Foi o que ocorreu tanto na África do Sul como na Eritreia, onde se considerou que a natureza aberta e democrática dos processos teria sido suficiente para legitimar o resultado. No Brasil, não houve um referendo, mas é questionável, como se verá no Capítulo V, se a participação no processo seria realmente capaz de tornar o uso desse expediente desnecessário. Penso que não. De qualquer modo, a análise sobre a necessidade ou não de um referendo deve levar em conta o nível de transparência e de participação pública nas fases anteriores. Se o processo levantou alguma suspeita, o referendo deve ser absolutamente necessário. Por outro lado, se houve um profundo controle popular nas votações e em seus resultados, talvez o referendo seja, de fato, desnecessário. Ainda que o processo tenha ocorrido com transparência e inclusão pública, a realização de um referendo final pode ser útil para ampliar o sentimento de propriedade sobre a constituição. Isso deve ser considerado.

Muitos fatores podem influenciar positiva e negativamente o resultado de um referendo final, como propaganda, educação cívica, pressão partidária, ameaças de violência e boicotes. Por isso, um referendo final para aprovação da constituição deve ser cuidadosamente elaborado para garantir que um debate inclusivo e genuinamente discursivo e responsivo possa ocorrer. Isso inclui uma mídia imparcial e o controle dos partidos políticos nesse processo, além de segurança pública adequada.

Uma questão sensível, no que diz respeito ao emprego de referendos, é aquela a propósito da possibilidade de eles serem utilizados para se decidir direitos de minorias.⁶⁰⁴ Seriam eles justos? Penso que não. Seus resultados muito provavelmente serão contrários às minorias e servirão apenas para conferir legitimidade a uma decisão praticamente imposta por uma maioria. Além disso, sua realização pode aumentar as clivagens na sociedade, em vez de repará-las, pondo em perigo o próprio processo constituinte e a constituição. Infelizmente ou não, a constituição é um documento contramajoritário e direitos de minoria devem ser reconhecidos pelo argumento, não apenas pelo voto. Isso serve tanto para as consultas públicas realizadas ao longo do processo, como para sua fase final. Portanto, se algum referendo for adotado para ratificar a constituição, ele não deve ser fragmentado, de modo a

⁶⁰³ HART, Vivien. *Democratic Constitution Making*. *United States Institute of Peace Press*, 2003, p. 10.

⁶⁰⁴ EISENBERG, Avigail. When (if Ever) are Referendums on Minority Rights Fair? In: LAYCOCK, David. (Ed.). *Representation and Democratic Theory*. Vancouver: University of British Columbia Press, 2004, p. 3-22.

envolver questões relacionadas a minorias. A inclusão pensada no processo deve ser igualmente refletida para o momento posterior à aprovação da constituição.

Por fim, pensar em inclusão nessa fase significa que todos os destinatários com capacidade para tanto devem participar de forma livre e desimpedida do referendo. Isso inclui os residentes e os que não residem no país, mas que ainda detenham cidadania. Deve-se aqui ter uma preocupação mais elevada com a educação cívica e se evitar propagandas partidárias excessivas e desproporcionais. Em muitos países, a propósito, se determinou que a propaganda não deveria ser feita por partidos, mas, sim, por alguns constituintes que representassem tanto os que apoiam como os que são contrários à ratificação. Por fim, é necessário que todos os grupos se sintam bem informados sobre o conteúdo da constituição e suas consequências para o futuro do país.

5 ANALISANDO PROCESSOS CONSTITUINTES PARTICIPATIVOS

5.1. Introdução

Neste capítulo, busca-se analisar três processos constituintes considerados pela literatura como amplamente participativos: Islândia, Quênia e Brasil. Eles tomaram lugar em contextos políticos bastante distintos e os desenhos procedimentais também variaram. Nosso interesse é, a partir da descrição dos contextos, processos e constituições resultantes ou não deles, analisar os acertos e desacertos, assim como as razões do sucesso ou fracasso de cada um desses episódios constituintes e de suas constituições. Aqui, duas questões importantes devem ser desde logo esclarecidas. Em primeiro lugar, não se desconsidera que sucesso e fracasso são questões claramente relativas e dependem absolutamente do ponto de vista do avaliador. No entanto, para os propósitos deste Capítulo, consideramos como sucesso e fracasso do processo constituinte duas possibilidades objetivas: a aprovação ou não de uma constituição, quando essa era a evidente vontade do povo. Em segundo lugar, também não desconsideramos a problemática e disputada questão a propósito de quando uma constituição pode ser considerada boa ou bem-sucedida.⁶⁰⁵ Novamente, essas questões dependem muito do ponto de vista de quem as julga e também dos aspectos das constituições considerados por quem as avaliam. Mas, como antecipamos no Capítulo I, uma boa Constituição é aquela capaz de, no mínimo, identificar e enfrentar os principais dramas do seu tempo – pobreza, desigualdade, violação dos direitos humanos, situações de discriminação contra grupos de pessoas desfavorecidas, instabilidade econômica ou política, regimes autocratas e ditatoriais, corrupção etc – e, ao mesmo tempo, fornecer meios legais adequados para enfrentar esses problemas, sem perder de vista os anseios sociais e aspectos contextuais que lhe conferem identidade e que sejam razoáveis.⁶⁰⁶ Por isso, para o julgamento das constituições resultantes ou não desses processos, buscar-se-á fundamento em escritos de autores que se dedicaram à sua análise e sobre elas emitiram juízos de valor com alguma proximidade do contexto –

⁶⁰⁵ Cf., especialmente, GINSBURG, Tom e HUQ, Aziz (Ed.). *Assessing Constitutional Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Capítulo 1.

⁶⁰⁶ Novamente, adoto aqui, parcialmente, as ideias de Juan Bautista Alberdi. Cf., a respeito, GARGARELLA, Roberto. When is a Constitution Doing Well? The Alberdian Test in the Americas. In: GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *Assessing Constitutional Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 99-133.

especialmente, por razões óbvias, no que diz respeito à Islândia e ao Quênia –, sem prejuízo da emissão de juízos próprios – especialmente quanto aos aspectos negativos considerados no Capítulo I. No que tange ao processo brasileiro, buscar-se-á a opinião não apenas acadêmica, mas também a dos próprios constituintes.

5.2. A Experiência Constituinte *Crowdsourcing* da Islândia

5.2.1 Contexto

No outono de 2008, os quatro bancos nacionais islandeses entraram em colapso e a Islândia entrou em uma profunda crise financeira e econômica, juntamente com outros tantos países. Essa séria crise gerou no país fortes protestos contra a classe política, que foi considerada incompetente e corrupta, bem como uma das principais razões da crise que assolava o país. A ideia de elaborar uma nova constituição para Islândia já havia sido pensada tempos atrás, mas agora ela tinha um motivo mais forte e contava com o apoio e a ira populares. Como afirma Anne Meweuse, “os acontecimentos tiveram um impacto tão profundo na sociedade islandesa que surgiu o espaço político para repensar os fundamentos da Constituição – algo que se revelou impossível desde a independência formal da Dinamarca em 1944”⁶⁰⁷. Mas pelos menos três fatores podem se destacar como propulsores do processo constituinte no país.

O primeiro fator relaciona-se ao fato de que a maioria das disposições da constituição atual data essencialmente dos dias em que a Islândia fazia parte do reino dinamarquês. A independência do país deu-se por meio de um processo incremental. Baseada na Constituição dinamarquesa de 1849, a Constituição dependente da Islândia de 1874 era bastante limitada. Na verdade, o país tornou-se independente apenas em 1904, mas ainda fazia parte de uma união monárquica com a Dinamarca. No acordo de independência firmado, aliás, foi estipulado que qualquer dos Estados poderia solicitar uma revisão no prazo de vinte anos. Se o acordo não pudesse ser alcançado, a união monárquica entre Dinamarca e Islândia deixaria de existir. A nova Constituição islandesa de 1920 era mais ou menos idêntica à Constituição dinamarquesa. Já em 1928, teria ficado claro que a maioria dos políticos islandeses planejava deixar a união com a Dinamarca e se dirigir para uma república. Este programa político teria

⁶⁰⁷ MEWEUSE, Anne. Popular Constitution-Making: The Case of Iceland. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 472.

sido confirmado em uma declaração do *Althing*, o Parlamento islandês, em 1937.⁶⁰⁸ E, após a Segunda Guerra mundial, quando, então, chegou a hora de rever o acordo, em 1943, pareceu óbvio a ambos os Estados que a união tinha verdadeiramente chegado ao fim.⁶⁰⁹ Com isso, uma Constituição para o país foi aprovada em 1944. “A independência”, diz uma estudiosa, “era mais uma reação da realidade política do que uma revolução; mas os políticos na época prometeram uma ampla revisão da Constituição de 1944, o mais tardar na primavera de 1945”⁶¹⁰

Essa estratégia não revolucionária, dizem alguns, teria sido a responsável por uma “preguiça constitucional” na Islândia nas décadas seguintes, ainda que algumas propostas concretas para uma constituinte tenham sido realmente feitas e algumas mudanças constitucionais importantes tenham sido, de fato, realizadas, como a mudança de um sistema bicameral para um sistema unicameral em 1991, e a inclusão, em 1995, de um catálogo de direitos humanos com o objetivo de sintonizar a ordem constitucional do país com os tratados internacionais de direitos humanos.⁶¹¹ Entretanto, como diz Anne Meweuse:

A relutância política para atualizar e adaptar uma constituição que era essencialmente ainda o reflexo do antigo império dinamarquês também significava que havia um descontentamento persistente entre os cidadãos islandeses. A ausência de um verdadeiro debate constitucional em 1944 ou nas seis décadas subsequentes promoveu uma crescente lista de problemas constitucionais - como a existência de ambiguidades, a vaga operacionalização da separação de poderes e a posição pouco clara do presidente - esperando serem resolvidos.⁶¹²

Já o segundo fator era a disfuncionalidade das instituições. No país, o semipresidencialismo tem sido um sistema de patrocínio à elite e de clientelismo. Isso significa que “a elite política sempre teve um forte incentivo para se opor a mudanças constitucionais”⁶¹³ A separação de poderes entre o Parlamento e o Executivo permanece bastante turva, sendo os Ministros de Estado excessivamente independentes. Na verdade, pelo

⁶⁰⁸ Cf. ÁRNASON, Á. TH. A Review of the Icelandic Constitution: Popular Sovereignty or Political Confusion. *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, v. 1, p. 343 e ss., 2011.

⁶⁰⁹ Isso teria sido devido à perda de contato da Islândia com o reino dinamarquês após a invasão dos alemães na Dinamarca, em 1940. Como relata um estudioso da história constitucional do país, “o Parlamento islandês declarou, na noite seguinte, que o governo islandês assumiria os deveres do rei dinamarquês por enquanto, bem como o controle sobre os assuntos estrangeiros e outros assuntos anteriormente tratados pela Dinamarca em nome da Islândia”. ÁRNASON, Á. TH. A Review of the Icelandic Constitution: Popular Sovereignty or Political Confusion, p. 343-344.

⁶¹⁰ MEWEUSE, Anne. Popular Constitution-Making: The Case of Iceland, p. 472.

⁶¹¹ KRISTJÁNSSO, Svanur. Iceland: A Parliamentary Democracy with a Semi-Presidential Constitution. In: STRØM, Kaare; MÜLLER, Wolfgang C.; BERGMAN, Torbjörn. *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 400-401.

⁶¹² MEWEUSE, Anne. Popular Constitution-Making: The Case of Iceland, p. 474.

⁶¹³ Idem, p. 474.

que é relatado, “o gabinete não é um corpo coletivo dominado pelo Primeiro-Ministro, mas, sim, um conselho de ministros altamente independentes” . Juntas, “essas características produzem um estilo altamente individualizado de governo” .⁶¹⁴ Outro problema destacado por estudiosos é uma suposta cultura de sigilo e nepotismo, com indicações a cargos públicos em razão de laços de amizade.

Por fim, o terceiro fator, considerado o principal, foi a crise financeira de 2008, que levou o sistema financeiro do alto para o chão. Isto porque, no início dos anos 2000, os principais bancos privatizados tinham ativos avaliados em dez vezes o PIB do país. A Islândia vivia um momento de grande entusiasmo econômico e, com isso, preços de propriedades subiam exponencialmente, o crescimento acentuado do mercado de ações e a concessão de altos empréstimos a pessoas físicas passaram a ser cada vez maiores. Mas, com a crise de 2008, com um repórter escreveu para o *The Guardian*, “a quebra foi rápida, difícil e dolorosa, piorada pelo colapso da moeda local, enquanto o Estado, incapaz de resgatar os bancos, se recusava a pagar credores estrangeiros” .⁶¹⁵ As instituições bancárias paralisaram e o caos bancário se generalizou, tornando muito clara a crise a todos os cidadãos do país. “Seguiu-se uma onda de protestos, muitas vezes referida como ‘a revolução dos potes e panelas’ , depois que os bens domésticos que as pessoas usavam tamborilaram enquanto eles os levavam às ruas” , conta uma estudiosa. Portanto, o ambiente constituinte islandês era não conflituoso, mas o cenário era de clara crise. Com ela, o governo de coalizão entre Aliança Social Democrata e do Partido da Independência desmoronou, apesar de ainda manter a maioria no Parlamento. A Aliança Social Democrática formou, então, uma coalização minoritária com o Partido Verde de Esquerda.⁶¹⁶

5.2.2 O Processo Constituinte

Após ter ficado clara a exigência popular por reformas constitucionais, o país se viu forçado a sair do estado de letargia constitucional que a elite política preservava há décadas. Eventos públicos foram organizados para se discutir o futuro do país, destacando-se entre eles o “Fórum Nacional” . Esse evento, organizado por uma importante associação nacional,

⁶¹⁴ KRISTJÁNSSO, Svanur. Iceland: A Parliamentary Democracy with a Semi-Presidential Constitution, p. 403.

⁶¹⁵ Extraído de MEWEUSE, Anne. Popular Constitution-Making: The Case of Iceland, p. 476.

⁶¹⁶ ÁRNASON, Á. TH. A Review of the Icelandic Constitution: Popular Sovereignty or Political Confusion, p. 342-343.

reuniu 1.500 indivíduos, a maioria deles selecionada aleatoriamente por meio do Registro Nacional da População. Na oportunidade, foram discutidos os valores e prioridades que deveriam orientar a renovação do governo e da administração pública. Portanto, como poucos processos constituintes recentes, o Islândia teve sua primeira fase, a convenção, iniciada com um movimento popular fora das instituições políticas ordinárias, como Parlamento, Executivo, Partidos Político etc.

Os resultados do Fórum Nacional foram tornados públicos e discutidos nos meios de comunicação e na esfera pública. Meses depois, o Parlamento aprovou um ato dando início a um processo de revisão constitucional. Uma Comissão Constitucional foi formada e um novo Fórum Nacional teve lugar. Este segundo evento reuniu 950 indivíduos, selecionados também aleatoriamente, e encarregados de estabelecer os principais pontos de vista e pontos de destaque do público sobre a organização do governo do país e sua constituição. A ideia era descobrir qual era a verdadeira vontade do povo sobre o governo e a constituição, de modo a inspirar a elaboração de um projeto que refletisse as preferências do povo islandês. Embora nem todos os cidadãos tenham participado diretamente do Fórum, já que houve uma seleção aleatória e não se tinha acesso aberto a ele por parte daqueles não selecionados que desejassem participar, o desenho permitiu que pessoas comuns, sem qualquer tipo de experiência anterior em política, dele participassem contribuindo diretamente na elaboração da constituição.

Nessa etapa, foi utilizado um orçamento de cerca de quinhentos e cinquenta mil Euros para um dia de *brainstorm* constitucional que teve como resultado a revelação da acentuada importância que o povo tinha para algumas questões-chave que deveriam ser consideradas, entre elas: a importância dos direitos humanos, democracia, transparência, igualdade de acesso aos cuidados de saúde e à educação, bem como o desejo de um setor financeiro mais fortemente regulamentado e de colocar recursos naturais do país sob controle público. Os resultados foram resumidos e traduzidos em um “mapa mental” e disponibilizados ao público. Um relatório também foi produzido pelo Comitê Constitucional e foi repassado, posteriormente, ao Conselho Constitucional, para servir de ponto de partida das deliberações. Este mesmo relatório também incluiu a visão e conselhos de vários especialistas. E, de fato, como se dirá adiante, muitas dessas contribuições estavam presentes no projeto final da constituição. Apesar das diretrizes que receberam, os membros constituintes tinham espaço para trabalhar sobre esses temas, desenvolvendo-os, especialmente em razão do caráter abstrato das questões-chave.

O passo seguinte foi o que gerou mais controvérsia. Era preciso montar um órgão constituinte. Como afirma Anne Meweuse, “na base do empreendimento constituinte da Islândia, havia a ideia de que os parlamentos não estariam em melhores condições para revisar as constituições, dado que seus membros em exercício teriam interesses na estrutura organizacional do Estado” .⁶¹⁷ Assim, em novembro de 2009, o então Primeiro-Ministro propôs a criação de uma Assembleia Constitucional. Em junho do ano seguinte, o Parlamento islandês aprovou um ato sobre uma Assembleia, determinando que fosse ela estabelecida nos primeiros meses de 2011. No Parlamento, os conservadores liberais apoiaram a proposta com a condição de haver um Comitê Constitucional com a função de preparar as questões a serem abordadas pela Assembleia. O Parlamento elegeu os membros do Comitê. Entre eles, havia *experts*, mas também pessoas sem *expertise* afiliadas aos partidos políticos principais. Como informa Á. Árnason:

O estatuto e o mandato do Comitê Constitucional foram definidos em uma ‘norma interina’ . De acordo com esta disposição, o comitê deveria trabalhar de forma independente e teria o papel de preparar e organizar um Fórum Nacional sobre diversos assuntos constitucionais. O próprio Fórum Nacional deveria ser realizado em tempo útil antes das eleições para a Assembleia Constitucional. A participação de cerca de mil pessoas seria garantida para o Fórum Nacional. Essas pessoas seriam selecionadas por meio de amostragem aleatória do Registro Nacional de População, com especial atenção para ser representativo de uma distribuição razoável de participantes em todo o país, além de ser composto de uma divisão igual entre os gêneros, na medida em que seja possível.⁶¹⁸

O Fórum Nacional, composto apenas por residentes, e que supostamente teria sido criado para contrabalançar a natureza elitista do Comitê, foi realizado e, nele, foram levantados pontos de vista principais e pontos de destaque considerados pelo público, no que se refere à organização do governo do país e sua constituição. O comitê deveria processar as informações coletadas no Fórum Nacional e entregar à Assembleia Constitucional quando se reunisse no final do ano. O comitê também realizaria a coleta e processamento de outros materiais disponíveis e informações relativas às questões constitucionais levantadas no Fórum que fossem úteis para a Assembleia Constituinte.

Em 12 de agosto de 2010, o Parlamento anunciou que as eleições para a Assembleia Constitucional ocorreriam em novembro e informou que as candidaturas deveriam ser registradas até 18 de outubro. Foram 523 inscritos como candidatos, sendo 30% mulheres e 70% homens. Esse número foi considerado elevado, tendo gerado surpresa, segundo se

⁶¹⁷ MEWEUSE, Anne. Popular Constitution-Making: The Case of Iceland, p. 469.

⁶¹⁸ ÁRNASON, Á. Th. A Review of the Icelandic Constitution: Popular Sovereignty or Political Confusion, p. 348.

comenta. As condições de elegibilidade eram as mesmas empregadas para as eleições parlamentares, além dos requisitos que os candidatos não eram já membros eleitos do Parlamento.⁶¹⁹ Ademais, eles deveriam se dedicar exclusivamente e receberiam como salário o mesmo devido aos Parlamentares. Nas regras sobre a Assembleia, foi estabelecido que o país seria um distrito eleitoral único. Além disso, cada eleitor poderia listar até vinte e cinco candidatos, uma técnica que o Parlamento islandês importou do sistema eleitoral escocês. Após campanhas nas mídias, rádio e TV serem realizadas, a eleição ocorreu de forma “altamente civilizada”, como a percebeu um repórter nacional.⁶²⁰ No dia da eleição, houve uma baixa participação popular: apenas oitenta e quatro mil pessoas votaram, o que equivalia a 36% do eleitorado. Além disso, comenta-se que o processo eleitoral foi confuso e mal elaborado. De qualquer modo, uma primeira assembleia foi eleita e composta de vinte e cinco membros, sendo dez mulheres e quinze homens.

