



# O perfil das Constituições contemporâneas<sup>1</sup>

*The profile of contemporary constitutions*

**Alonso Freire<sup>2</sup>**

Instituto de Direito Público (Brasília, DF, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6154-0161>

E-mail: [alonso.freire@idp.edu.br](mailto:alonso.freire@idp.edu.br)

## Resumo

Este artigo analisa o perfil das Constituições contemporâneas. Busca investigar por que as Constituições contemporâneas têm sido chamadas de “Constituições transnacionais”. Seu propósito é oferecer uma resposta a essa questão por meio de resultados de vários importantes estudos empíricos realizados nos últimos anos, correlacionando esses achados com o processo constituinte participativo. Em outras palavras, investiga a relação entre o conteúdo das Constituições e a vontade popular. Conclui que 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, conclui também ser necessária uma reflexão sobre como realmente deve ser um processo constituinte participativo, a começar pela própria ideia de participação.

## Palavras-Chave

Constituições contemporâneas; processo constituinte; participação pública.

## Sumário

1. Introdução. 2. O conteúdo das Constituições. 2.1. A orfandade constitucional. 2.2. O progressivo processo de isomorfismo constitucional. 2.3. Possíveis fatores de difusão de padrões constitucionais. 2.4. Constitucionalismo enganoso. 2.5. O

---

<sup>1</sup> FREIRE, Alonso. O perfil das Constituições contemporâneas. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 343-403, jan./jun. 2021.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Público pela UERJ com intercâmbio na Yale Law School. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor de Direito Constitucional do IDP (Brasília). Ex-assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Advogado. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/8758005370875001>.

constitucionalismo impopular. 3. A longevidade constitucional. 4. O processo constituinte como empreendimento realista-estratégico. 5. O risco de captura do processo constituinte. 6. Conclusão.

## Abstract

This paper analyzes the profile of contemporary constitutions. It seeks to investigate why contemporary constitutions have been called “transnational constitutions”. Its purpose is to provide an answer to this question through the results of several important empirical studies carried out in recent years, correlating these findings with the participatory constitution making. In other words, it investigates the relationship between the content of the constitutions and the popular will. It concludes that political capture greatly increases the risk that the outcome of the constituent process, however participative it may have been, is quite disappointing and disappointing, with alienated, sham, unpopular, long-winded and long-lasting constitutions. For this reason, it also concludes that a reflection on what a participatory constitution making really should be, starting with the very idea of participation.

## Keywords

Contemporary constitutions; Constitution Making; Public Participation.

## Contents

1. Introduction. 2. The Content of the Constitutions. 2.1. Constitutional Orphanhood. 2.2. The Progressive Process of Constitutional Isomorphism. 2.3. Possible factors for the diffusion of constitutional patterns. 2.4. Sham Constitutionalism. 2.5. Unpopular Constitutionalism. 3. Constitutional Longevity. 4. The Constitution Making as a Realistic-Strategic Enterprise. 5. The Risk of Capturing the Constitution Making. 6. Conclusion.

## 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 (TUSHNET, 2009). 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 artigo 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 artigo é oferecer evidências empíricas, optou-se por não trabalhar, pelo menos não direta e profundamente, com teóricos da Constituição.

O objetivo geral deste artigo 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? 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.

## 2. O conteúdo das Constituições

### 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 eram velhas conhecidas na Inglaterra e defendidas por pensadores europeus (TUSHNET, 2009). Embora não completamente original, a Constituição americana talvez tenha sido a lei fundamental mais influente até o presente momento na história do constitucionalismo moderno.<sup>3</sup> Ao longo dos seus mais de

<sup>3</sup>Para uma trajetória do constitucionalismo, cf. Sarmento (1999, p. 19-34).

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 18.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

No século 19, muitas nações seguiram a tendência de imitação da Constituição americana.<sup>6</sup> 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 (ELKINS, 2010, p. 978). Mas poucas nações ao redor do mundo imitaram mais aquele documento do que as da América Latina (BILLIS, 2009, p. 105 et seq.). “Reza a lenda”, conta Zachary Elkins (2009, p. 43), “[...] que algumas Constituições latino-americanas do século 19 compartilhavam não apenas as mesmas disposições, mas também os mesmos erros tipográficos”. 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.<sup>7</sup> Houve, no entanto, uma diminuição constante e gradual da similaridade geral com o documento constitucional dos Estados Unidos, a partir e ao longo do século 20, com uma queda acentuada após a Segunda Guerra Mundial, quando, então, as Constituições latino-americanas se afastaram 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.<sup>8</sup> Embora essa evolução possa ter ocorrido em vários temas constitucionais, ela foi mais evidente nos direitos fundamentais.

<sup>4</sup> Cf., especialmente, Billis (2009).

<sup>5</sup> Cf., *idem*, p. 65 et seq.

<sup>6</sup> Isso não significa que a Constituição dos Estados Unidos era uma unanimidade entre os constituintes do século 19. 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 (2015, p. 497-531).

<sup>7</sup> 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 inúmeras vezes, continuam prevendo essa forma de composição (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 26-27).