Ocorre que, logo após ser divulgado o resultado da eleição, três cidadãos questionaram-na perante a Suprema Corte com base em um artigo previsto na lei que tratava da assembleia constituinte. Eles apontavam supostas falhas no processo. Acolhendo as alegações da petição, em 25 de janeiro de 2011, seis juízes da Suprema Corte declararam nulos os resultados da eleição. Entretanto, o Parlamento e o Governo nacional resolveram ignorar a decisão, designando aqueles membros eleitos para um órgão que recebeu o nome “Conselho Constitucional”, uma pequena assembleia constituinte extraordinária. Esse órgão tinha a tarefa de elaborar e apresentar um projeto de constituição. E isso foi feito. Os constituintes reuniram-se no período de 17 de junho a 15 de julho de 2010, de 4 de outubro a 5 de novembro de 2010 e, por fim, de 10 de janeiro a 17 de fevereiro de 2011. Como era de se esperar, os parlamentares que se opunham à constituinte acusaram o Conselho Constitucional de ilegítimo. Mas, tendo sido aprovado, em um referendo, a discussão sobre a ilegitimidade desse órgão amornou. Sobre a composição do Conselho, Anne Meweuse escreveu:

Em que medida o Conselho Constitucional era representativo do "povo"? Embora, entre os eleitos, existissem alguns membros de profissões que poderiam ser representadas, como direito, ciência política e jornalismo, os backgrounds dos membros variavam. Os eleitos eram, em geral, figuras públicas em certa medida, que foram, no entanto, de acordo com um comentarista, provavelmente eleitos por motivos não partidários. Para ser mais preciso, eles incluíam não só médicos, advogados, sacerdotes e professores, mas também empresários, um fazendeiro, um defensor dos direitos das pessoas com deficiência, matemáticos, pessoas da mídia, membros do parlamento, enfermeiro, um filósofo, poetas e artistas, cientistas

⁶¹⁹ MEWEUSE, Anne. *Popular Constitution-Making: The Case of Iceland*, p. 479.

⁶²⁰ Extraído de *Idem*, p. 479.

políticos, diretor de teatro e líder sindical - uma boa seção transversal da sociedade.⁶²¹

A inclusão no processo constituinte se deu por meio do emprego de três métodos: a participação *direta* do povo em várias fases do processo; elementos de representação, onde a participação direta não era possível; e, por fim, a profunda transparência em todas as fases. Esses três aspectos visavam a garantir não apenas a legitimidade do processo, mas também algum grau de confiabilidade epistêmica. Além da iniciativa e da participação de pessoas comuns nos Fóruns ocorridos, dois referendos foram programados com o propósito de assegurar uma participação mais ampla e direta. O primeiro deles convocou o povo a votar sobre a adequação do projeto como base de uma nova constituição e para responder a algumas questões contenciosas, tais como: a nova constituição deve incluir uma menção à Igreja nacional? Os recursos naturais devem ser declarados como propriedade nacional? O segundo referendo deveria ocorrer, caso o Parlamento em exercício tivesse aprovado o projeto. Mas a principal questão foi: Você deseja que as propostas do Conselho Constitucional formem a base de um novo projeto de Constituição?

Portanto, o processo constituinte levou a uma proposta final que foi submetida - não sem oposição política - e aprovada por uma maioria de dois terços dos eleitores no outono de 2012, em referendo nacional. Após novas alterações por especialistas jurídicos, a proposta foi apresentada ao *Althingi* como um projeto a ser discutido e votado na Primavera de 2013. Para surpresa de muitos, no entanto, o projeto foi arquivado na última hora por razões que parecem mais políticas do que substantivas. A principal razão foi que a vontade pública esmoreceu com a superação da crise, e não se pressionou o Parlamento. Mas também houve pressão dos que se opunham ao processo constituinte e por parte de grupos de interesses, especialmente econômicos. Se o projeto tivesse sido aprovado, um novo referendo deveria ocorrer. Caso aprovado pelo povo, o Parlamento seguinte, formado por uma nova legislatura, deveria analisar a aprovar novamente.

Entretanto, a fase mais aberta e diretamente participativa do processo constituinte islandês ocorreu no meio do processo, durante a redação do projeto, durante, portanto, daquele que, tradicionalmente, foi o momento mais secreto da história dos processos constituintes. E é exatamente essa fase do processo constituinte islandês que o tornou mundialmente conhecido e bastante estudado. Além disso, foi por causa dessa fase que o processo ganhou o qualificativo de *crowdsourcing*. Como informa Hélène Landemore:

⁶²¹ Idem, p. 482.

Os vinte e cinco membros do Conselho, longe de isolar-se da contribuição popular, regularmente postavam *on-line*, para o mundo ver e para o povo islandês ler, a versão do projeto em que estavam trabalhando. Em suma, eles publicaram 12 projetos, todos em vários estágios de conclusão. Qualquer pessoa interessada no processo poderia publicar comentários e enviá-los usando mídias sociais como o Facebook e o Twitter, ou usando e-mails e cartas. Na verdade, os próprios estrangeiros podiam participar se pudessem encontrar um caminho (por exemplo, o Google Chrome) para superar a barreira do idioma. [...] O texto foi elaborado de forma progressiva e reativa em várias iterações do mesmo processo: escreviam um pouco mais, mostravam à multidão, integravam seus comentários quando julgados necessários ou úteis, e faziam alterações de acordo com sugestões, adicionavam um pouco mais e assim por diante. Quando o tempo acabou, o Conselho gerou um consenso sobre o projeto que tinham, o que era, até certo ponto, um compromisso das várias visões e contribuições.⁶²²

Embora várias versões tenham sido colocadas *on-line* e abertas para comentários públicos, o processo deu ao povo um papel principalmente crítico. As versões revisadas dos artigos, nos quais comentários do público e de especialistas foram levados em conta, eram publicados duas ou três semanas depois de terem sido colocados *online*. No final do exercício do Conselho, o documento como um todo, incluindo propostas de mudanças, foi debatido, seguido de uma votação artigo por artigo. Relata-se que, no final, cada artigo foi aprovado por uma maioria irresistível e que o projeto de lei como um todo foi aprovado por unanimidade, de modo a transparecer consenso na deliberação.⁶²³ Portanto, os comentários e sugestões da multidão contribuíram para moldar a substância e o estilo do projeto, algumas vezes, de modo significativo. Em outras palavras, a participação direta dos cidadãos, em um país onde a penetração da Internet é uma das mais altas do mundo, não foi uma mera técnica de legitimação do processo. Em momento algum, o público se deixou ser excluído. A pressão nas ruas e na mídia era acentuada. E o fato de o segundo Fórum Nacional ser organizado pela Comissão Constitucional não significou o fechamento do processo. Pelo contrário, foi a evidência de que um povo mobilizado pode impulsionar o processo constituinte.

É possível dizer que a experiência não foi bem-sucedida por dois principais motivos, conforme aponta Hélène Landemore. Primeiro, o projeto encontrou muitos obstáculos institucionais ao longo do processo. O processo era truncado e isso tornou difícil seu avanço. Apesar do imenso apoio popular evidenciado em um referendo, a aprovação final do projeto precisava ser aprovada pelo Parlamento da época e, depois, por uma legislatura seguinte, após passar por um novo referendo. Além disso, houve muito erros procedimentais

⁶²² LANDEMORE, Hélène. *Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment*, p. 9. Os comentários no Facebook, por exemplo, eram respondidos pela equipe, que educadamente agradecia pelas sugestões.

⁶²³ Na Islândia, a constituição pode ser alterada por maioria simples em duas votações. Mas há um detalhe. A segunda só pode ocorrer após novas eleições gerais. No entanto, a prática constitucional determina que o consenso deve ser buscado antes que a emenda constitucional seja aprovada.

na experiência. A questão, no entanto, é se o fracasso do processo foi devido a ampla participação popular com a qual ele contou. De qualquer modo, foi, sem nenhuma dúvida, o processo constituinte mais inclusivo e transparente possível. Como afirma Hélène Landemore:

O que é único e surpreendente sobre o processo é que, ao contrário do que historicamente foi o caso em todos os processos constituintes conhecidos, um esforço organizado para incluir a população em geral foi tentado em várias etapas. Esta inclusão pode não ter sido tão total quanto poderia ter sido, mas ainda é notável comparado aos precedentes estabelecidos.⁶²⁴

Mas essa ampla abertura também foi importante por outras razões. Além da legitimidade evidente, ela proporcionou um sentimento de propriedade elevado. Como a participação estava aberta a todos, mesmo aqueles que não participaram, mas sabiam que poderiam, consideraram o processo legítimo. Isso é evidenciado pela participação e aprovação maciças no referendo realizado. Portanto, o processo foi destacadamente responsivo às contribuições públicas. Com efeito, o caráter amplamente participativo da experiência islandesa permitiu que cidadãos comuns contribuíssem com ideias de toda ordem em várias etapas do processo. Trata-se, sem qualquer dúvida, do processo constituinte já ocorrido com a mais ampla representação descritiva. E ela não se deu apenas devido à abertura a contribuições públicas. O próprio Conselho Constitucional teve alguns elementos de representatividade descritiva, pelo menos em comparação com as assembleias constituintes mais tradicionais. Em vez de políticos escolhidos entre representantes eleitos ou figuras políticas proeminentes, o conselho constitucional foi constituído (principalmente) por políticos não profissionais. Apenas dois dos vinte e cinco eram antigos deputados.⁶²⁵

Além da abertura pública e da representatividade, o último aspecto importante no processo constituinte da Islândia foi a ampla transparência que lhe foi conferida. Essa transparência esteve presente desde o início do processo. Por exemplo, o Fórum Nacional de 2010 foi transmitido ao vivo via *streaming* pela internet. Como informa Landemore, “

⁶²⁴ LANDEMORE, HÉLÈNE. *Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment*, p. 5.

⁶²⁵ “Os vinte e cinco membros do Conselho Constitucional foram inicialmente eleitos de um grupo de 522 pessoas que decidiram candidatar-se a eleições, uma companhia, de onde, vale a pena notar, parlamentares e outros políticos profissionais em exercício foram oficialmente excluídos (por lei). Em última análise, o Conselho consistiu em dez mulheres e quinze homens e incluiu as seguintes profissões autodeclaradas: dois professores universitários (um de economia, um de um campo não revelado), o diretor do instituto de ética da Universidade da Islândia, dois apresentadores de mídia (também um estudante), três médicos (um dos quais também auto-identificado como cineasta), um advogado e apresentador de rádio, dois matemáticos, um fazendeiro, um jornalista, um gerente, um conferencista em política internacional, um pastor, um estudante de ciência política, gerente da divisão de arquitetura no *Reykjavik Art Museum*, presidente da *Crowd Control Productions*, diretor de teatro, ex-diretor de museu e professor, advogado, presidente sindicalista, um estudante universitário, e um porta-voz dos consumidores.” *Idem*, p. 13.

embora não esteja claro quantas pessoas realmente assistiram às atividades e discussões de seus 950 colegas concidadãos escolhidos aleatoriamente, é importante, para a inclusão de todo o processo, que esta opção tenha sido disponibilizada” .⁶²⁶ Outro fato que revela a transparência é o de que os números de telefone e os endereços de *e-mail* dos membros do Conselho Constitucional foram tornados públicos, e os membros responderam, de fato, a cartas e telefonemas. Além disso, havia um acordo entre os membros do Conselho no sentido de não se ter qualquer contato com o Parlamento. Eles deixaram claro para os parlamentares que eles teriam que se aproximar do Conselho exatamente da mesma forma que outros cidadãos⁶²⁷ Essa medida refletia a preocupação do Conselho com a igualdade de acesso. A propósito, essa preocupação é evidente em sua decisão de realizar reuniões gerais, além das reuniões do grupo de trabalho, que eram, a princípio, fechadas. Para as reuniões plenárias, o público era convidado a comparecer “enquanto houvesse espaço suficiente” ⁶²⁸.

Essa foi, sem dúvida, uma experiência sem precedentes em processos constituintes em tempo de paz. Trata-se de um processo constituinte que pode ser caracterizado como um compromisso entre a conformidade com as regras de alteração existentes e o propósito revolucionário. Talvez, a principal causa de seu fracasso tenha sido o excesso a burocratização do processo. Esse episódio ensina, entre outras coisas, que se deve conciliar uma ampla participação pública com um processo que conte com poucos obstáculos. Ensina também que, em países com alto nível de educação, a participação popular pode ser mais eficaz e que, nem sempre, um programa intenso de educação cívica será necessário. O processo é absolutamente exemplar no que diz respeito à inclusão popular e responsividade. Ele garantiu – talvez, como nenhum outro – uma ampla participação popular com profunda divergência cognitiva, inclusive no que diz respeito à composição órgão constituinte. O processo também evidencia a importância de uma comissão especializada, mas também a dificuldade de atuação de Cortes Constitucionais. Também demonstra como não basta a iniciativa popular. O povo, se realmente quiser uma mudança na ordem constitucional, deve continuar pressionando as autoridades ao longo de todo o processo. O esmorecimento do povo, contudo, revela que o processo constituinte é movido por dramas locais. Se eles, total ou parcialmente, desaparecem – como foi o caso da crise financeira que assolou a Islândia – com eles pode desaparecer também a vontade popular constituinte. Mas a constituição não

⁶²⁶ LANDEMORE, Hélène. Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment, p. 15.

⁶²⁷ MEWEUSE, Anne. Popular Constitution-Making: The Case of Iceland, p. 482-483.

⁶²⁸ Idem, p. 482-483.

resultante desse processo exemplarmente participativo, transparente e responsivo seria, ao final, uma boa constituição?

5.2.3 A Constituição não Resultante

Em uma obra especialmente interessante e recente, H  l  ne Landemore foi desafiada pelos organizadores a responder   difícil questão sobre se, acaso aprovada, a constitui  o da Islândia seria uma boa constitui  o em um sentido substancial, e não no sentido de ter sido produzida pelo tipo certo de processo. Em resposta, ela sugere que o processo islandês provavelmente teria produzido uma boa constitui  o para o país e circunstâncias de seu povo, “na medida em que se esforçou pela inclusão” .⁶²⁹ O impacto, como afirma quem acompanhou o processo, influenciou na qualidade do produto final.⁶³⁰ O projeto de constitui  o foi finalizado contendo 114 artigos divididos em 9 capítulos. O processo constituinte foi iniciado e continuou com o propósito de “minimizar a corrup  o” . Esse era, de fato, um objetivo importante para o país. Como diz Anne Meweuse, “ele foi uma motiva  o importante para organizar o processo constituinte da maneira como foi estabelecido” .⁶³¹ Ademais, “há muitas indica  es de que os redatores tentaram combater a domina  o de interesse particulares que caracterizou a política (constitucional) islandesa por tanto tempo” .⁶³² Em síntese, ela teria sido uma constitui  o segundo o contexto e valores relevantes do povo islandês no século XXI. Teria ela canalizado verdadeiramente a “sabedoria coletiva” . Em outros termos, Landmore confirma “a afirma  o de que a proposta constitucional islandesa era de uma *boa constitui  o*, não apenas o resultado de um bom procedimento (já que, afinal, mesmo bons processos às vezes produzem resultados ruins)” .⁶³³

Obviamente,   impossível ter convic  o de que esta proposta constitucional teria tido êxito na sua implementa  o e nos resultados relacionados aos seus objetivos a curto, médio e longo prazos, conquanto seja, talvez, possível especular sobre resultados. Aliás, se aplicarmos o primeiro critério externo proposto Tom Ginsburg, segundo o qual a primeira condi  o para

⁶²⁹ LANDEMORE, H  l  ne. Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment, p. 2.

⁶³⁰ Idem, p. 11.

⁶³¹ MEWEUSE, Anne. Popular Constitution-Making: The Case of Iceland, p. 489.

⁶³² Idem, p. 494.

⁶³³ LANDEMORE, H  l  ne. What is a Good Constitution? Assessing the Constitutional Proposal in the Icelandic Experiment. In: GINSBURG, TOM; HUQ, Aziz (Eds.). *Assessing Constitutional Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 72.

uma constituição ser bem-sucedida é a sua própria existência, então é fácil concluir que a constituição porventura aprovada no inclusivo processo constituinte islandês é, indubitavelmente, pior que a Constituição de 1944 que se desejava substituir. Por essa razão, o que Landmore buscou responder foi: a constituição que seria aprovada teria propriedades que permitiriam afirmar que ela seria bem-sucedida? Baseando-se nos critérios que a autora julga serem apropriados para se analisar se uma constituição é boa, ela conclui que a proposta constitucional islandesa era, em geral, uma boa proposta e representava um documento inegavelmente melhor se comparada à Constituição de 1944. Além disso, ela afirma que o projeto final, em várias dimensões importantes, era destacadamente melhor em relação aos projetos alternativos elaborados durante o mesmo processo constituinte. Ela conclui da seguinte forma:

A proposta constitucional *crowdsourced* era, em geral, uma *boa* constituição, que teria sido melhor se o conselho constitucional tivesse tido mais tempo para resolver algumas questões pendentes. Se seria um *sucesso*, uma vez implementado, é, naturalmente, uma questão de mais especulação.⁶³⁴

5.3 A Longa Experiência do Quênia

5.3.1 Contexto

A República do Quênia é a maior economia da África Oriental. Entretanto, a sua localização geográfica e sua história recente de conflitos étnicos fazem com que seus mais 45 milhões de habitantes considerem como primordiais, talvez não suas finanças, mas a estabilidade política e a paz no país e em suas redondezas (Uganda, Etiópia e Somália). Não é nenhum exagero afirmar, então, que a decisão do eleitorado queniano no referendo ocorrido em 2010, aprovando uma nova constituição proposta, hoje bastante festejada, foi o culminar de um duro trabalho político realizado ao longo de mais de uma geração.⁶³⁵

A independência dessa ex-colônia britânica foi alcançada, em 1963, após uma década de guerra, com atrocidades perpetradas tanto pela colônia como pela a colonizadora. O primeiro presidente do país, Jomo Kenyatta, um ex-guerrilheiro que sujou suas mãos de sangue na batalha pela independência, manteve-se no cargo até falecer, em 1978. Seu

⁶³⁴ Idem, p. 74.

⁶³⁵ Cf., especialmente, MURUNGA, Godwin R.; OKELLO, Duncan; SJÖGREN, Anders. Towards a New Constitutional Order in Kenya: An Introduction. In: _____; _____; _____ (Eds.). *Kenya: The Struggle for a New Constitutional Order*. London: Nordiska Afrikainstitutet, 2014, p. 1 e ss. Mas, também, WAMAI, E. Neoki. *Mediating Kenya's Post-Election Violence: From Peace-Making to a Constitutional Moment*, p. 66.

sucessor, Daniel Moi, iniciou no cargo apenas em 1982. Uma de suas primeiras medidas foi declarar o partido União Nacional Africana do Quênia - conhecido como KANU, na sigla em inglês - como o único partido legal no país. Seu governo foi marcado por níveis crescentes de corrupção estatal. O sistema político só voltou a ser multipartidário quase uma década depois, quando, cedendo às pressões internas e externas, Moi, ainda no poder, permitiu o funcionamento de outros partidos no país.

Mas isso não bastou para a melhora da democracia no país. É que os demais partidos que sustentavam a oposição ao KANU não tinham força suficiente para impedir a vitória maciça deste último nas eleições imediatamente seguintes, realizadas em 1992 e, depois, em 1997. Tais eleições, inclusive, foram marcadas por atos de violência e por fraudes. Em razão de tudo isso, Moi seguiu vencendo as eleições e permaneceu no poder até o ano de 2002, quando, então, pelos termos da Constituição em vigor, não podia ele mais concorrer à Presidência. Talvez por isso, a eleição realizada naquele ano tenha sido considerada justa e pacífica, o que permitiu, Mwai Kibaki, o líder da multiétnica Coligação Nacional Arco-íris (NARC, na sigla em inglês), sair vitorioso sobre Uhuru Kenyatta (o filho do ex-Presidente do país). Portanto, com a vitória de Kibaki ocorreu a primeira derrota do partido KANU em 40 anos, representando uma mudança importante no informal governo de partido único no Quênia. Assim, como afirma alguns autores, “a rejeição do KANU foi o fim de muitos anos de frustração com liderança caracterizada por nepotismo, corrupção, má gestão econômica e violações generalizadas dos direitos humanos” .⁶³⁶ Mas a estabilidade democrática não perdurou. Talvez, sequer tenha ocorrido.

Em 2007, Kibaki foi reeleito, mesmo com severas acusações de fraudes feitas por seu oponente, Raila Odinga. Após essas eleições, o país mergulhou rapidamente numa guerra interna. Mas, em 2008, com a ajuda da União Africana, sob a liderança de Kofi Annan, que à época era Secretário-Geral da ONU, um acordo de partilha de poder foi alcançado e por meio do qual Raila Odinga tornou-se Primeiro-Ministro.⁶³⁷ Esse cargo, no entanto, de acordo com a nova Constituição aprovada em 2010 - cujo processo de elaboração durou anos, como se verá a seguir - deveria ser abolido após as primeiras eleições na vigência da nova ordem constitucional. Nessas eleições, ocorridas em 2013, novamente, a disputa envolveu nomes

⁶³⁶ KIMENYI, Mwangi S.; SHUGHART, William F. The Political Economy of Constitutional Choice: A Study of the 2005 Kenyan Constitutional Referendum. *Constitutional Political Economy*, v. 21, n. 1, p. 2, 2010.

⁶³⁷ Cf., sobre o processo de mediação, WAMAI, E. Neoki. Mediating Kenya's Post-Election Violence: From Peace-Making to a Constitutional Moment, p. 66 e ss.

conhecidos, apesar de Kibaki ter sido impedido de concorrer. Delas saiu vitorioso Uhuru Kenyatta, após derrotar Raila Odinga por uma diferença relativamente pequena de votos.

O país segue com tensões tribais e sofrendo repercussões de conflitos vizinhos, especialmente de Uganda, de onde milhares de pessoas fogem da violência extrema do Exército de Resistência do Senhor. Mas repercutem também em solo queniano os conflitos na República Democrática do Congo e, sobretudo, na Somália, país com o qual, aliás, o Quênia nunca teve boas relações. O clima, portanto, é de tensão, especialmente diante das ameaças constantes do grupo extremista islâmico Al-Shabad, uma *franchise* africana da Al-Qaeda.⁶³⁸ Enfim, como descreve John Andrews, um jornalista com vários anos de experiência em cobertura de conflitos em várias zonas do mundo, está longe de o país encontrar a paz:

A curto prazo, parece improvável que os quenianos possam perspectivar um futuro tranquilo. Na política interna, as divergências étnicas e tribais continuam demasiado acentuadas para poderem atenuar-se rapidamente (os habitantes de etnia somali correm o risco maior de discriminação violenta). Ao mesmo tempo, o Quênia aperceber-se-á de que as guerras internas também têm o risco de que a criminalidade somali, nomeadamente a pirataria e o rapto de estrangeiros para exigir resgates, se estenda ocasionalmente ao Quênia e afete a sua indústria turística.⁶³⁹

Apesar desse cenário, John Andrews, enfatiza que “esta perspectiva sombria não deve ser sobrevalorizada: com a sua economia vibrante e em rápido crescimento, o Quênia é uma nação justificadamente admirada - e invejada - por muitos na região” .⁶⁴⁰ Portanto, o momento constituinte do Quênia, como se verá em maiores detalhes a seguir, era de tensão interna e externa, num ambiente marcado por conflitos e ameaças de conflitos. Em síntese, um contexto completamente adverso.

5.3.2 O Processo Constituinte

Antes das eleições de 2002, sobretudo devido a pressões externas exercidas por financiadores e doadores internacionais, Moi tinha iniciado um processo de reforma constitucional, tendo aprovado uma Ato de Revisão Constitucional em 1997. Ansioso para controlar o processo e minimizar a participação popular, o ato, no entanto, foi promovido pelo governo sem qualquer consulta adequada com os partidos de oposição ou “sociedade civil”

⁶³⁸ ANDREWS, John. *Os Grandes Conflitos Mundiais*, p. 150.

⁶³⁹ Idem, p. 151.

⁶⁴⁰ Idem, p. 151.

, o que inclui ONGs, associações, sindicatos, movimentos sociais em defesa de minorias no país, como mulheres, deficientes e inúmeros grupos étnicos.⁶⁴¹ Muitas conferências nacionais foram realizadas país afora. Após isso, o ato foi alterado para refletir um frágil acordo que colocou a participação do povo no centro do processo de revisão. Mas sua implementação encontrou sérias dificuldades, principalmente porque os partidos políticos não conseguiram concordar com a nomeação dos membros da prevista Comissão de Revisão da Constituição. Mas, este fiasco, levou grupos de civis a iniciar um processo de revisão próprio, sobre a liderança dos principais grupos religiosos, num movimento que ficou conhecido como Iniciativa Ufungamano.

Apesar de recursos financeiros limitados e falta de apoio parlamentar, a “Comissão Popular do Quênia” , seguindo as disposições do Ato de Revisão, iniciou a coleta de opiniões públicas sobre a reforma. Sentindo-se ameaçado, o governo, então, aprovou ainda outro Ato de Revisão para iniciar um processo “oficial” . O ato previa uma ampla participação popular e uma Comissão de Revisão Independente a ser eleita para as tarefas de consultar o povo e elaborar uma constituição com base em seus pontos de vista. No entanto, um boicote dos membros da oposição ao processo permitiu ao governo escolher os membros dessa Comissão.

Nesse momento, a participação do reconhecido *expert* em processos constituintes, Yash Ghai, foi bastante importante. Ele aceitou o convite para presidir a comissão, considerando sua chance de reunir os dois lados antes de assumir formalmente o cargo. Ele estava preocupado com o aprofundamento das divisões sobre o processo, que ele considerava essencial para reforçar a unidade nacional e para avançar o país rumo ao constitucionalismo nunca fundado no país. Enquanto essas divisões continuassem, não havia perspectivas de uma nova constituição. Felizmente, seus esforços, respaldados por fortes pressões públicas, promoveu uma reconciliação em março de 2001. Após importantes alterações no Ato de Revisão, dez membros da “Comissão do Povo” e dois dos partidos apoiados pelo governo foram adicionados à Comissão de Revisão.⁶⁴²

A Lei de Revisão era um documento excepcionalmente detalhado e estabelecia um roteiro com instruções e cronogramas bastante claros. Além disso, ele previa objetivos para o país, enfatizando muito o Quênia como uma nação de grande diversidade étnica, religiosa,

⁶⁴¹ COTTRELL, Jill; GHAI, Yash. *Constitution Making and Democratization in Kenya (2000 - 2005)*. *Democratization*, v. 14, n. 1, p. 5, 2007.

⁶⁴² *Idem*, p. 5.

cultural, geográfica e de tradições de toda ordem. Como metas, se desejava uma nação em paz consigo mesma e seus vizinhos, uma sociedade atenciosa na qual as necessidades básicas de todos deveriam merecer igual atenção. A unidade nacional, a participação, uma cidadania ativa, uma democracia ativa e a responsabilidades de seus governantes também eram enfatizadas. Mas, como Yash Ghai e Jill Cottrell afirmam:

O objetivo dominante era um processo ‘conduzido pelo povo’ - uma frase que inspirou muitos, mas considerada ridícula por alguns. O processo deveria ser inclusivo - acomodando tudo: ‘status socioeconômico, raça, etnia, gênero, fé religiosa, idade, ocupação, aprendizagem, pessoas com deficiência e os desfavorecidos’ (s. 5 (b)). As pessoas deveriam ter oportunidades de ‘participar ativamente, livremente e de forma significativa na geração e debate de propostas para alterar a constituição’ (artigo 5 (c) (i)) e deveria se garantir que o ‘resultado final do processo de revisão refletiria fielmente os desejos do povo do Quênia (s. 5) (d)). Na medida do possível, as decisões deveriam ser por consenso.⁶⁴³

O processo foi iniciado pela Comissão de Revisão da Constituição do Quênia (CKRC, em sua sigla em inglês), um órgão composto por membros indicados pelo presidente e aprovados pelo Parlamento, com propósito de serem independentes e especialista, refletindo as diversidades do país. As suas tarefas eram proporcionar educação cívica ao público sobre questões constitucionais, buscar as opiniões das pessoas sobre as reformas e preparar um projeto de constituição para a Conferência Nacional Constitucional. A Comissão também teve que estabelecer fóruns constitucionais formados por líderes eleitos localmente em cada um dos 210 distritos eleitorais, de modo a promover discussões sobre reformas e facilitar suas consultas aos residentes. Além disso, a fim de auxiliar seu trabalho nesses distritos, a Comissão nomeou um coordenador e criou pequenas bibliotecas em 74 distritos.

Já a Conferência Nacional Constitucional compreendeu todos os membros do Parlamento, três delegados eleitos de cada distrito, 42 representantes de partidos políticos e 125 representantes de grupos religiosos, femininos e juvenis, deficientes, sindicatos e ONGs, o que totalizava 629 pessoas.⁶⁴⁴ Como observam aqueles que acompanharam de perto o episódio, esse “foi o órgão mais representativo já reunido no Quênia e foi criado para refletir preocupações públicas e ser o principal fórum de negociação no processo” .⁶⁴⁵ As funções dessa conferência, que funciona como um fórum de discussão pública, era debater e, se necessário, emendar e adotar o projeto de constituição apresentado pelo Comitê. Mas a Lei de Reforma previa um órgão constituinte chamado de Assembleia Nacional, que, na verdade, era

⁶⁴³ Idem, p. 5.

⁶⁴⁴ BANNON, Alicia L. *Designing a Constitution-Drafting Process: Lessons from Kenya*, p. 1833.

⁶⁴⁵ COTTRELL, Jill; GHAI, Yash. *Constitution Making and Democratization in Kenya (2000-2005)*, p. 6.

o próprio Parlamento, e cuja função era promulgar mudanças na constituição em vigor. Esse órgão, por sua vez, deveria ser assistido no exercício de suas funções, por um órgão intitulado Comitê Seletivo Parlamentar sobre a Constituição. Devido às importantes funções atribuídas a esse Comitê, dentre elas um forte poder de controlar a revisão, houve muita disputa política por vagas nele. Em síntese:

Os órgãos críticos de decisão foram a Conferência Nacional Constitucional e a Assembleia Nacional. A primeira para, na falta de consenso, adotar as disposições do projeto de constituição pelos votos de dois terços de todos os seus membros. Se, em qualquer ponto, não fosse possível uma votação, a disposição em questão deveria ser encaminhada ao povo em um referendo, e os resultados do referendo deveriam ser incorporados pela Comissão de Revisão da Constituição no projeto a ser aprovado pela Conferência Nacional Constitucional, antes de ser enviado para a Assembleia Nacional. Esta poderia aprovar ou rejeitar o projeto, mas não poderia modificá-lo.⁶⁴⁶

Como a Conferência Nacional Constitucional contava também com todos os parlamentares, a aprovação com boa margem na conferência representaria, na prática, uma aprovação na própria Assembleia Nacional. No entanto, não foi isso que ocorreu.

A Comissão de Revisão divulgou seu relatório e o projeto de constituição em setembro de 2002. A reunião inaugural da Conferência Nacional Constitucional foi convocada para o dia 27 de outubro de 2002. Contudo, o presidente Moi, insatisfeito, dissolveu o Parlamento para paralisar o processo, que ficou, de fato, suspenso até abril de 2003. Em março do ano seguinte, um projeto foi aprovado pela Conferência Nacional Constitucional, mas nenhuma constituição foi aprovada, como se verá a seguir.

O processo “conduzido pelo povo”, apesar do ceticismo, foi levado a sério. A Comissão de Revisão estava, de fato, bastante comprometida com a concretização desse propósito previsto na Lei de Revisão. Com isso em mente, ela preparou alguns materiais para a educação cívica, incluindo um livro elaborado pelo seu presidente sobre uma análise da história constitucional do Quênia, a independência e a constituição atual, trazendo também as opções de reforma. Um importante livreto, ao qual foi atribuído o título *O Processo de Revisão Constitucional no Quênia: Questões e Perguntas para Audiência Pública*, foi produzido. Por meio dele, buscavam-se estimular reflexões sobre as reformas constitucionais e buscar recomendações. Como também informa Jill Cottrell e Yash Ghai, documentos originalmente preparados em inglês foram traduzidos para dialetos e amplamente distribuídos e disponibilizados online. Além disso, a educação cívica real foi fornecida tanto pelos comissários quanto pela equipe da Comissão, e um grande número de ONGs, que já tinham

⁶⁴⁶ Idem, p. 7.

iniciado um extenso programa nacional mesmo antes do início do processo, todas elas com a ajuda de um generoso financiamento concedido por várias embaixadas ocidentais. No processo de educação cívica, participaram os coordenadores distritais e foram formados fóruns eleitorais e centros de documentação, tudo isso com o intuito de promover informação e debates. A descrição do que ocorreu é feita com Jill Cottrell e seu marido Yash Ghai, que acompanharam todo o processo. Vale a pena transcrevê-la na íntegra:

Comissários viajaram por todo o país fornecendo informações sobre o processo e agenda de reformas, e realizaram inúmeras reuniões de profissionais, organizações de gênero, religiosas, administrativas e sociais. A comissão fez uso extensivo da mídia eletrônica e impressa e patrocinou muitas reuniões públicas e oficinas. Quatorze workshops abordaram questões específicas (como sistemas, gênero, direitos humanos e ação afirmativa, devolução, valores nacionais e normas culturais, deficiência, terra e gestão financeira) em que documentos foram apresentados por especialistas locais e estrangeiros, incluindo grupos de reflexão. Os documentos estavam publicamente disponíveis, e em cópia impressa para os delegados ao Conferência Nacional Constitucional. O público realizou seus próprios debates e muitas organizações (alguns com a assistência do Comissão de Revisão) realizaram reuniões para preparar suas submissões à Comissão de Revisão. Era possível, através do site e da imprensa do Quênia (que pode ser lida na Internet), alcançar os quenianos no exterior (que também foram consultados em Londres e Washington, quando a presidente e a vice-presidente visitaram esses lugares em negócios privados). A mídia desempenhou, em geral, um papel de apoio. A Comissão de Revisão conseguiu gerar um debate nacional sobre questões críticas e, durante vários meses, questões constitucionais dominaram a mídia ... A resposta pública foi esmagadora. Foram recebidas mais de 37.000 inscrições, tanto de instituições como de grupos e indivíduos, desde longas apresentações (e algumas vezes aprendidas) até algumas frases orais. Houve audiências em cada um dos 210 círculos eleitorais - às vezes em mais de um centro em cada círculo eleitoral, e milhares de pessoas participaram. As visualizações foram cuidadosamente revisadas e analisadas pela CKRC, que desenvolveu um programa de software para computação e análise de visualizações.⁶⁴⁷

O processo de revisão do Quênia começou no final 2001, e a Comissão de Revisão completou a primeira etapa de coleta de informações, educação pública e redação inicial em meados de 2002. A Comissão planejou iniciar a segunda etapa do processo, a Conferência Nacional, em outubro de 2002. O plano era finalizar todo o processo antes de dezembro de 2002, para que uma nova constituição pudesse já estar vigor antes das eleições presidenciais e parlamentares. Como estava previsto na Lei de Reforma, o projeto deveria ser redigido pela Comissão de Revisão. A versão final refletiu fielmente os pontos de vista populares, que, em sua maior parte, acabaram por ser congruentes com os objetivos de reforma estabelecidos na Lei de Revisão. Tudo parecia estar se encaminhando, apesar do grande ceticismo que pairava

⁶⁴⁷ Idem, p. 9-10.

tanto entre a população como entre a classe política. Isto devido ao histórico constitucional do país, que acabou diminuindo ao longo do tempo a esperança daqueles que sonhavam com mudanças no país e em suas instituições de governo. Contudo, como afirma Alicia L. Bannon, “a interação do processo com as eleições do Quênia de dezembro de 2002 alterou fundamentalmente seus termos” .⁶⁴⁸

Sentindo-se que seu poder estava sendo ameaçado pelo processo constituinte e pelas mudanças que iriam ocorrer no país, o presidente Moi, com base em uma prerrogativa do Executivo prevista na Constituição em vigor, dissolveu Parlamento em outubro de 2002, pondo fim aos mandatos dos deputados do Quênia. Moi, com isso, retirou da Conferência Nacional todos os parlamentares - como dito acima, esse órgão contaria com todos eles. Isso, portanto, eliminou as chances de o processo seguir a diante. Isto porque a realização de uma conferência sem os deputados era indiscutivelmente incompatível com o previsto na Lei de Revisão e era claramente insustentável politicamente.⁶⁴⁹ Diante desse cenário, o presidente da Comissão de Revisão foi forçado a adiar a Conferência até as eleições. Com isso, Moi garantiu que as eleições de 2002 ocorressem sob a antiga constituição. Mas esse não foi o único golpe contra o processo de revisão.

Nas eleições realizadas de forma livre e justa, uma coalização partidária que se opunha ao partido União Nacional Africana, ganhou o controle do Parlamento. Na mesma eleição, Kibaki derrotou o sucessor escolhido por Moi para conquistar a presidência. Ainda durante sua campanha, Kibaki havia prometido que não mediria esforços para que uma nova constituição entrasse em vigor dentro de cem dias do início de seu governo. Essa promessa, contudo, não foi cumprida. Quase imediatamente após sua eleição, no final de dezembro de 2002, Kibaki voltou atrás em sua promessa, informando que a nova constituição entraria em vigor apenas em junho do ano seguinte.

Com muito atraso, a segunda etapa da Lei de Revisão, a Conferência Constitucional, começou apenas no final de abril de 2003, nas instalações do teatro Bomas, daí a conferência ser conhecida por Conferência Bomas. As tensões e disputas na conferência exigiram três rodadas de negociações, fazendo com que essa fase só terminasse em março de 2004. O resultado não foi o esperado, pelos menos por parte daqueles que desejavam uma revisão por meio do processo previsto. É que, embora tenha saído um projeto desta conferência, o caminho foi turbulento, provocando processos judiciais, a retirada do governo de Kibaki das negociações, projetos de parlamentares para alterar tanto a Lei de Reforma como a

⁶⁴⁸ BANNON, Alicia L. *Designing a Constitution-Drafting Process: Lessons from Kenya*, p. 1834.

⁶⁴⁹ *Idem*, p. 1834.

constituição em vigor, e outras medidas que visam a truncar o processo. Portanto, a Conferência, pensada para se alcançar consenso substancial, falhou miseravelmente. Além disso, logo após concluída a conferência, a Suprema Corte do país decidiu que qualquer nova constituição precisaria ser ratificada por meio de um referendo nacional. Na verdade, embora tenha sido produzido um projeto nessa conferência quase desastrosa e que durou o tempo próximo a um ano, ele nunca foi promulgado pelo Parlamento ou apresentado ao povo para um referendo. Em resposta à decisão da Suprema Corte, uma maioria parlamentar alterou a Lei de Revisão, acrescentando uma disposição prevendo um referendo a ocorrer após a aprovação do projeto pelo Parlamento.

Mas a questão não ficou sem reação. Parlamentares que apoiavam Kibaki exigiram que o Parlamento alterasse a Lei para que fosse permitida a alteração do projeto resultante da Conferência Bomas, antes de submetê-lo a referendo nacional. Isto porque a Lei de Revisão previa que o Parlamento não tinha esse poder, mas apenas deveria aceitar ou rejeitar o projeto em uma votação. O argumento de Kibaki era o que de que, uma vez que a Conferência foi marcada por desentendimentos profundos, era preciso haver um meio que possibilitasse um consenso entre os parlamentares, especialmente a respeito dos poderes e prerrogativas do Executivo. Esse, considerava ele, era o único meio de fazer avançar o processo e de conferir qualidade ao texto, evitando assim uma constituição incoerente.

Obviamente, houve forte oposição. Muitos parlamentares ligados a Odinga argumentavam que qualquer alteração parlamentar no projeto macularia o processo constituinte e produziria uma constituição ilegítima. Mas eles foram vencidos e um acordo foi uma saída obrigatória. Assim, foi aceita uma proposta para dar ao Parlamento o poder de modificar o projeto de constituição elaborado pela Comissão Constitucional em 2002. Daí por diante, o que ocorreu foi uma profunda modificação no projeto, especialmente quanto aos poderes do Executivo que, ao final, ficaram maiores do que pensados inicialmente. O resultado dessas modificações substanciais representava praticamente outro projeto. Como agora previsto, ele deveria ser submetido a um referendo nacional.

O referendo foi realizado, mas não sem tumultos pelo país, principalmente nas regiões lideradas por Odinga e seus parlamentares apoiadores. Também houve práticas que tentavam manipular o eleitorado. Alice L. Bannon relata que “o governo Kibaki também fez promessas abertas de patrocínio e recursos em troca do apoio eleitoral - oferecendo aumentos de salários aos funcionários públicos e distribuindo títulos de terra e alimentos em troca de

apoio.”⁶⁵⁰ De modo geral, os dias que antecederam ao referendo foram marcados pelo uso de estratégias baixas para influenciar o resultado, mas foram dias calmas, o que levou os eleitores às urnas. O resultado foi contrário ao grupo de Kibaki, embora por uma margem relativamente pequena de votos. Aproximadamente 57% dos eleitores rejeitaram o projeto submetido, e, com isso, após mais de dez anos de mobilização popular, os esforços do Quênia para escrever uma nova constituição falharam.

O Presidente Kibaki não contestou os resultados do referendo, mas as consequências políticas foram imediatas. Logo após o resultado, ele reconstituiu seu governo, excluindo membros que fizeram campanha contra a constituição. Com isso, a tensão política aumentou ainda mais. Apesar da recomendação de que o processo deveria ser reiniciado, nada foi feito. A atenção se voltou para as eleições de 2007. Logo após a Comissão Eleitoral ter anunciado que Kibaki tinha sido reeleito, uma onda massacrante de violência tomou o país e houve uma verdadeira carnificina. Mais de 1.300 pessoas perderam a vida e outras 100.000 foram deslocadas de suas terras e cidades. Somente após uma forte intervenção internacional, a paz foi restaurada, mas com um frágil governo da “Grande Coalizão”, que resultou numa partilha de poder. Com isso, Kibaki permaneceu na presidência, mas ao seu principal rival, Odinga, foi dado o cargo de Primeiro Ministro, com já adiantado no tópico anterior. Nesse Acordo de Paz intermediado por Kofi Annan, foi incluída a aceitação de que o processo constituinte seria retomado.⁶⁵¹

Os membros da Grande Coalizão permaneceram por um tempo bastante relutantes em relação à retomada do processo. Por essa razão, apenas em dezembro de 2008 foi aprovada uma emenda constitucional prevendo a substituição completa da constituição em vigor, sem uma interrupção da continuidade jurídica e uma nova Lei de Revisão foi adotada. A emenda continha uma disposição que declarava que “o direito soberano de substituir esta Constituição por uma nova Constituição pertence coletivamente ao povo do Quênia e pode ser exercido pelo povo do Quênia através de um referendo, de acordo com esta seção”. A emenda também estabelecia o processo por meio do qual a Assembleia Nacional deveria elaborar a nova constituição. Estabeleceu o Tribunal Provisório Independente de Resolução de Disputas Constitucionais “que terá competência original exclusiva para ouvir e determinar todas e apenas questões decorrentes do processo de revisão constitucional”.

⁶⁵⁰ Idem, p. 1840.

⁶⁵¹ MURRAY, Christina. Kenya's 2010 Constitution. *Jahrbuch des Offentlichen Rechts*, v. 61, p. 1, 2013.

Nesse Tribunal, exigia a emenda, três dos nove juízes deveriam ser “não-cidadãos quenianos”⁶⁵².

Já a nova Lei de Revisão estabeleceu quatro “órgãos” para o processo: um Comitê de Especialistas; uma Comissão Parlamentar Multipartidária; a Assembleia Nacional; e, por fim, um referendo. Cada um desses órgãos tinha um papel específico em um processo rigorosamente calendarizado. De maneiras diferentes, cada órgão atuava controlando o outro.

“Em essência”, sintetiza Christina Murray, “a nova constituição deveria ser batida de um lado para o outro entre os especialistas e os políticos e, se ela sobrevivesse a esse processo, as pessoas teriam a última palavra em um referendo”⁶⁵³. Além de definir um papel distinto para cada comissão, a Lei de Revisão tentou restringir a substância do processo de revisão. Como o antecessor de 1997, estipulava metas e objetivos do processo, mas também colocava um limite mais concreto. A ideia era que o novo processo deveria ser orientado para resolver os problemas contenciosos que causaram o fracasso do anterior. Tudo o que havia sido acordado deveria ser considerado nesse novo processo. Assim, os pontos-chave deveriam ser preservados e apenas questões identificadas como contenciosas poderiam ser abertas à discussão.⁶⁵⁴

O Comitê de Especialistas era formado por vinte e nove membros. Quase todos eles eram advogados ou pessoas com experiência na vida pública. A maioria dos membros, no entanto, foi escolhida em parte por causa de seus vínculos com os partidos políticos. Ele iniciou seus trabalhos em fevereiro de 2009, identificando imediatamente os problemas “contenciosos”. Entre essas questões, eles indicaram: o sistema de governo; como implementar uma nova constituição e outros pontos relacionados à separação dos Poderes e prerrogativas dos cargos que os compõem. Em seguida, como informa Christina Murray, foi preparado um “Projeto de Constituição harmonizado” no qual, nos termos da Lei de Revisão, “as questões que não são contenciosas [foram] identificadas como acordadas e fechadas e as questões que são contenciosas [foram] identificadas como pendentes”⁶⁵⁵. Nesse projeto, se propôs uma resolução para cada uma das questões contenciosas.

O Comitê publicou o projeto em novembro de 2009, abrindo a oportunidade para comentários públicos. Em pouco tempo, o Comitê recebeu mais de 26.000 submissões. Todas elas foram analisadas estatisticamente durante vários meses. Em seguida, foi realizada uma

⁶⁵² Idem, p. 6.

⁶⁵³ Idem, p. 8.

⁶⁵⁴ Idem, p. 6.

⁶⁵⁵ Idem, p. 6.

grande revisão do projeto, em três semanas de trabalho intensivo. Os desenhos e acordos relativos ao Executivo e ao Legislativo permaneceram substancialmente inalterados. Três mudanças fundamentais, contudo, foram feitas nas disposições. A primeira delas era sobre a devolução do poder. A modificação dava significativamente mais autonomia aos governos regionais e locais. A segunda, por sua vez, mudava a eleição indireta de Senadores para eleições diretas. Por fim, mas não menos importante, foram feitas alterações no sistema tributário.

Em 8 de janeiro de 2010, apenas vinte e um dias após o encerramento do período de audiências públicas, o Comitê entregou um projeto revisado para o segundo órgão de revisão, a Comissão Parlamentar Multipartidária. Esse órgão era formado por membros dos principais partidos representados no Parlamento. No final do prazo de vinte e um dias para este passo no processo previsto na Lei de Revisão de 2008, foi declarado o acordo sobre as principais questões e o projeto alterado pela Comissão Parlamentar foi devolvido ao Comitê de Especialistas, que agora deveria revisá-lo “levando em consideração o consenso alcançado”. Em outras palavras, “o Comitê recebeu o projeto alterado pelo Parlamento com uma advertência de que as mudanças feitas pelos políticos eram ‘acordos’ alcançados somente após negociações difíceis e estreitamente interligadas”.⁶⁵⁶ Ou seja, eles não deveriam ser alterados. Isso, mais uma vez, evidencia que o processo precisa do apoio das elites, já que os políticos decidem influenciados por interesses institucionais e extraparlamentares. Apenas pequenas alterações foram feitas com o propósito de deixar o projeto mais técnico e coeso.

Entrava agora em cena a Assembleia Nacional que era, na verdade, o Parlamento, que tinha trinta dias para analisar o projeto. Pela Lei de Revisão, qualquer alteração no projeto submetido à Assembleia exigia a aprovação de 65% de todos os seus membros. Mais de 150 emendas foram propostas, mas nenhuma delas foi, ao final, aprovada. Em 1^o de abril de 2010, a nova proposta de Constituição do Quênia foi aprovada pela Assembleia. Em 6 de maio, foi ela publicada pelo Procurador-Geral do país. Três meses depois, em 4 de agosto, foi ela submetida a referendo popular, tendo obtido aprovação por parte do povo com uma margem de apoio de 65% dos eleitores. Em 27 de agosto de 2010, para aclamação nacional e internacional, o presidente Kibaki promulgou formalmente uma nova constituição em uma cerimônia pública em Nairobi, assistido por milhares de pessoas. Chegava, portanto, ao fim o longo processo constituinte Queniano.

⁶⁵⁶ Idem, p. 10.

Esse episódio mostra, principalmente, como um programa de educação cívica pode fazer grande diferença no processo de elaboração constitucional. Sem essa educação, o povo não teria a percepção de que o processo estaria sendo manipulado nem teria a chance de saber o que foi modificado pelos parlamentares, antes do primeiro referendo. Mas esse episódio também revela o risco de um processo longo, especialmente quando ocorre interação com eleições nacionais. Portanto, é absolutamente recomendável, muito em especial em países com histórico de autoritarismo, que um processo constituinte seja programado para iniciar após eleições e finalizar antes de novas eleições. Tal como a experiência islandesa evidencia, há enormes vantagens na realização de fóruns e consultas públicas preliminares, sobretudo para que o processo inicie com uma pauta popular, como também ocorreu no Quênia. Outra razão de sucesso talvez tenha sido a adoção de um ato normativo regulamentando o processo. Isso criou certa previsibilidade e controle por parte do povo queniano. Comparando-o ao processo na Islândia, o longo processo do Quênia evidencia que, se um povo realmente deseja uma nova ordem, é possível concluir um processo, ainda que em situação de completa adversidade. Evidentemente, como ocorreu, isso dependerá, como também ocorreu na Islândia, da disposição de políticos e, como se deu no Quênia, de arranjos políticos provisórios e do apoio de organizações internacionais. Em síntese, é possível concluir que o processo foi inclusivo.

5.3.3 A Constituição Resultante

O Quênia agora tem uma nova constituição que é significativamente diferente da sua predecessora. Como conclui um estudioso dos processos constituintes na região, “a Constituição do Quênia de 2010 é a mais emblemática do mais recente conjunto de constituições africanas”⁶⁵⁷. A Constituição de 2010 reconhece um amplo conjunto valores e princípios que devem informar os processos e decisões de governo. Em termos de estrutura governamental, ela cria um tipo de federalismo, no qual se confere uma boa margem de autonomia aos chamados Condados, assim como lhe atribui Poderes Executivo e Legislativos próprios. Agora, o país conta com um Senado. Além disso, os poderes presidenciais foram significativamente enfraquecidos em relação à constituição anterior. O Presidente não tem mais o poder de dissolver ou suspender os trabalhos do Parlamento. Na verdade, a Constituição reforçou o poder do Parlamento, dando-lhe a competência para aprovar

⁶⁵⁷ HESSEBON, Gedion T. The Fourth Constitution-Making Wave of Africa: Constitutions 4.0?, p. 185.

nomeações presidenciais para os membros do governo e outros altos funcionários do Estado. Outra competência parlamentar importante é a de controlar o orçamento, antes deixado sob a administração apenas do Executivo. A propósito, os postos do governo não podem ser ocupados por parlamentares, no intuito de evitar troca de favores e clientelismo entre os poderes. Isso também dificulta a ameaça do Parlamento contra a Presidência, vice-versa.

A inclusão de princípios de liderança e integridade reflete as aspirações que os quenianos expressaram no processo constituinte de transformar o governo autoritário e irresponsável que, desde a independência do país, se fez presente na vida nacional. Nesse sentido, a Constituição prevê que o Quênia deve ser um “Estado democrático multipartidário” e “fundado nos valores e princípios nacionais de governança”. Esses valores e princípios incluem o patriotismo, a unidade nacional, a partilha e a devolução do poder às regiões do país, o Estado de Direito, a participação do povo, a dignidade humana, equidade, a justiça social, o desenvolvimento sustentável, a inclusão, a igualdade, os direitos humanos, a não discriminação e a proteção dos marginalizados. Estão também entre eles, e merecem destaque, a boa governança, integridade, transparência e responsabilidade. Como resume Yash Ghai:

Juntos, estas disposições procuram uma mudança fundamental na nação e no estado. A constituição define a natureza da democracia para o Quênia, não como o majoritarismo, mas como o equilíbrio dos diferentes interesses das comunidades e a preservação e promoção dos princípios constitucionais. De fato, a constituição é rica em valores e princípios. Estabelece os objetivos para os quais o poder do Estado pode ser exercido. Ele cria uma democracia participativa em que as pessoas desempenham um papel importante de forma contínua. Ele procura lidar com as injustiças do passado. Aborda as questões da exclusão e da pobreza - e da desigualdade de gênero. Dispõe o poder do estado a todas as regiões do país, desmantelando a monopolização de seus poderes no centro. A constituição aborda vários equilíbrios sensíveis e difíceis entre a diversidade e a nacionalidade, o que pode ser difícil de sustentar, dada a forte formação étnica, cultural e religiosa da maioria das comunidades. Ele estabelece padrões elevados de integridade e equidade - e de atendimento às pessoas.⁶⁵⁸

A Declaração de Direitos é robusta e detalhada. Inclui direitos civis e políticos, bem como direitos sociais e econômicos. Algumas de suas inovações incluem direitos de grupos marginalizados e vulneráveis, incluindo mulheres, crianças, jovens, pessoas com deficiência e comunidades marginalizadas. Além disso, há normas visando a garantir a representação

⁶⁵⁸ GHAI, Yash. *Constitutions and Constitutionalism: The Fate of the 2010 Constitution*. In: MURUNGA, Godwin R.; OKELLO, Duncan; SJÖGREN, Anders (Eds.). *Kenya: The Struggle for a New Constitutional Order*. London: Nordiska Afrikainstitutet, 2014. 2014, p. 124.

desses grupos no governo. Por exemplo, de acordo com a regra de gênero de dois terços, nenhum gênero pode ter mais de dois terços de representação em qualquer instituição estadual.⁶⁵⁹

Pela Constituição, o Poder Judiciário é obrigado a interpretar a Constituição de uma maneira que “promova seus propósitos, valores e princípios” e de uma maneira que “contribua para a boa governança”. Ela também exige das autoridades públicas do Estado a “responsabilidade de servir ao povo, e não o poder de governá-los”. Esta disposição é consistente com o objetivo da Constituição de substituir uma cultura de ordem e corrupção por uma cultura de serviço público em todos os níveis de governo.⁶⁶⁰

A Constituição criou também vários órgãos independentes. Dentre esses órgãos, merecem destaque a Comissão Nacional de Direitos Humanos e Igualdade e Comissão para a Implementação da Constituição. A direção desses órgãos é atribuída a cidadãos que são indicados pelo Presidente e aprovados pelo Parlamento. A Comissão para a Implementação da Constituição foi criada para acompanhar os progressos da constituição na efetivação dos direitos e na concretização de seus objetivos. Para pôr em prática as mudanças transformadoras prometidas pela Constituição de 2010, o Parlamento é obrigado a aprovar uma série de novas leis dentro de um período de cinco anos, segundo um Cronograma de Implementação que acompanha o texto constitucional. A constituição, inclusive, é ousada nesse ponto, já que ela permite a dissolução do Parlamento pela Suprema Corte em caso de descumprimento desse cronograma.⁶⁶¹

Por esses e outros aspectos, é sempre destacado na Constituição de 2010, por aqueles que a estudam, o fortalecimento do Poder Judiciário.⁶⁶² Antes amedrontados por um governo autoritário e ameaçador, os tribunais do país agora se mostram empoderados e assertivos. Além disso, a postura judicial conservadora tem sido abandonada nos últimos anos. Pelo que se relata, o judiciário começou a reformular a doutrina constitucional, afastando-se do positivismo jurídico que fundamentou grande parte de seu conservadorismo nas últimas

⁶⁵⁹ Idem, p. 126.

⁶⁶⁰ HESSEBON, Gedion T. *The Fourth Constitution-Making Wave of Africa: Constitutions 4.0?*, p. 189.

⁶⁶¹ GHAI, Yash. *Constitutions and Constitutionalism: The Fate of the 2010 Constitution*, p. 127 e ss.

⁶⁶² “Durante décadas, após a independência, os tribunais quenianos permaneceram sob a liderança do governo do dia. Eles raramente exerceram o seu poder de rever os abusos contra direitos individuais ou a constitucionalidade da conduta executiva autoritária quando convidados a fazê-lo. Os tribunais utilizaram de forma esmagadora sua autoridade para defender e proteger os interesses políticos e econômicos conservadores ao invés de defender os direitos individuais contra o abuso do Estado. O Judiciário queniano era tão subordinado ao Executivo que seus extremamente raros exercícios de independência judicial foram bastante celebrados”. GATHII, James Thuo. *Assessing the Constitution of Kenya 2010 five Years Later*, p. 342.

décadas. Isso tudo é devido a uma mudança profunda na administração e composição da justiça nacional. Conforme afirma James Gathii:

Numa notável mudança que tem acontecido lentamente nos últimos anos e em parte por acidente, mas definitivamente desde a entrada em vigor da Constituição de 2010, os tribunais quenianos alcançaram a independência genuína do Executivo. Esta independência recém-conquistada começou a tornar-se aparente alguns anos atrás antes da Constituição de 2010, quando o Judiciário começou a dismantelar, peça por peça, sua abordagem judicial conservadora. Impulsionadas pelas reformas da Constituição de 2010, incluindo uma nova corte de juízes altamente qualificados recrutados num processo de nomeação transparente, um *Chief Justice* comprometido com a transformação do sistema judiciário e um enorme aumento nas dotações financeiras. O Judiciário não é mais um cativo do Executivo. Em vez disso, defendeu vigorosamente os direitos humanos individuais e colocou os valores e princípios da Constituição de 2010, e não os interesses de indivíduos poderosos, no centro do seu processo de tomada de decisões.⁶⁶³

A Constituição de 2010 também tem sido capaz de estabilizar a política. Por exemplo, as eleições gerais de 2013, as primeiras realizadas sob a vigência da nova ordem constitucional, não sofreram qualquer ato de violência durante as campanhas ou imediatamente após o anúncio dos resultados. Isto é notável especialmente porque a eleição presidencial foi decidida por uma diferença de apenas 0,7%.⁶⁶⁴ Ao contrário do que aconteceu depois da eleição geral de 2007, quando movimento liderado por Raila Odinga optou não recorrer ao judiciário, mas, sim, a uma ação de massas para desafiar irregularidades eleitorais, dessa vez, o mesmo movimento optou por desafiar o resultado eleitoral na então recém-criada Suprema Corte. E apesar de ele ter perdido na Corte, ele aceitou a decisão e persuadiu seus partidários a não recorrerem à violência. Isso é uma evidência de que, pelo menos até aqui, as tensões antigas estão sendo canalizadas para as instituições constitucionais criadas.⁶⁶⁵

Portanto, a Constituição do Quênia de 2010, exige uma reconstrução da sociedade queniana de acordo com os ideais e valores expressos em seu texto. Dessa forma, a Constituição traduz inequivocamente o seu objetivo primordial de proporcionar uma estrutura capaz de transformar o país numa sociedade unida, democrática e próspera, baseada na

⁶⁶³ Idem, p. 342.

⁶⁶⁴ GATHII, James Thuo. *Assessing the Constitution of Kenya 2010 five Years Later*, p. 10.

⁶⁶⁵ É notável que, embora o Quênia não tenha experimentado violência eleitoral em 2013, sofreu um aumento significativo de ataques terroristas sublinhado pelo cerco no Westgate Mall, em Nairobi, em setembro de 2013 e no ataque à Universidade de Garissa, no nordeste do Quênia, em abril de 2015. Destes e de outros incidentes resultou um grande número de mortes. Embora estes episódios sejam bastante diferentes dos relacionados com a violência ligada às eleições, eles indicam que a insegurança mesmo sob a Constituição de 2010 continua a ser uma questão política significativa - uma questão que o primeiro governo eleito sob esta Constituição foi incapaz de conter.

dignidade humana, na justiça social, nos direitos humanos e nos princípios da boa governança.

Mas a constituição não é só maravilhas. Ela ainda enfrenta sérios desafios, especialmente no que toca ao combate à corrupção no país. As instituições criadas ainda têm muita dificuldade em enfrentar elites corruptas. Portanto, “a recorrência da corrupção continua um longo legado inconsistente com o objetivo de acabar com a impunidade como pretendido pela Constituição de 2010” . E isso tem diminuído a confiança pública. Outro desafio é a diminuição da desigualdade, já que, “até o momento, a Constituição não conseguiu substituir a antiga ordem dos desequilíbrios econômicos regionais, da pobreza e da desigualdade” .⁶⁶⁶

Como Hélène Landemore, James Thuo Gathii foi desafiado a avaliar a performance da Constituição do Quênia após seus cinco anos de vigência. Ele conclui que ainda é cedo para afirmar que a Constituição de 2010 tem realizado a contento seu ambicioso projeto. Sua implementação, no entanto, tem sido contínua e seu calendário tem sido cumprido, ainda que com a intervenção da Suprema Corte. Mas há avanços em muitas áreas e, apesar dos desafios contra a corrupção e a dificuldade em diminuir a desigualdade econômica entre indivíduos, comunidades e regiões do país, o saldo é positivo. Além disso, os últimos acontecimentos políticos sugerem seu sucesso em canalizar o conflito político através de instituições constitucionais, para as quais a eleição de 2013 foi um grande teste.⁶⁶⁷

5.4 A Experiência da Transição Pacífica Brasileira

5.4.1 Contexto

A história constitucional do Brasil não é de poucos dramas. Foram, até o momento, oito constituições, sendo uma imposta e pelo menos duas outras ditatoriais. A descontinuidade constitucional foi a triste regra do país, pelo menos até a segunda metade da década de 1980, quando, então, já na chamada terceira onda de democratização, o país consegue realizar uma transição pacífica de um regime autoritário para uma democracia livre. O que lhe antecedeu foi, no entanto, longo e dramático. O movimento militar, iniciado em março de 1964, não manteve sua promessa de realizar eleições presidenciais no ano seguinte. Rapidamente, atos

⁶⁶⁶ Idem, p. 355.

⁶⁶⁷ Idem, p. 359.

institucionais dissolveram partidos políticos e prorrogaram o mandato do Marechal Castelo Branco, o primeiro presidente do regime militar deflagrado.

Em 1967, uma constituição foi aprovada por um congresso destituído de suas principais lideranças políticas, que tiveram seus direitos políticos cassados pelo regime. Mas, como afirma Luís Roberto Barroso, “a Constituição de 1967 não resistiu à ascensão da linha dura nas Forças Armadas e ao curso ditatorial inexorável, cuja força se impôs sobre a resistência esboçada em diferentes capitais” .⁶⁶⁸ Logo em 1968, foi decretado o Ato Institucional nº 5, dando poderes quase imperiais ao Presidente da República. Em um “golpe dentro do golpe”, uma Junta Militar impediu a posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo, que assumiria a chefia do Executivo em razão da morte do Marechal Costa e Silva, e outorgou uma verdadeira constituição travestida de emenda constitucional. Os próximos “anos de chumbo” foram sob a presidência de um General. Emílio Médici, indicado para a Presidência da República, censurou a imprensa e incentivou direta e indiretamente a repressão policial nas ruas. A perseguição a opositores foi constante e quase implacável, com episódios vergonhosos de tortura e assassinatos.

A abertura que se dizia ter de sido “lenta, gradual e segura” teve início apenas em 1974. Geisel, que chega à Presidência por meio de uma eleição cujo resultado era bastante previsível, teve a mão menos pesada. João Baptista Figueiredo, que chega à chefia do Executivo em 1979, inicia seu mandato sem os tristes atos institucionais, revogados anos antes. Logo promoveu uma anistia e a liberdade partidária. Esses e outros sinais de abertura democrática fizeram com que muitos brasileiros exilados durante a fase mais nefasta do regime militar retornassem ao país. Carros-bombas e sequestros continuaram, no entanto, evidenciando a todos que o regime ainda respirava. Entretanto, os grupos que seguiam patrocinando atrocidades estavam cada mais isolados e em menor número.

A transição para a democracia ocorreu muito por uma coalização de forças moderadas, tanto da parte do próprio regime, como também de opositores. Portanto, no Brasil, a transição foi conduzida por elementos do próprio regime que se desejava superar. Como chama a atenção dois constitucionalistas, “[a]s forças do regime autoritário, mesmo depois de

⁶⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Vinte Anos da Constituição Brasileira: o Estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (Coords.) *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 29.

perderem o protagonismo no processo histórico de redemocratização, mantiveram um amplo poder de barganha e até mesmo de veto” .⁶⁶⁹

Após algumas tentativas de incentivar a convocação de uma assembleia constituinte por meio de manifestos, especialmente o liderado pela Ordem dos Advogados do Brasil, aprovando a “Declaração de Manaus” , vieram as Diretas Já, representando uma intensa mobilização nos anos de 1983 e 1984. Além disso, houve uma tentativa formal de iniciar um processo constituinte, feita por meio de uma proposta de emenda constitucional, que, porém, foi rejeitada. A onda constituinte voltou a ganhar força apenas após a eleição indireta de Tancredo Neves e José Sarney. A chapa que compunham havia, inclusive, assumido o compromisso público de convocar uma assembleia constituinte. Com o falecimento inesperado de Tancredo Neves e vindo Sarney a ocupar a Presidência, havia o receio de que o compromisso não seria honrado. Mas Sarney, de fato, enviou uma proposta de emenda constitucional, por meio da qual se atribuía ao Congresso Nacional o exercício do poder constituinte em nome do povo. Sem dúvida, as pressões nas ruas revelam uma nítida mobilização popular e o momento era, de fato, claramente constitucional. Como afirma Jane Reis:

[N]aquele período ímpar de nossa história política, ocorreu intensa mobilização da sociedade civil, mediante a formação de diversos fóruns de debates, plenários e comitês pró-participação popular, os quais formularam inúmeros projetos e sugestões para a elaboração do texto constitucional. O espaço público nunca estivera tão democratizado. As aspirações populares ali vocalizadas redundaram, em várias oportunidades, em compromissos por parte dos constituintes.⁶⁷⁰

5.4.2 O Processo Constituinte

Tentando seguir um dos dois modelos constituintes já adotados no Brasil,⁶⁷¹ Sarney nomeou logo uma comissão de especialistas, chamada de Comissão Provisória de Estudos

⁶⁶⁹ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, p. 257.

⁶⁷⁰ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *A Iniciativa Popular no Sistema Constitucional Brasileiro: Fundamentos Teóricos, Configurações e Propostas de Mudança*, p. 1728.

⁶⁷¹ “Até ali, o Brasil teve dois modelos de fazer Constituição. Um previa um Executivo forte, que mandava um anteprojeto para os constituintes. Foi o que aconteceu em 1891, o [marechal] Deodoro [da Fonseca] mandou o projeto. Aconteceu com Getúlio Vargas, em 1934, que mandou o projeto. E ainda em 1967, no regime militar, quando o [general] Castelo [Branco] também mandou. Quando tinha governo fraco, como o de 1946, começou do zero. Caiu o Getúlio; o [José] Linhares assumiu, sem força política nenhuma. Ele não tinha como mandar um projeto de Constituinte, não tinha autoridade. Aí a Câmara elegeu uma grande comissão, chamada Comissão Nereu Ramos, para elaborar o anteprojeto de Constituição. Tinha [sic] lá uns trinta ou quarenta membros, que fariam um projeto de Constituição, que o Plenário decidiria” . Cf. entrevista a Nelson Jobim em CARVALHO, Luiz M. 1988: Segredos da Constituinte, p. 202.

Constitucionais, composta de cinquenta membros, com visões ideológicas bastante diversas. Ela foi presidida pelo jurista Affonso Arinos, daí ser chamada, posteriormente, de “Comissão Affonso Arinos”. O resultado dos trabalhos foi um projeto com 460 artigos. Segundo alguns autores, o conteúdo era de “teor avançado e democrático”, prevendo o sistema de governo parlamentarista. Mas esse “detalhe” desagradou Sarney e, por essa razão, ele não enviou o projeto à Assembleia Constituinte para servir de base para a elaboração da nova constituição. Mas o projeto, que recebeu ampla divulgação, exerceu influência durante o processo constituinte.⁶⁷²

Como disse o constituinte Antonio Britto, “sem um projeto preliminar, a Constituinte se tornou um jogo de futebol sem bola. Tinha uma movimentação inacreditável: torcedores, invasão de campo, narração do jogo, tudo. Só faltava ser objetivo. ‘O que é que a gente está discutindo, afinal’? Como o livro estava totalmente em branco, aconteceu outro problema: ficou liberado que cada um tomasse as suas iniciativas. Então, eram 559 livros em branco - o que levou a uma produção de ideia um pouco descolada da realizada”.⁶⁷³ “A saída”, portanto, “foi entregar o papel em branco para cada constituinte”, como diz Nelson Jobim.⁶⁷⁴ A falta de um projeto somada à grande quantidade de comissões e subcomissões, segundo se relata, tornaram os trabalhos da constituinte bastante disfuncionais:

A constituinte desenhou um Brasil sem maquete, sem definição de nenhum pressuposto. Vinha uma comissão e desenhava uma parte do prédio, a outra comissão desenhava outra parte do prédio. Essas partes só se encontravam no Plenário. E no Plenário elas não encaixavam. Pegava a tesoura e eliminava 90% [das propostas]. Os 10% que eram, digamos, duzentos artigos. Então a gente passava madrugadas e dias tentando fazer acordos, os famosos acordos de líderes, para dar um pouquinho de objetividade, um pouquinho de consistência.⁶⁷⁵

A escolha do órgão constituinte, o próprio Congresso Nacional, portanto uma legislatura constituinte, foi bastante criticada. O modelo foi resultado de um compromisso firmado antes entre forças do regime autoritário que “temiam que uma Assembleia Constituinte exclusiva pudesse resvalar para o ‘radicalismo’, ou até para o ‘revanchismo’, contra os militares”.⁶⁷⁶ O receio era a responsabilização dos militares e outros

⁶⁷² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, p. 158.

⁶⁷³ CARVALHO, Luiz M. 1988: Segredos da Constituinte, p. 210-211.

⁶⁷⁴ Idem, p. 204.

⁶⁷⁵ Idem, p. 173.

⁶⁷⁶ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, p. 157.

envolvidos em graves crimes e violações de direitos humanos durante o regime anterior, evitando-se a realização de uma necessária justiça de transição.⁶⁷⁷ Embora uma eleição tenha sido feita antes para a constituinte, vinte e três senadores, vindo de mandatos anteriores, não tinham, expressamente, um mandato para elaborar a Constituição, e isso logo foi contestado, com a solução de que eles poderiam participar.

A composição da “Constituinte Congressual” era de 487 deputados federais e 72 senadores, totalizando 559 constituintes. Mas é possível dizer que apenas cinquenta a cem constituintes participaram efetivamente do processo.⁶⁷⁸ Havia o chamado “colégio de cardeais”, formado por cerca de cinquenta constituintes, e havia o restante, chamado de “baixo clero”, formada por parlamentares que participavam do processo, eram ouvidos, aceitavam os acordos de liderança, mas não tinham peso em decisões e acordos. “A verdade é que quem fez a Constituição foram os acordos de lideranças. Por isso que demorou tanto”⁶⁷⁹ Na constituinte, portanto, os acordos eram de liderança. Nem todos participavam e eles não eram feitos, pelo menos não inteiramente, nas dependências do Congresso Nacional, mas nas casas dos membros do “colégio de cardeais”, especialmente de Ulysses Guimarães. O PMDB era o partido com maior número de parlamentares - um total de 306. Mas, como afirmam, com razão, Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

[T]ais números não devem induzir à apressada conclusão de que teria havido uma força absolutamente hegemônica na Constituinte - o PMDB - capaz de impor suas convicções sobre as demais agremiações políticas. O PMDB não representava uma única força política. A bancada incluía parlamentares de inclinações absolutamente heterogêneas, que percorriam quase todo o arco ideológico.⁶⁸⁰

De fato, o órgão constituinte era ideologicamente plural, embora com predominância real do centro. Como bem ressalta-se, “[é] curioso que, embora a Constituição de 1988 seja normalmente tachada de ‘progressista’, os partidos então identificados com a esquerda - PDT, PT, PCB, PC do B e PSB - tinham bancadas que, somadas, totalizavam não mais que

⁶⁷⁷ Cf., por todos, MEYER, Emílio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

⁶⁷⁸ “Nunca cheguei a somar isso. Mas diria que uns cinquenta. Basicamente aqueles primeiros escolhidos para a Comissão de Sistematização. Esse era o grupo formado, que a gente chamava de ‘colégio de cardeais’, mais o dr. Ulysses e alguns integrantes da Mesa”. O resto era chamado de “baixo clero”, afirma Nelson Jobim; “Uns cem”, diz José Lourenço. “Cinquenta”, falou José Fogaça. CARVALHO, Luiz M. 1988: Segredos da Constituinte, p. 212, 193 e 149.

⁶⁷⁹ Idem, p. 219.

⁶⁸⁰ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, p. 157.

50 constituintes, ou seja, cerca de 9% da Assembleia.⁶⁸¹ Entretanto, do ponto de vista regional, havia clara desproporção. A maioria era de Estados do Norte e do Centro-Oeste. Com isso, os demais Estados ficaram subrepresentados. Essa sub-representação ocorreu com afrodescentes e indígenas, já que “havia apenas 11 constituintes negros - pretos ou mulatos - (2%) e nenhum indígena [!]” .⁶⁸² A maioria dos constituintes tinha curso superior. E a maioria destes tinha formação em Direito, um total de 243 parlamentares.⁶⁸³

As mulheres também estavam especialmente subrepresentadas. Havia apenas 26. Relata-se que sofriam enorme preconceito. “Quando nós chegamos, aquelas 26 constituintes, era como se fôssemos ETs... Eu estranhava muito os empurrões e cotoveladas que a gente recebia quando queria aparecer, entende?” , relata Maria de Lourdes Abadia.⁶⁸⁴ Entre as mulheres, havia duas filhas de presidentes da República - Márcia Kubitscheck e Tutu Quadro -, além de ex-mulheres de governadores - Myriam Portela, Wilma Maia, Maria Lúcia e Lucia Braga. Mas isso não bastava. Em síntese, a “bancada do batom” , como era tristemente chamada, praticamente não teve nenhuma voz no processo. Nenhuma mulher foi presidente de comissões ou subcomissões. Apenas uma foi relatora, Cristina Tavares, da subcomissão da Ciência e da Tecnologia e da Comunicação “bancada do batom” . Entre elas, dizem muitos, se destacaram Sandra Cavalcanti e Benedita da Silva.

Uma das primeiras grandes discussões após instalada a Constituinte, foi a definição do Regimento Interno. Elas se estenderam por mais de dois meses. Dois foram os temas mais controvertidos. O primeiro deles dizia respeito à soberania da assembleia para adotar decisões modificadoras da ordem constitucional vigente durante seu funcionamento. A segunda, por sua vez, se relacionava à forma de tramitação e votação do texto a ser elaborado. Para a primeira questão, a solução foi o reconhecimento, não sem resistência, de que à Assembleia não teriam sido conferidos poderes além do constituinte. De fato, durante os vinte meses de processo constituinte, não ocorreu nenhuma deliberação para a reforma da Constituição vigente à época. Já para a segunda questão, como já foi dito antes e em outras partes deste trabalho, prevaleceu a ideia disfuncional de não se partir de nenhum anteprojeto.

Para o hercúleo trabalho de elaborar uma constituição a partir de uma folha em branco, foram criadas 8 comissões temáticas, cada uma com 3 subcomissões, totalizando 24. A ideia era a de que todos os constituintes fossem titulares de uma comissão temática e

⁶⁸¹ Idem, p. 157.

⁶⁸² Idem, p. 161.

⁶⁸³ Idem, p. 161.

⁶⁸⁴ CARVALHO, Luiz M. 1988: Segredos da Constituinte, p. 270.

suplentes de outras. Sua composição era feita por indicações partidárias. Tais comissões tinham a tarefa de redigir o que lhe cabia e depois enviar para a Comissão de Sistematização, que deveria consolidar as partes e organizar o texto integral. O resultado disso seria o projeto, que deveria ser submetido a Plenário, em dois turnos de votação.

Muitos grupos tiveram a oportunidade de participar do processo, especialmente nessas subcomissões e comissões. Como relatam Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Netto:

[Nas subcomissões], os grupos mais variados foram ouvidos nas audiências públicas - Ministros de Estado, lideranças empresariais e sindicais, intelectuais, associação de moradores, entidades feministas e de defesa dos homossexuais, representantes do movimento negro, ONGs ambientalistas, indígenas, empregadas domésticas, meninos de rua etc. O contraditório foi intenso.

De modo geral, no processo, “foram ouvidos Deus e o mundo” , como disse o constituinte José Fogaça, para quem a “utilidade disso foi simplesmente dizer que havia um texto democrático, originalíssimo, não baseado em nenhum texto anterior” . Mas acrescenta: “Foi bom do ponto de vista ideológico, mas não do ponto de vista prático, de fazer a Constituição” ⁶⁸⁵. Embora a participação popular no processo constituinte brasileiro seja vista por inúmeros estudiosos particularmente ampla, pelo menos na opinião de vários constituintes, ela não foi aproveitada, de modo que é possível considerar que, de fato, não houve, pelo menos como deveria e era esperado ou considerado, verdadeira inclusão.

O tratamento dado às festejadas emendas populares também evidencia a exclusão interna. Primeiramente, elas só entraram no processo por vontade de um dos seus constituintes ⁶⁸⁶. Como conta Fernando Henrique Cardoso, na história dos processos constituintes brasileiros “[n]unca tinha havido emendas populares - que eu botei no regimento. Eu que pus esse negócio. A demanda era da Igreja, mas quem botou lá fui eu” ⁶⁸⁷. Referindo-se à reação dos demais colegas constituintes, disse ele: “Ficaram loucos” . Portanto, essa novidade na história constituinte brasileira gerou indignação de muitos constituintes. ⁶⁸⁸ Foram 122 emendas populares. E são dessas emendas que se fala de 12

⁶⁸⁵ Idem, p. 146.

⁶⁸⁶ Cf., a respeito, entrevista a Fernando Henrique Cardoso, que, a propósito disse: Eu que pus esse negócio. A demanda era da Igreja, mas quem botou lá fui eu” , em Idem, p. 127.

⁶⁸⁷ Idem, p. 172.

⁶⁸⁸ “Ficaram loucos. Porque de fato era uma coisa revolucionária. Uma abertura para a sociedade. Os representantes iam defender, no Plenário, sem ser parlamentares. O Brasil sonhou, delirou, teve pesadelo, tudo naquele momento. O nosso papel era peneirar, para sobrar alguma coisa que ficasse de pé e que fosse duradoura” , disse Fernando Henrique Cardoso em entrevista a respeito da novidade das emendas populares. Cf. Idem, p. 127.

milhões de assinaturas. Mas apenas 83 dessas emendas foram aceitas. As demais foram barradas por questões formais: cada eleitor poderia submeter, no máximo, três emendas; exigia-se assinatura de 30 mil eleitores e o apoio de pelo menos três entidades associativas ou de instituições públicas. Embora elas versassem sobre os mais distintos temas, “ninguém deu muita importância para as emendas populares. Aquilo foi uma concessão ao povo para satisfazer egos: ‘Assinei a emenda popular e tal’”, como revela o constituinte José Lourenço em entrevista recente.⁶⁸⁹

Na verdade, a Constituição foi elaborada por alguns poucos constituintes, influenciados por grupos de interesses de todo tipo. “Tinha lobby em tudo”, confirma Fernando Henrique Cardoso.⁶⁹⁰ “A atuação dos lobistas era um negócio impressionante”, conta o constituinte Francisco Rossi.⁶⁹¹ Tais lobbies eram feitos à luz do dia, dentro do Congresso Nacional, mas havia aqueles que eram secretos e disfarçados.⁶⁹² E, com isso, “as coisas mudavam do dia para a noite”.⁶⁹³ A transparência foi insuficiente. As decisões eram acordos de líderes, muitas vezes com trocas de favores e negociatas obscuras. A disputa pelo tempo de mandato do Presidente Sarney, que praticamente dominou o processo, gerou até mesmo agressão física.⁶⁹⁴ Muitas votações não foram feitas com seriedade.⁶⁹⁵ A pressão da mídia era imensa, evidenciada com telefonemas constrangedores, por parte, por exemplo, do Presidente do grupo Globo.⁶⁹⁶ Constituintes hoje revelam que as decisões eram tomadas com base nos interesses privados e econômicos que surgiam na cena e entravam no jogo. Como dito no Capítulo anterior, muitas disposições constitucionais foram incluídas no texto sem qualquer deliberação e secretamente.

⁶⁸⁹ Idem, p. 194.

⁶⁹⁰ Idem, p. 143.

⁶⁹¹ Idem, p. 142.

⁶⁹² “Teve o do SNI [Serviço Nacional de Informações], de péssima fama, comandado pelo general Ivan de Souza Mendes. Aí eles convidavam alguns constituintes para ir lá, fica no Parque da Cidade. Eu fui convidado. Era meio esquisito. Tinha que seguir um carro deles, sem saber aonde ia. Só sabia lá. Um general e um coronel me receberam. Queriam saber o que eu pensava da SNI, o que a Constituinte achava. Eu disse que minha impressão era a pior possível. Foi aí que começou a reforma do SNI. Porque tinha emenda propondo extinguir, mas não entrou”, relata um episódio o constituinte Benedito Gama. Idem, p. 229.

⁶⁹³ Idem, p. 142.

⁶⁹⁴ Francisco Dorneles relata ter sido agredido pelo Ministro das Comunicações Antônio Carlos Magalhães, no gabinete ministerial, por ele ter se recusado a votar pelo mandato de quatro anos. Cf. Idem, p. 242.

⁶⁹⁵ Francisco Dornelles relata um episódio revelador: “Botei em votação [o tema da iniciativa privada], na parte da tarde. Faltavam dois votos para ganhar. Entra no plenário o Valmir Campelo, que me deu um voto. Entra o Lula: ‘Ô Lula, me dá um voto’. Ele disse: ‘Se a emenda é sua, deve ser contra a pátria ou contra o povo’. Eu falei: ‘Não, essa é a favor da pátria e do povo’. Ele respondeu: ‘Vou dar, mas estou certo que é contra’. E me deu o voto. Idem, p. 244.

⁶⁹⁶ Cf. Idem, p. 241-242.

Como testemunha Adriano Pilatti, “ali aconteceu um processo decisório caracterizado pelo dissenso”.⁶⁹⁷ Algumas vezes, como também foi dito no Capítulo anterior, os impasses eram resolvidos por meio de cláusulas ambíguas e não binárias. Mas os “buracos negros”, assim chamados os impasses, também eram resolvidos fora do Congresso. Com disse José Lourenço quando perguntado sobre como eles os resolviam, respondeu: “Ah, isso foi uma costura política. Acho que dei uns cinquenta jantares”.⁶⁹⁸ Mas a moeda de troca também vinha do Executivo e eram canais de televisão e rádio. “Antônio Carlos [Magalhães] articulava isso, ele era o ministro das Comunicações. Tinha poder político, por ser amigo e muito bem relacionado com Sarney, e também foi muito amigo do poder militar. E aí entrou essa parte da barganha política de rádio e televisão, aquele negócio todo”, relata o constituinte Benedito Gama.⁶⁹⁹ Isso demonstra a influência que o Executivo exerceu no processo constituinte brasileiro.⁷⁰⁰ Nos debates, havia inclusive armação. A frase de Ulysses Guimarães que dizia que “em política, até a raiva é combinada” se concretizava na constituinte. Como diz Nelson Jobim, “[a] gente combinava tudo... se combinava que tipo de briga que ia ter na votação da matéria, se ia ser uma coisa violenta, ou tranquila. Tudo era acertado antes”⁷⁰¹.

Outro problema do processo foi sua duração excessiva. O processo constituinte levou muito tempo, muito por dois fatores: a ausência de um projeto inicial e o fato de as decisões serem tomadas por acordos de liderança. Sem um projeto, se gerou um “Frankenstein”, e trabalhar nele tomou muito tempo. Os acordos demoram para serem formados e muitos precisavam ser refeitos, diante da “traição” de alguns, que fazia com que se não alcançasse a maioria necessária. A longa duração, embora tenha possibilidade a realização de acordos necessários, deu margem a também longas barganhas.

A Constituição foi aprovada, em 22 de setembro, com mudanças suspeitas na Comissão de Redação, por 474 votos contra 15, havendo 6 abstenções. Sem ter havido um referendo, foi ela promulgada em 5 de outubro de 1988.

⁶⁹⁷ PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 1.

⁶⁹⁸ CARVALHO, Luiz M. *1988: Segredos da Constituinte*, p. 188.

⁶⁹⁹ *Idem*, p. 226.

⁷⁰⁰ “ ‘Agora, presidente, a partir de amanhã, é pagar essa conta. Eu não quero ver um deputado dizendo que a gente não honrou a palavra’ ”, diria ao Presidente Sarney, Antônio Carlos Magalhães em reuniões que ocorriam no Palácio do Planalto para comemorar uma votação. Cf. *Idem*, p. 227.

⁷⁰¹ *Idem*, p. 219.

O processo constituinte brasileiro evidencia o risco de se iniciar a elaboração de uma constituição sem um projeto preliminar. Esse, talvez, tenha sido o maior erro no episódio brasileiro. Mas há outros tantos problemas. A influência do Poder Executivo e a falta de transparência se destacam. O desenho do processo, que contou com várias comissões e submissões foi especialmente disfuncional. Promoveu, entre outras coisas, disputas políticas e incoerência no texto constitucional. O processo também evidencia o risco de não se começar com algumas questões já resolvidas, especialmente por meio de consulta popular prévia. Como se sabe, o tempo de mandato e o sistema de governo dominaram a constituinte. Com tantos segredos sujos revelados por constituintes, é difícil pensar que o processo brasileiro tenha sido inclusivo. Na verdade, ao que tudo indica, foi ele comandado por alguns poucos constituintes e orientados por interesses econômicos e privados de várias ordens.

5.4.3 A Constituição Resultante

A Constituição Federal de 1988 é inegavelmente do marco jurídico do processo de redemocratização do país.⁷⁰² Há quem a considere “o símbolo maior de uma história de sucesso”⁷⁰³. Desde sua promulgação, como se diz, o país tem vivido um longo período de normalidade institucional, apesar de esta opinião não ser unânime, diante do que tem ocorrido nos últimos anos. De qualquer modo, eleições foram realizadas, não houve fortes ameaças de golpe militar, a liberdade foi restaurada e muitos direitos nela previstos foram, de fato concretizados, por meio ou não das instituições políticas ordinárias. De modo geral, realmente, superamos alguns ciclos de atraso, já que eleições têm sido periódicas, o congresso tem funcionado sem interrupções, o judiciário tem sido atuante e as Forças Armadas não saíram mais dos quartéis para golpes⁷⁰⁴ Como afirma Luís Roberto Barroso, “só quem não

⁷⁰² Como afirma Rodrigo Brandão, “[a] Constituição Federal de 1988 foi o principal marco jurídico do processo de redemocratização do país, simbolizando a transição de um Estado autoritário, que se guiava pela legalidade paralela dos atos institucionais e por reiteradas violações aos direitos fundamentais dos cidadãos, para um Estado Democrático de Direito, que vem avançando na consolidação da separação de poderes, da democracia e dos direitos fundamentais”. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 117.

⁷⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Vinte Anos da Constituição Brasileira: o Estado a que chegamos*, p. 36.

⁷⁰⁴ Cf., especialmente, SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, p. 182; e BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*, p. 118 e ss.

soube a sombra não reconhece a luz” .⁷⁰⁵ Sobre a constituição resultante, merece destaque a opinião de outros dois importantes constitucionalistas brasileiros:

Aumentou, na sociedade, a consciência sobre os direitos e os movimentos reivindicatórios incorporaram a gramática constitucional à sua estratégia de luta. A Constituição passou a ser encarada como autêntica norma jurídica, e não mera anunciação de princípios retóricos, e tem sido cada vez mais frequentemente invocada na Justiça, inclusive contra os atos ou omissões inconstitucionais dos poderes majoritários.⁷⁰⁶

Do ponto de vista dos próprios constituintes, em regra, a constituição é considerada “razoável” , tendo pontos positivos e negativos. Por exemplo, perguntado sobre se da constituinte teria saído “coisa boa ou ruim” , a resposta de Fernando Henrique foi a seguinte: “No que diz respeito a direitos e a liberdades democráticas, boa. No que diz respeito a sonho social, bom. No que diz respeito a funcionamento efetivo do Estado, não. Não tínhamos meios para fazer o que se projetava lá” .⁷⁰⁷ E completa:

A Constituição é atrasada. O mundo estava entrando em globalização e nós estávamos pensando num Brasil autárquico. É uma Constituição boa na democracia, tem aspirações sociais positivas, mas não tem realismo, nem na economia nem no funcionamento do Estado. Sem contar que foi planejada para um regime parlamentarista” .⁷⁰⁸

De fato, a constituição tem vários defeitos. A prolixidade talvez seja o mais evidente. Em boa medida, ela decorreu muito dos trabalhos na constituinte. As comissões temáticas contaram com muitos especialistas, mas isso, segundo se relata, não foi, como se poderia pensar, uma boa estratégia, pois “algumas questões consideradas prioritárias pelos especialistas não eram necessariamente essenciais para o país” .⁷⁰⁹ Há outro fator: o excessivo *lobby*. O funcionamento disfuncional e pressão de interesses de toda ordem fizeram com que se aprovasse de tudo, da dignidade da pessoa humana à colocação do Colégio Dom Pedro, no Rio de Janeiro, na órbita federal. O caráter analítico da constituição não é devido ao interesse de detalhar assuntos, mas sim o resultado da disfuncional divisão de tarefas entre subcomissões. Na opinião estrangeira, um grande defeito da Constituição brasileira é sua incoerência.⁷¹⁰ Outros a consideram excessivamente extensa. Como diz Tom Ginsburg e outros, “a atual constituição brasileira, com 65.000 palavras em seu nascimento em 1988, é

⁷⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Vinte Anos da Constituição Brasileira: o Estado a que chegamos, p. 36.

⁷⁰⁶ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, p. 182.

⁷⁰⁷ CARVALHO, Luiz M. 1988: Segredos da Constituinte, p. 128.

⁷⁰⁸ Idem, p. 128.

⁷⁰⁹ Idem, p. 175.

⁷¹⁰ Cf. ROSSEN, Keith S. Conflict Resolution and Constitutionalism: The Making of Brazilian Constitution of 1988, p. 441 e ss.

famosa por ter constitucionalizado quase todos os aspectos da vida pública” .⁷¹¹ E acrescentam:

O processo brasileiro, tão ridicularizado por muitos comentaristas, [...] contou com mais de 500 legisladores com inúmeros direitos sendo reconhecidos e um extenso processo de comentários públicos. Ele gerou uma constituição enormemente detalhada, com muitas disposições que pareciam orientadas para grupos de interesse específicos. Teve amplo escopo em termos de tópicos e muitos detalhes que se poderia pensar ser melhor deixá-los para os processos políticos ordinários.⁷¹²

A constituinte gerou uma constituição enganosa, em parte pela euforia naqueles vinte meses em Brasília. Como disse Antonio Britto, “o momento do Brasil era de conferir poderes divinos à Constituição. A sociedade ia para dentro do Congresso propor e pleitear absolutamente tudo. Era uma atitude um pouco romântica - própria de quem sai da ditadura. O lema da sociedade com a Constituição era ‘o que a gente escrever, acontecerá’ . Até hoje estamos descobrindo que grande parte do que a gente escreveu não acontece” .⁷¹³ Continua ele:

Nós corremos para a Constituição com um sujeito famélico em estado crônico corre para uma gôndola no supermercado. Uns com interesses concretos e outros que eu chamo de românticos. E isso foi potencializado pela questão metodológica. Se o livro está em branco...⁷¹⁴.

De fato, em muitos aspectos, a constituição é bastante enganosa. Por exemplo, muitos direitos sociais não são garantidos na prática, o imposto sobre grandes fortunas nunca foi implementado, a redução da desigualdade social não pode ser ainda comemorada, a proteção ao meio ambiente não se concretizou como pensado etc. Outro defeito é a ausência de verdadeira inclusão por meio de mecanismos de participação direta. Apesar de previstos no texto, foram poucas oportunidades de participação popular até aqui. Sua reforma, também, não permite a participação popular. O Supremo Tribunal Federal, declarado guardião da Constituição, segue sendo elitistas e seletivo, mesmo diante de suas amplas competências.⁷¹⁵

Ela tem, porém, vantagens destacáveis. Apesar de seu procedimento de reforma não contar com a possibilidade de proposta popular, ele não é tão rígido a ponto de inviabilizar novos arranjos e acordos como meio de se evitar uma completa renegociação. Talvez seja

⁷¹¹ ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*, p. 105.

⁷¹² Idem, p. 8. Esse processo de constitucionalização da vida continuou ao longo dos anos. Cf., a respeito, SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. *Revista de Direito do Estado*, v. 2, p. 83-118, 2006.

⁷¹³ CARVALHO, Luiz M. 1988: Segredos da Constituinte, p. 172-173.

⁷¹⁴ Idem, p. 172-173.

⁷¹⁵ Cf., especialmente, GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais: Entre Fraquezas e Possibilidades. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 29, 2016, p. 127-157.

esse o elemento mais importante a justificar sua resistência até aqui. Porém, como alerta Jane Reis, “nossa cultura política é impregnada pela síndrome do ‘pai fundador’. Os que assumem o poder costumam encarar tudo que foi edificado antes de sua chegada como obsoleto e descartável”. Portanto, no Brasil, há sempre a chance de um “constitucionalismo oportunista”, na apropriada expressão de Jane Reis.⁷¹⁶

Além disso, não há como negar sua popularidade. A constituição parece refletir bem os anseios da sociedade, apesar de problemas de representação e de corrupção no país. De modo geral, o texto constitucional preocupou-se com os objetivos, anseios e dramas vividos pelo país. O saldo, portanto, é bastante positivo, especialmente quando comparado ao da ordem que se abandonou.

Em síntese, embora o processo constituinte brasileiro tenha sido iniciado por forças do regime anterior, houve, de fato, uma intensa mobilização social. A participação foi ampla, mas a inclusão, no sentido adotado neste trabalho, não ocorreu a contento. A maior parte da constituição foi fruto de acordos entre poucos constituintes. A natureza do órgão de tomada de decisão tornava-o vulnerável a *lobbying* por grupos de interesses especiais, o que distorceu o resultado. Com regras de votação complicadas, várias rodadas, milhares de propostas de emendas ao projeto e longas negociações, o processo foi, em última análise, tão complicado que produziu um texto muito truncado, o que tem sido um obstáculo para uma governança eficaz.⁷¹⁷ A transparência não foi suficiente, tendo permitido inclusive inserções de última hora ou secretas sem deliberação dos representantes constituintes. A representação, aliás, não foi satisfatoriamente inclusiva. Mulheres, índios e negros foram subrepresentados. O mesmo pode ser dito quanto à representação por regiões. Além disso, e apesar de o processo ter sido conduzido por elites políticas e de não ter sido transparente, a constituição aprovada não foi submetida a referendo. De modo geral, embora tenha contado “com um grau de participação social na sua elaboração absolutamente inédito na história nacional”⁷¹⁸, o processo constituinte brasileiro, de fato ridicularizado por muitos comentaristas estrangeiros, não pode ser considerado satisfatoriamente inclusivo, pelo menos pelas razões consideradas neste trabalho.

⁷¹⁶ GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. *Um Constitucionalismo Oportunista*. <https://estadodedireitos.com/2017/04/01/um-constitucionalismo-oportunista/> Acesso em 15.12.2017

⁷¹⁷ Essa também é a opinião de MILLER, Laurel E. *Designing Constitution-Making Processes: Lessons from the Past, Questions for the Future*, p. 646. Cf., também, ROSENN, Keith S. *Brazil's New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society*. *American Journal of Comparative Law*, v. 38, 1990, p. 773-802.

⁷¹⁸ SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*, p. 161.

CONCLUSÕES

Ao emularem padrões estrangeiros, as constituições estão se tornando cada vez mais alienadas. Elas parecem não representar a autoconsciência de uma determinada nação. Os fatores que conduzem a essa alienação das constituições atuais podem ser tanto legítimos como ilegítimos. Constituintes podem estar sendo coagidos a adotarem padrões constitucionais globais ou movidos por interesses econômicos nem sempre benéficos para a nação. Eles também podem estar imitando normas estrangeiras apenas por crenças difusas e ou por mero entusiasmo. Pior ainda, podem estar emulando normas por aculturação. Além de estarem passando por um possível processo de alienação, as constituições estão cada vez mais enganosas e impopulares, apesar de estarem se tornando, a cada dia, mais abrangentes e detalhistas. Em síntese, o que foi exposto ao longo do Capítulo I sugere que as constituições atuais não estão correspondendo à vontade popular, mas, sim, aos interesses estratégicos de elites políticas e grupos de interesses.

Embora nas últimas décadas os processos constituintes estejam se tornando cada vez mais participativos, é possível que a vontade do povo esteja sendo desconsiderada ou descartada. Ou seja, pode estar havendo participação, mas não verdadeira inclusão. Talvez esse seja um dos motivos de as constituições estarem durando tão pouco tempo, já que a durabilidade constitucional é diretamente proporcional ao nível de inclusão constitucional. Portanto, é possível que, apesar da participação popular, os processos constituintes estejam sendo facilmente capturados por elites políticas e grupos de interesses. Em outras palavras, a exigência de uma ampla participação popular no processo constituinte não resolve adequadamente o problema de uma participação sem poder. Mesmo um processo constituinte participativo pode ser exclusivo. É que, pode até não estar havendo uma exclusão externa, pois as pessoas podem estar sendo mantidas dentro do processo. A questão é saber se elas estão tendo a oportunidade efetiva de influenciar no processo ou se suas opiniões estão sendo ignoradas ou descartadas. Ou seja, não basta apenas a participação. É preciso que, na participação, ocorra o que a teoria democrática contemporânea tem chamado de inclusão interna nos processos de deliberação e decisão públicas, pelas razões expostas especialmente no Capítulo II.

Mas os processos constituintes de constituições definitivas nem sempre são o primeiro passo de um projeto constitucional. Muitas vezes, será preciso antes pavimentar o caminho e preparar seu terreno. Isso é especialmente necessário em cenários afetados por conflitos armados ou não, em contextos frágeis e pós-conflito, em transições de regimes autoritários ou construção de Estados após processos de independência. Também é necessário em ambientes pós-colonização, em sociedades profundamente divididas e em momentos de crise institucionais e econômicas nos quais as estruturas de governo e instituições pré-existentes se desintegraram ou estão desacreditadas, ou mesmo quando antigos partidos desapareceram ou foram demasiadamente enfraquecidos. Em todas essas situações, as condições para o processo constituinte geralmente precisam ser construídas.

Por essa razão, será necessária a adoção de algumas medidas voltadas, por exemplo, a um cessar-fogo, à neutralização do ambiente, integração de exércitos, controle de armas, troca de prisioneiros, desmobilização de atores não estatais e sua integração nas estruturas políticas e legais, resolução de impasses, conciliação, reconciliação, reassentamento de deslocados, retorno de exilados, negociações sobre punições e anistias, construção de confiança, acomodação de diferenças étnicas e partilha de poderes político, militar ou territorial. Somente a partir de medidas como essas será possível realizar um acordo constitucional sobre como o país será governado no futuro. Sendo assim, é importante considerar arranjos pré-constituintes, ou seja, acordos que, embora façam parte de um projeto constitucional, antecedem o processo constituinte propriamente dito e lhes são absolutamente importantes. É preciso, portanto, refletir sobre a inclusão interna ou externa nessas etapas antecedentes já que elas muitas vezes são determinantes para o processo constituinte e para o próprio conteúdo da constituição final, como se buscou demonstrar no Capítulo III. Do contrário, o povo, titular do poder constituinte, poderá se ver impedido de discutir temas e questões sob o argumento de que elas já foram decididas anteriormente por aqueles que não raras vezes não o representam.

Selecionar um procedimento particular pode ser importante por razões normativas ou estratégicas que são extremamente importantes no momento da elaboração e adoção de uma constituição. Dependendo das circunstâncias, a escolha de uma alternativa procedimental específica pode aumentar ou diminuir a legitimidade do processo e beneficiar ou prejudicar a participação de alguns atores. Também pode estabilizar ou comprometer um processo de democratização. Mas elaborar um desenho procedimental envolve escolhas de grandes complexidades. Há sempre argumentos contra e a favor das escolhas possíveis. Novamente, tudo vai depender do contexto e do que pode ocorrer ao longo do percurso, já que o processo constituinte, por mais que se possa tentar controlá-lo, pode ter sua mecânica alterada após

iniciado. Por essas razões, eles variam enormemente de um país para outro e ao longo do tempo. Isso torna impossível pensar em todos os detalhes possíveis ou mesmo antecipá-los. É, portanto, impossível traçar exaustivamente um desenho de processo constituinte de modo a torná-lo adequado a todos os contextos.

Ainda assim, é possível identificar uma série de componentes comuns que podem ser considerados como fundamentais ou necessários. É possível, portanto, focar no que chamamos de “dinâmicas governantes”, o que inclui as formas como o processo é iniciado, como deve ocorrer a preparação para a participação, os métodos e questões submetidas à consulta pública, a adoção de comissões especializadas e sua composição, a escolha e composição dos órgãos constituintes, os modos de deliberação e procedimentos de aprovação do projeto. São esses aspectos mínimos que foram considerados no Capítulo IV. Embora seja muito difícil identificar relações causais entre processo e resultados, certas escolhas procedimentais podem produzir resultados mais ou menos bem-sucedidos. Assim, a determinação dessas questões pode exercer forte influência no nível de inclusão e no resultado do processo em termos de sua legitimidade e conteúdo da Constituição produzida. Embora todos os processos constituintes sejam diferentes, há alguns aspectos e características em processos constituintes ocorridos nas últimas décadas que podem ser considerados como comuns, o que permite a comparação e, com isso, o aprendizado. A ideia central, então, é a seguinte: se há alternativas, então é possível discutir a correção das escolhas considerando a necessidade de maior inclusão em todas as fases do processo constituintes: arranjos pré-constituintes, preparação, convenção, debate e aprovação.

REFERÊNCIAS

- ANCKAR, Dag. Constitutional Referendums in the Countries of the World. *Journal of Politics and Law*, v. 7, n. 1, p. 12-22, 2014.
- ANDREWS, John. *Os Grandes Conflitos Mundiais*. Lisboa: Clube do Autor, 2016.
- ARATO, Andrew. *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*. Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers, 2000.
- _____. *Constitution Making Under Occupation: The Politics of Imposed Revolution in Iraq*. New York: Columbia University Press, 2009.
- _____. Interim Imposition. *Ethics & International Affairs*, v. 18, n. 3, p. 25-50, 2004.
- _____. Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, and Now What? *South African Journal on Human Rights*, v. 26, n. 1, p. 19-44, 2010.
- _____. Redeeming the Still Redeemable: Post Sovereign Constitution Making. *International Journal of Politics, Culture, and Society*, v. 22, n. 4, p. 427-443, 2009.
- _____. *The Adventures of the Constituent Power: Beyond Revolutions?* Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- ÁRNASON, Á. TH. A Review of the Icelandic Constitution: Popular Sovereignty or Political Confusion. *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, v. 1, p. 342-351, 2011.
- AUCOIN, Lous; BRANDT, Michele. East-Timor's Constitution Passage to Independence. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 245-274.
- BAER, Susanne et al. The Basic Law at 60 - Introduction to the Special Issue. *German Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 1-7, 2010.
- BAILYN, Bernard. *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1990.
- BANKS, Angela M. Challenging Political Boundaries in Post-Conflict States. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 29, n. 1, p. 105-168, 2014.
- _____. Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities. *William and Mary Law Review*, v. 49, n. 4, p. 1043-1069, 2008.
- BANNON, Alicia L. Designing a Constitution-Drafting Process: Lessons from Kenya. *The Yale Law Journal*, v. 1, p. 1824-1872, 2014.
- BANTING, Keith G.; SIMEON, Richard. *Redesigning the State: The Politics of Constitutional Change*. New York: Palgrave Macmillan, 1985, p. 18.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Vinte Anos da Constituição Brasileira: o Estado a que chegamos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (Coords.) *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 27-63.

BECK, Colin J.; DRORI, Gili S.; MEYER, John W. World Influences on Human Rights Language in Constitutions: A Cross-National Study. *International Sociology*, v. 27, n. 4, p. 483-501, 2012.

BELL, Christine. Introduction: Bargaining on Constitutions – Political Settlements and Constitutional State-Building. *Global Constitutionalism*, v. 6, n. 1, p. 13-32, 2017.

_____. *On the Law of Peace: Peace Agreements and the Lex Pacificatoria*. Oxford. Oxford University Press, 2008.

_____. Peace Agreements: Their Nature and Legal Status. *The American Journal of International Law*, v. 100, n. 2, p. 373-412, 2006.

_____. *What We Talk about When We Talk about Political Settlements*. Edinburgh: Political Settlements Research Programme, 2015.

BILLIAS, George Athan. *American Constitutionalism Heard Round the World, 1776-1989: A Global Perspective*. New York: New York University Press, 2009.

BISARYA, Sumit. Performance Constitutions: Transitional Provisions. In: GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz (Eds.). *Assessing Constitutional Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 203-232.

BLAUSTEIN, Albert P. Self-government for the Aboriginal Peoples of Canada: the Mi'kmaq Nation Starts Constitution-making. *International Journal on Group Rights*, v. 1, n. 3, p. 225-236, 1993.

BLOUNT, Justin; GINSBURG, Tom. Participation in Constitutional Design: Asian Exceptionalism. GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind. *Comparative Constitutional Law in Asia*. Cheltenham, UK Northampton: Edward Elgar, 2014, p. 23-46.

BOGAARDS, Mantthijs. How to Classify Hybrid Regimes? Defective Democracy and Electoral Authoritarianism. *Democratization*, v. 16, n. 2, p. 399-423, 2009.

BONINE-BLANK, Andrea. Constitution Making and Democratization: The Spanish Paradigm. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 417-433.

BRADY, Paul. Social, Political and Philosophical Foundations of the Irish Constitutional Order. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 269-294.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRANDT, Michele et al. *Constitution-Making and Reform: Options for the Process*. Geneva: Interpeace, 2010.

BRETT, Roddy; DELGADO, Antonio. *The Role of Constitution-Building Process in Democratization: Case Study Guatemala*. Estocolmo: IDEA, 2005.

BREWER-CARÍAS, Allan R. The 1999 Venezuelan Constitution-Making Process as an Instrument for Framing the Development of an Authoritarian Political Regime. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 505-553.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. *A Participação Popular na Constituinte de 1987-1998*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAREY, John M. Does It Matter How a Constitution Is Created? In: BARANY, Zoltan; MOSER, Robert G. *Is Democracy Exportable?* Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 155-177.

CARLSON, Scott N. The Drafting Process for the 1998 Albanian Constitution. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 311-331.

CAROTHERS, Thomas. The End of Transition Paradigm. *Journal of Democracy*, v. 13, n. 1, p. 5-21, 2002.

CARVALHO, Luiz M. *1988: Segredos da Constituinte*. Rio de Janeiro: Record, 2017.

CHEESEMAN, Nic. The Internal Dynamics of Power-Sharing in Africa. *Democratization*, v. 18, n. 2, p. 336-365, 2011.

CHOUDHRY, Sujit (Ed.). *The Migration of Constitutional Ideas*. New York: Cambridge University Press, 2005.

_____. Civil War, Ceasefire, Constitution: Some Preliminary Notes. *Cardozo Law Review*, v. 33, n. 5, p. 1907-1921, 2012.

_____. *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* Oxford: Oxford University Press, 2008.

COLE, David H. Poland's 1997 Constitution in Its Historical Context. *Saint Louis-Warsaw Trans-Atlantic law Journal*, p. 1-43, 1988. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1592&context=facpub>> . Acesso em: 4 jan. 2018.

COLE, William. *Political Settlements: Implications for International Development Policy and Practice*. San Francisco, CA: Asian Foundation, 2010.

COLLIER, David; LEVITSKY, Steven. Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research. *World Politics*, v. 49, n. 3, p. 430-451, 1997.

CÓLON-RÍOS, Joel. Notes on Democracy and Constitution-Making. *New Zealand Journal of Public and International Law*, v. 9, n. 1, p. 17-41, 2011.

COPE, Kevin L. South Sudan's Dualistic Constitution. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 295-321.

_____. The Intermestic Constitution: Lessons from the World's Newest Nation. *Virginia Journal of International Law*, v. 53, n. 3, p. 667-724, 2013.

COPPEDGE, Michael. Diffusion Is No Illusion. *Comparative Political Studies*, v. 39, n. 4, p. 463-489, 2006.

CORDER, Hugh. Towards a South African Constitution. *The Modern Law Review*, v. 57, n. 4, p. 491-533, 1994.

COTTRELL, Jill; GHAI, Yash (Eds.). *Creating a New Constitution: A Guide for Nepali Citizens*. Estocolmo: IDEA, 2008.

_____; _____. Between Coups: Constitution Making in Fiji. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 275-309.

_____; _____. Constitution Making and Democratization in Kenya (2000–2005). *Democratization*, v. 14, n. 1, p. 1-25, 2007.

CRAIG, Paul. Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 2, p. 57-86, 2017.

DE, Rohit. Constitution Antecedents. In: CHOUDHRY, Sujit; KHOSLA, Madhav; MEHTA, Pratap Bhanu (Eds.). *The Oxford Handbook of The Indian Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 17- 37.

DI JOHN, Jonathan; PUTZEL, James. *Political Settlements*. Birmingham: Governance and Social Development Resource Centre, 2009.

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Deciding not to Decide: Deferral in Constitutional Design. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 3-4, p. 636-672, 2011.

_____; POSNER, Eric. The Limits of Constitutional Convergence. *Chicago Journal of International Law*, v. 11, n. 2, p. 399-423, 2010; ELKINS, Zachary; SIMMONS, Beth. On Waves, Clusters, and Diffusion: A Conceptual Framework. *The Annals of the American Academy*, v. 598, p. 1-19, 2004.

DORF, Michael C. The Aspirational Constitution. *The George Washington Law Review*, v. 77, p. 1631-1672, 2009.

DRYZEK, John S. *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

EASTERDAY, Jennifer S. Peace Agreements as a Framework for *Jus Post Bellum*. In: STAHN, Carsten; EASTERDAY, Jennifer S.; IVERSON, Jens. *Jus Post Bellum: Mapping the Normative Foundations*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 379-415.

EBRAHIM, Hassen; MILLER, Laurel E. Creating the Birth Certificate of a New South Africa: Constitution Making After Apartheid. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 111-157.

EISENBERG, Avigail. When (if Ever) are Referendums on Minority Rights Fair? In: LAYCOCK, David. (Ed.). *Representation and Democratic Theory*. Vancouver: University of British Columbia Press, 2004, p. 3-22.

EISENSTADT, Todd; LEVAN, A. Carl; MABOUDI, Tofigh. *Constituents before Assembly: Participation, Deliberation, and Representation in the Crafting of New Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017

_____; _____. When Talk Trumps Text: The Democratizing Effects of Deliberation during Constitution-Making, 1974-2011. *American Political Science Review*, v. 109, n. 3, p. 592-612, ago. 2015.

ELKINS, Zachary et al. Constitute: The World's Constitutions to Read, Search, and Compare. *Journal of Web Semantics*, v. 27, p. 10-18, 2014.

_____ et al. The Content of Authoritarian Constitutions. In: GINSBURG, TOM; SIMPSON, Alberto (Ed.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 141-164.

_____; GINSBURG, Tom; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2009.

_____; _____. Time and Constitutional Efficacy. In: GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *Assessing Constitutional Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 233-267.

_____; _____. SIMMONS, Beth A. Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practice. *Harvard International Law Journal*, v. 54, n. 1, p. 61-95, 2013.

_____; SIMMONS, Beth. On Waves, Clusters, and Diffusion: A Conceptual Framework. *The Annals of the American Academy*, v. 598, p. 1-19, 2004.

_____; _____. On Waves, Clusters, and Diffusion: A Conceptual Framework. *The Annals of the American Academy*, v. 598, p. 1-19, 2004.

_____. Constitutional Networks. In: KAHLER, Miles (Ed.). *Networked Politics: Agency, Power, and Governance*. Ithaca: Cornell University Press, 2009, p. 43-64.

_____. Diffusion and the Constitutionalization of Europe. *Comparative Political Studies*, v. 43, n. 8-9, p. 969-999, 2010.

ELSTER, Jon, Legislatures as Constituent Assemblies. In: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi. *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 181-197.

_____. Arguing and Bargaining in Two Constituents Assemblies. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, v. 2, p. 345-421, 2000.

_____. Clearing and Strengthening the Channels of Constitution-Making. In: GINSBURG, Tom (Ed.). *Comparative Constitutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 15-30

_____. Constitution-Making in Eastern Europe: Rebuilding the Boat in the Open Sea. *Public Administration*, v. 71, n. 1-2, p. 169-217, 1993.

_____. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process. *Duke Law Journal*, v. 45, n. 2, p. 364-396, 1995.

_____. Introduction. In: _____. *Deliberative Democracy*. 9. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 1 e ss.

_____. *Securities Against Misrule: Juries, Assemblies, Elections*. New York: Cambridge University Press, 2013.

_____. *Solomonic Judgements: Studies in the Limitations of Rationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

_____. *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

_____. Ways of Constitution Making. In: HADENIUS, Axel (Ed.). *Democracy's Victory and Crisis*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 123-142.

FELDMAN, Noah. Imposed Constitutionalism. *Connecticut Law Review*, v. 37, p. 857-890, 2005.

FISHKIN, James S. *When the People Speak: Deliberative Democracy & Public Consultation*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 45.

FLORIDIA, Antonio. Participatory Democracy versus Deliberative Democracy: Elements for a Possible Theoretical Genealogy. Two Histories, Some Intersections. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, v. 3, p. 299-326, 2014.

FOX, Donald T. GALLÓN-GIRALDO, Gustavo; STETSON, Anne. Lessons of the Colombian Constitutional Reform of 1991: Toward the Securing of Peace and Reconciliation? In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 467-482.

FRANCK, Thomas M.; THIRUVENGADAM, Arun K. Norms of International Law Relating to the Constitution-Making Process. In: MILLER, Laurel E. (Org.). *Framing the State in Times of Transition*. Washington, DC: U.S Institute of Peace Press, 2010, p. 3-19.

FRIEDRICH, Carl J. Rebuilding German Constitution, I. *The American Political Science Review*, v. 43, n. 3, p. 461-482, 1949.

FRUHSTORFER, Ann; HEIN, Michael (Eds.). *Constitutional Politics in Central and Eastern Europe: From Post-Socialist Transition to Reform of Political Systems*. Wiesbaden: Springer, 2016.

FÜLSCHER-ZULUETA, Kimana; BELL, Christine Bell. *Sequencing Peace Agreements and Constitutions in the Political Settlement Process*. Estocolmo: IDEA, 2016.

GALLIGAN, Denis J; VERSTEEG, Mila. *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015.

_____. The People, the Constitution, and the Idea of Representation. In: _____; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 134-156.

_____; VERSTEEG, Mila. Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions. In: _____; _____ (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 3-48.

GARGARELLA, Roberto. When is a Constitution Doing Well? The Alberdian Test in the Americas. In: GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *Assessing Constitutional Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 99-133.

GATHII, James Thuo. Assessing the Constitution of Kenya 2010 Five Years Later. In: GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz (Eds.). *Assessing Constitutional Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 337-364.

GHAI, Yash; GALLI, Guido. Constitution Building Processes and Democratization. *IDEA*, 2006.

_____. Constitutions and Constitutionalism: The Fate of the 2010 Constitution. In: MURUNGA, Godwin R.; OKELLO, Duncan; SJÖGREN, Anders (Eds.). *Kenya: The Struggle for a New Constitutional Order*. London: Nordiska Afrikainstitutet, 2014, p. 119-143.

_____. The Role of Constituent Assemblies in Constitution Making. *IDEA*, p. 1-36, 1989. Disponível em: <http://www.constitutionnet.org/sites/default/files/2017-08/the_role_of_constituent_assemblies_-_final_yg_-_200606.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2018.

GILBERT, Leah; MOHSENI, Payam. Beyond Authoritarianism: The Conceptualization of Hybrid Regimes. *Studies in Comparative International Development*, v. 46, p. 2070-2097, 2011.

GINSBURG, Tom; BLOUNT, Justin; ELKINS, Zachary. The Citizen as Founder: Public Participation. *Temple Law Review*, v. 81, n. 2, p. 361-382, 2008.

_____; CHERNYKH, Svitlana; ELKINS, Zachary. Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law. *University of Illinois Law Review*, v. 2008, n. 1, p. 201-237, 2014.

_____; ELKINS, Zachary; BLOUNT, Justin. Does the Process of Constitution-Making Matter? *Annual Review of Law and Social Science*, v. 5, n. 1, p. 201-223, 2009.

_____; FOTI, Nick; ROCKMORE, Daniel. "We the Peoples": The Global Origins of Constitutional Preambles. *The George Washington International Law Review*, v. 46, p. 101-135, 2014.

_____; SIMPSON, Alberto. *Constitutions in Authoritarian Regimes*. New York: Cambridge University Press, 2014.

_____. Constitutional Advice and Transnational Legal Order. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 2, p. 5-32, 2017.

_____. Constitutional Specificity, Unwritten Understandings and Constitutional Agreement. In: SAJÓ, András; UITZ, Renaita (Eds.). *Constitutional Topography: Values and Constitutions*. The Hague: Eleven International Publishing, 2010, p. 69-94.

_____. Constitutions as Contract, Constitutions as Charters. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 182-204.

_____. How to Study Constitution-Making: Hirschl, Elster, and the Seventh Inning Problem. *Boston University Law Review*, v. 96, p. 1347-1358, 2016.

_____. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GLOPPEN, Siri. *South Africa: The Battle over the Constitution*. Brookfield: Ashgate, 2007.

GO, Julian. A Globalizing Constitutionalism? Views from the Postcolony, 1945-2000. *International Sociology*, v. 18, n. 1, p. 71-95, mar. 2003.

GODERIS, Benedikt; VERSTEEG, Mila. Transnational Constitutionalism: A Conceptual Framework. In: GALLIGAN, Dennis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 103-133.

GONÇALVES PEREIRA, Jane Reis. A Iniciativa Popular no Sistema Constitucional Brasileiro: Fundamentos Teóricos, Configurações e Propostas de Mudança. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1707-1756.

_____. O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais: Entre Fraquezas e Possibilidades. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 29, 2016, p. 127-157.

_____. *Um Constitucionalismo Oportunista*. <https://estadodedireitos.com/2017/04/01/um-constitucionalismo-oportunista/> Acesso em 15.12.2017

GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law. *Duke Law Journal*, v. 54, n. 3, p. 621-703, 2004.

GRABER, Mark A. The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary. *Studies in American Political Development*, v. 7, p. 35-73, 1993.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

GUTTIERI, Karen; PIOMBO, Jessica. *Interim Governments: Institutional Bridges to Peace and Democracy?* Washington: USIP, 2007.

HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory. Transnational Legal Orders. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 2, n. 1, p. 773-802, 2017.

HALMAI, Gábor. The Reform of Constitutional Law in Hungary after Transition. *Legal Studies*, v. 18, n. 1, p. 188-196, 1998.

HAMMONS, Christopher W. Was James Madison Wrong? Rethinking the American Preference for Short, Framework-Oriented Constitutions. *The American Political Science Review*, v. 93, n. 4, p. 837-849, 1999.

HARDIN, Russel. Why a Constitution? In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 51-72.

HART, Vivien. Constitution Making and the Right to Take Part in a Public Affair. In: MILLER, Laurel E. (Org.). *Framing the State in Times of Transition*. Washington, DC: U.S Institute of Peace Press, 2010, p. 20-54.

_____. Democratic Constitution Making. *United States Institute of Peace Press*, p. 1-12, 2003. Disponível em: <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/DemocraticConstitutionMaking_USIP2003.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. *Democratic Constitution Making*. Washington, DC: United States Institute of Peace Press, 2003.

HESSEBON, Gedion T. The Fourth Constitution-Making Wave of Africa: Constitutions 4.0? *Temple International & Comparative Law Journal*, v. 28, n. 2, p. 185-214, 2014.

HILMER, Jeffrey D. The State of Participatory Democratic Theory. *New Political Science*, v. 32, n. 1, p. 43-63, 2010.

HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

_____. The “Comparative” in Comparative Constitutional Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 64, p. 209-217, 2016.

_____. The Strategic Foundations of Constitutions. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 157-181.

HOLZAPFEL, Philip Barrett. *Yemen’s Transition Process: Between Fragmentation and Transformation*. Washington: USIP, 2014.

HOROWITZ, Donald L. Conciliatory Institutions and Constitutional Processes in Post-Conflict States. *William and Mary Law Review*, v. 49, n. 4, p. 1213-1248, 2008.

HUNTINGTON, Samuel P. *The Third Wave: Democratization in the Last Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma, 1991.

IGNATIEFF, Michael (Ed.). *American Exceptionalism and Human Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

INGRAM, Sue. *Political Settlements: The History of an Idea in Policy and Theory*. Canberra: State Society and Governance in Melanesia Discussion Paper, 2014.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. *Constitution Building After Conflict: External Support to a Sovereign Process*. Estocolmo: IDEA, 2011.

_____. *Interim Constitution in Post-Conflict Settings*. Discussion Report. Estocolmo: IDEA, 2011.

_____. *Nepal’s Constitution Building Process: 2006-2015*. Estocolmo: IDEA, 2015.

JACKSON, Vicki C. What’s in a Name? Reflections on Timing, Naming, and Constitution-Making. *William and Mary Law Review*, v. 49, n. 4, p. 1249-1305, 2008.

JACOBSON, Gary Jeffrey. *Constitutional Identity*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2010.

KIMENYI, Mwangi S.; SHUGHART, William F. The Political Economy of Constitutional Choice: A Study of the 2005 Kenyan Constitutional Referendum. *Constitutional Political Economy*, v. 21, n. 1, p. 1-27, 2010.

KING, Jeff. Constitutions as Mission Statements. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 73-102.

KLEIN, Claude; SAJÓ, András. Constitution-Making: Process and Substance. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.) *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 419-441.

KLUG, Heinz. *Constituting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

_____. Model and Anti-model: The United States Constitution and "Rise of World Constitutionalism". *Wisconsin Law Review*, v. 2000, n. 3, p. 597-616, 2000.

_____. Participating in the Design: Constitution-Making in South Africa. *Review of Constitutional Studies*, v. 3, n. 1, p. 18-59, 1996.

_____. *The Constitution of South Africa: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

KRISTJÁNSSO, Svanur. Iceland: A Parliamentary Democracy with a Semi-Presidential Constitution. In: STRØM, Kaare; MÜLLER, Wolfgang C.; BERGMAN, Torbjörn. *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 399-417.

LAIBUTA, Mugambi. *The African Union and Kenya's Constitution-Building Process*. Estocolmo: IDEA, 2014.

LANDAU, David. Constitution-Making Gone Wrong. *Alabama Law Review*, v. 64, n. 5, p. 923-980, 2013.

_____. The Importance of Constitution-Making. *Denver University Law Review*, v. 89, n. 3, p. 611-633, 2012.

LANDEMORE, Hélène. Deliberation, Cognitive Diversity, and Democratic Inclusiveness: An Epistemic Argument for the Random Selection of Representatives. *Synthese*, v. 190, n. 7, p. 1209-1231, mai. 2013.

_____. Inclusive Constitution-Making: The Icelandic Experiment. *Journal of Political Philosophy*, v. 23, n. 2, p. 166-191., 2015.

_____. What is a Good Constitution? Assessing the Constitutional Proposal in the Icelandic Experiment. In: GINSBURG, TOM; HUQ, Aziz (Eds.). *Assessing Constitutional Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 71-98.

LAW, David S. Constitutions. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert (Eds.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 375-397.

_____. Generic Constitutional Law. *Minnesota Law Review*, v. 89, p. 652-742, 2004-2005.

LAW, David S. Globalization and the Future of Constitutional Rights. *Northwestern University Law Review*, v. 102, n. 3, p. 1278-1350, 2008.

LAW, David S. The Myth of the Imposed Constitution. In: GALLIGAN, Dennis J.; VERSTEEG, Mila. *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 239-268.

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. Constitutional Variation among Strains of Authoritarianism. In: GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto (Eds.). *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 165-197.

_____; _____. Sham Constitutions. *California Law Review*, v. 101, n. 4, p. 863-952, 2013.

_____; _____. The Declining Influence of the United States Constitution. *The New York University Law Review*, v. 87, n. 11, p. 762-858, 2012.

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism. *California Law Review*, v. 99, n. 5, p. 1163-1258, 2011.

LEDUC, Lawrence. Referendums and Deliberative democracy. *Electoral Studies*, v. 38, p. 139-148, 2015.

LERNER, Hanna. *Constitution-writing in Deeply Divided Societies: The Incrementalist Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after Cold War*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

LINOS, Katerina. Diffusion through Democracy. *American Journal of Political Science*, v. 55, n. 3, p. 678-695, 2011.

LIST, Christian. Collective Wisdom: Lesson from the Theory of Judgement. In: LANDEMORE, Hélène; ELSTER, Jon (Eds.). *Collective Wisdom: Principles and Mechanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 203-229.

LUDSIN, Hallie. Peacemaking and Constitution-Drafting: A Dysfunctional Marriage. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 33, n. 1, p. 239-311, 2011.

LUTZ, Donald S. *Principles of Constitutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

MACPHERSON, C. B. *The Life and Times of Liberal Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 1977.

MAGOLOWONDO, Augustine; VLIET, M. van; WAHIU, W. *Constitutional Reform Processes and Political Parties: Principles for Practice*. Estocolmo: NIMD/ IDEA/ ASC, 2012.

MARKOVITS, Inga. Constitution Making After National Catastrophes: Germany in 1949 and 1990. *William & Mary Law Review*, v. 49, n. 4, p. 1307-1346, 2008.

MARKS, Stephen P. The Process of Creating a New Constitution in Cambodia. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 207-244.

MEUWESE, Anne. Popular Constitution-Making: The Case of Iceland. In: VERSTEEG, Mila. *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 469-496.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *Ditadura e Responsabilização: Elementos para uma Justiça de Transição no Brasil*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MILLER, Laurel E. (Ed.). *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010.

_____. Designing Constitution_Making Process: Lessons from Past, Question for the Future. In: _____ (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 601-665.

MOEHLER, Devra C. *Distrusting Democrats Outcomes of Participatory Constitution-Making*. Aldershot: University Michigan Press, 2008.

_____. Participation and Support for the Constitution in Uganda. *Journal of Modern African Studies*, v. 44, n. 2, p. 275-308, 2006.

MONTENEGRO, Alvaro A. Constitutional Design and Economic Performance. *Constitutional Political Economy*, v. 6, n. 2, p. 161-169, 1995.

MORLINO, Leonardo. Are There Hybrid Regimes? Or Are They Just an Optical Illusion? *European Political Science Review*, v. 1, n. 2, p. 273-269, 2009.

MURPHY, Walter F. *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2007.

MURRAY, Christina. A Constitutional Beginning: Making South Africa's Final Constitution. *University of Arkansas Law Review*, v. 23, n. 3, p. 809-838, 2000.

_____. Kenya's 2010 Constitution. *Jahrbuch des Offentlichen Rechts*, v. 61, p. 1-43, 2013.

MURUNGA, Godwin R.; OKELLO, Duncan; SJÖGREN, Anders. *Kenya: The Struggle for a New Constitutional Order*. London: Nordiska Afrikainstitutet, 2014.

_____; _____; _____. Towards a New Constitutional Order in Kenya: An Introduction. In: _____; _____; _____ (Eds.). *Kenya: The Struggle for a New Constitutional Order*. London: Nordiska Afrikainstitutet, 2014, p. 1-16

NAVOT, Suzie. *The Constitution of Israel: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

NDEGWA, Stephen et al. (Eds.). *History of Constitution Making in Kenya*. Online: Media Development Association & Konrad Adenauer Foundation, 2012.

NDULO, Muna. Zimbabwe's Unfulfilled Struggle for a Legitimate Constitutional Order. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 176-203.

NEGRETTO, Gabriel L. Constitution Making and Constitutionalism in Latin America: The Role of Procedural Rules. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Eds.). *Comparative Constitutional Law in Latin America*. Northampton: Edward Elgar, 2017, p. 17-56.

_____. *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

_____. Replacing and Amending Constitutions: The Logic of Constitutional Change in Latin America. *Law and Society Review*, v. 46, n. 4, p. 749-779, 2012.

NEGRETTO, Gabriel. *Making Constitutions: Presidents, Parties and Institutional Choice in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2013.

NEWMAN, Edward. The International Architecture of Peacebuilding. In: GINTY, Roger Mac (Org.) *Routledge Handbook Peacebuilding*. New York: Routledge, 2013, p. 311-324.

O'BRIEN, Derek. *The Constitutional Systems of the Commonwealth Caribbean: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

O'BRIEN, James. The Dayton Constitution of Bosnia and Herzegovina. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 332-549.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *From Power Struggles to Sustainable Peace: Understanding Political Settlements*. Paris: OECD, 2011.

OSIATYNSKI, Wiktor. Paradoxes of Constitutional Borrowing. *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 2, p. 244-268, 2003.

PARAU, Christina E. Romania's Transnational Constitutional: A Traditional of Elite Learning and Self-Empowerment. In: GALLIGAN, Denis J; VERSTEEG, Mila. *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 497-531.

PARKINSON, Charles. *Bills of Rights and Decolonization: The Emergence of Domestic Human Rights Instruments in Britain's Overseas Territories*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

PARTLETT, William. The Dangers of Popular Constitution-Making. *Brooklin Journal of International Law*, v. 38, n. 1, p. 193-238, 2013.

_____. The Elite Threat to Constitutional Transitions, p. 414. *Virginia Journal of International Law*, v. 56, n. 2, p. 407-458, 2016.

PATEMAN, Carole. *Participation and Democratic Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1970.

PEERCY, Chavanne. *Local Leadership in Democratic Transition: Competing Paradigms in International Peacebuilding*. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

PERJU, Vlad. Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Ed.). *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1204-1327.

POSNER, Eric A; SUNSTEIN, Cass R. The Law of Others. *Stanford Law Review*, v. 59, p. 131-180, 2006.

QUINT, Peter E. The Constitutional Law of German Unification. *Maryland Law Review*, v. 50, n. 3, p. 475-631, 1991.

QVORTUP, Matt. Introduction: Theory, Practice and History. In: _____ (Ed.). *Referendums around the World*. Coventry: Palgrave Macmillan, 2018.

_____. *Referendums around the World*. Coventry: Palgrave Macmillan, 2018.

RICHMOND, Oliver. The Problem of Peace: Understanding the 'Liberal Peace'. *Conflict, Security & Development*, v. 6, n. 3, p. 291-314, 2006.

RODRIGUES, Charmaine. Letting off Steam: Interim Constitutions as a Safety Valve to the Pressure-cooker of Transitions in Conflict-affected States? *Global Constitutionalism*, v. 6, n. 1, p. 33-62, 2017.

ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ROSENN, Keith S. Brazil's New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society. *American Journal of Comparative Law*, v. 38, p. 773-802, 1990.

_____. Conflict Resolution and Constitutionalism: The Making of Brazilian Constitution of 1988. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 435-466.

SAATI, Abrak. Participatory Constitution-Making as a Transnational Legal Norm: Why Does It "Stick" in Some Contexts and Not in Others? *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 2, n. 1, p. 113-136, 2017.

_____. *The Participation Myth: Outcomes of Participatory Constitution Building Process on Democracy*. Ann Arbor: University Michigan Press, 2015.

SAMUELS, Kirsti. Post-Conflict Peace-Building and Constitution-Making. *Chicago Journal of International Law*, v. 6, n. 2, p. 663-682, 2006.

_____. Constitution Building Processes and Democratization: A Discussion of Twelve Case Studies. *IDEA*, p. 1-48. Disponível em: <<https://www.agora-parl.org/sites/default/files/Constitution%20Building%20Processes%20and%20Democratization%20a%20Discussion%20of%20Twelve%20Case%20Studies.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2018.

SAPIANO, Jenna. *Constitution-Building in Political Settlement Process: The Quest for Inclusion*. Estocolmo: IDEA, 2015.

SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, 1999, p. 19-34.

_____. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. *Revista de Direito do Estado*, v. 2, p. 83-118, 2006.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SARTORI, Giovanni. *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*. New York: New York University Press, 1997.

SAUDERS, Cheryl. *The Constitution of Australia: A Contextual Analysis*. Portland: Hart Publishing, 2011.

_____. The Impact of Internationalisation on National Constitutions. In: CHEN, Albert H. *Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-First Century*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 391-415.

SCHNEIER, Edward. *Crafting Constitutional Democracies: The Politics of Institutional Design*. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2006.

SELASSIE, Bereket H. Constitution Making in Eritrea: A Process-Driven Approach. In: MILLER, Laurel E. (Org.). *Framing the State in Times of Transition*. Washington, DC: U.S Institute of Peace Press, 2010, p. 57-80.

SELASSIE, Bereket Habte. Constitution Making in Eritrea: A Process-Driven Approach. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 57-80.

SHAPIRO, Martin; STONE-SWEET, Alec. *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SHINAR, Adam. Accidental Constitutionalism: The Political Foundations and Implications of Constitution-Making in Israel. In: GALLIGAN, Dennis J.; VERSTEEG, Mila (Eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 207-238.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

SMITH, Eivind. Give and Take: Cross-Fertilisation of Concepts in Constitutional Law. In: BEATSON, Jack; TRIDIMAS, Takis (Eds.). *New Directions in European Public Law*. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 101-124.

SORENS, Jason. Arab Spring Constitution-Making: Polarization, Exclusion, and Constraints. *Democratization*, v. 23, n. 7, p. 1292-1312, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STEINER, Jürg. *The Foundations of Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

TAMANAH, Brian Z. Battle between Law and Society in Micronesia. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press, 2013, p. 584-610.

THEIR, J. Alexander. Big Tent, Small Tent: The Making of a Constitution in Afghanistan. In: MILLER, Laurel E. (Ed.) *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 535-562.

TIERNEY, Stephen. *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TRIPP, Aili Mari. The Politics of Constitution Making in Uganda. In: MILLER, Laurel E. (Ed.). *Framing the State in Times of Transition: Cases Studies in Constitution Making*. Washington: USIP, 2010, p. 158-175.

TULLY, James. *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

TUSHNET, Mark V. The Possibilities of Comparative Constitutional Law. *Yale Law Journal*, v. 108, n. 6, p. 1225-1309, 1999.

_____. *Advance Introduction to Comparative Constitutional Law*. Edward Elgar: Cheltenham, 2014.

_____. Some Skepticism about Normative Constitutional Advice. *William and Mary Law Review*, v. 49, n. 4, p. 1473-1495, mar. 2008.

_____. *The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

_____. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 49, p. 896-1006, 2009.

VAROL, Ozan O. Temporary Constitutions. *California Law Review*, v. 102, p. 409-464, 2014.

VERSTEEG, Mila. Unpopular Constitutionalism. *Indiana Law Journal*, v. 89, n. 3, p. 1133-1190, 2014.

VOIGT, Stefan. Constitutional Political Economy: Analyzing Formal Institutions at the Most Elementary Level. In: BROSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel. *New Institutional Economics: A Guide Book*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 363-388.

_____. Explaining Constitutional Garrulity. *International Review of Law and Economics*, v. 29, n. 4, p. 290-303, 2009.

_____. The Consequences of Popular Participation in Constitutional Choice - Towards a Comparative Analysis. In: AAKEN, Anne Van; LIST, Christian; LUTGE, Christoph. (Eds.). *Deliberation and Decision: Economics, Constitutional Theory and Deliberative Democracy*. Aldershot: Routledge, 2004, p. 199-229.

WALLIS, Joanne *Constitution Making during State Building*. New York: Cambridge University Press, 2014.

WAMAI, E. Neoki. Mediating Kenya's Post-Election Violence: From Peace-Making to a Constitutional Moment. In: MURUNGA, Godwin R.; OKELLO, Duncan; SJÖGREN, Anders. *Kenya: The Struggle for a New Constitutional Order*. London: Nordiska Afrikainstitutet 2014, p. 66-78.

WEBBER, Jeremy. *The Constitution of Canada: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart Publishing, 2015.

WEINRIB, Lorraine E. The Postwar Paradigm and American Exceptionalism. In: CHOUDHRY, Sujit. *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 84-111.

WHEATLEY, Jonathan; MENDEZ, Fernando. *Patterns of Constitutional Design: The Role of Citizens and Elites in Constitution-Making*. Aldershot: Routledge, 2013.

WIDNER, Jennifer. Constitution Writing and Conflict Resolution. *The Round Table*, v. 94, p. 503-518, 2005.

_____. Constitution Writing in Post-Conflict Settings: An Overview. *William and Mary Law Review*, v. 49, p. 1513-1537, 2008.

_____. Proceedings. *Princeton Workshop on Constitution Building May 2007*, 2007, p. 1-49.

WIECHERS, Marinus. Namibia's Long Walk to Freedom: The Role of Constitution Making in the Creation of an Independent Namibia. In: MILLER, Laurel E. (Org.). *Framing the State in Times of Transition*. Washington, DC: U.S Institute of Peace Press, 2010, p. 81-110.

WILLIAMS, Damian. Nepali Constitution-Making After the Revolution. *Constellations*, v. 22, n. 2, 2015, p. 246-254.

WING, Susanna D. *Constructing Democracy in Transitioning Societies of Africa: Constitutionalism and Deliberation in Mali*. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

WISE, Edward M. The Transplant of Legal Patterns. *The American Journal of Comparative Law*, v. 38, 1990, p. 1-22.

YOUNG, Iris M. *Inclusion and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

ZULUETA-FÜLSCHER, Kimana. *Interim Constitutions: Peacekeeping and Democracy-Building Tools*. Stockholm: IDEA, 2015.