<sup>8</sup> Cf. Negretto (2013).

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.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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 (WEINRIB, 2006, p. 84).

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 (LAW; VERSTEEG, 2012, p. 781), 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 constitucionalidade. Embora essas ideias iniciais continuem sendo relevantes (KLUG, 2000, p. 599), novos desenhos institucionais e constitucionais foram elaborados a partir do surgimento dos estudos de engenharia constitucional nas décadas de 1960 e 1970,<sup>11</sup> um campo que revigorou o direito constitucional comparado (HIRSCHL, 2015, p. 151 et seq.). Hoje, há inúmeras opções de desenhos constitucionais e institucionais à disposição de atuais e futuros constituintes.<sup>12</sup>

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

<sup>9</sup> 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 Segunda 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; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 27).

<sup>10</sup> Cf. Law; Versteeg (2011, p. 1200-1201).

<sup>11</sup> Cf., especialmente, Murphy (2007); Sartory (1997); e Schneier (2006).

<sup>12</sup> Cf. Rosenfeld; Sajó (2012); Tushnet (2014).

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 (LAW; VERSTEEG, 2012, p. 781). 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 (OSIATYNSKI, 2003, p. 250-251). 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.<sup>13</sup>

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 (LAW; VERSTEEG, 2011). Em quarto lugar, a Constituição americana, além de ser muito antiga, é especialmente difícil de ser reformada, o que

<sup>13</sup> 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 (LAW; VERSTEEG, 2012, p. 783).

faz com que sua atualização fique praticamente a cargo dos tribunais, especialmente da Suprema Corte, cujas respostas às questões que surgem na sociedade dependem 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.<sup>14</sup>

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.<sup>15</sup> 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 *commom 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, África do Sul ou Índia, como se poderia esperar, já que tais Constituições são bastante festejadas, pelo menos por alguns constitucionalistas atuais.<sup>16</sup> De fato, ao contrário da Constituição americana, a Carta canadense tem sido frequentemente descrita como mais consistente com os padrões e as práticas constitucionais prevalentes (LAW; VERSTEEG, 2012, p. 810). 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” (LAW; VERSTEEG, 2012, p. 851). 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

<sup>14</sup> Cf, especialmente, Ignatieff (2005).

<sup>15</sup> Cf., exemplo, Elkins (2010).

<sup>16</sup> 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” (KLUG, 2000, p. 10).

problemático.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup> Evidentemente, essa Constituição deve evitar os aspectos negativos a seguir identificados.

## 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 (LAW; VERSTEEG, 2011). O primeiro deles é formado por Constituições *libertárias*. Essas 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

<sup>17</sup> Cf. Choudhry (2006).

<sup>18</sup> Portanto, adoto aqui, parcialmente, as ideias de Juan Bautista Alberdi. Cf., a respeito, Gargarella (2016, p. 99-133).

Caribe, que herdaram disposições de direitos modeladas pelos britânicos com base na Convenção Europeia de Direitos Humanos (O'BRIEN, 2014). 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, 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 (HUNTINGTON, 1991). 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 (LAW; VERSTEEG, 2011, p. 1.229).

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 (ELKINS, 2010). 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 países, fazendo com que essas “ideias constitucionais” migrem livremente pelo globo.<sup>19</sup> 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” (LAW; VERSTEEG, 2011, p. 1199). 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. Entre eles, destacam-se 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 (LAW, 2004-2005).

<sup>19</sup> Cf., entre outros, Choudhry (2006); Perju (2012, p. 1204-1327); e Wise (1990, p. 1-22).

Há, de fato, uma linguagem comum entre a maioria das Constituições, e isso talvez tenha relação com um processo de “fertilização constitucional cruzada”<sup>20</sup> que vem se acentuando ao longo das últimas décadas (HIRSCHL, 2014). 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 (WEBBER, 2015). Da mesma forma, os projetos de Constituições da Europa Central e Oriental refletem empréstimos significativos de textos antigos e bem conhecidos dos constitucionalistas.<sup>21</sup> As Constituições da África do Sul (KLUG, 2010) e Israel (NAVOT, 2014, p. 4 et seq.), por sua vez, se baseiam também nesses mesmos documentos internacionais. Já a Constituição japonesa, que alguns consideram imposta, é influenciada pelo direito constitucional americano (LAW, 2013). A Constituição da Índia carrega marcas britânicas e americanas (DE, 2016). Os constituintes australianos também tomaram de empréstimo muitos detalhes da Constituição norte-americana (SAUDERS, 2011). 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 (PARKINSON, 2007). 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 (MEUWESE, 2013).

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 (BECK; DRORI; MEYER, 2012). Esses tratados são frequentemente incorporados ao direito interno, de forma implícita ou explícita (GINSBURG; CHERNYKH; ELKINS, 2014). A crescente homogeneidade das Constituições parece, em parte, ocorrer em função da disponibilidade de um crescente número de normas internacionais. Além disso, como observam Zachary Elkins, Tom Ginsburg e Beth Simmons (2013, p. 66), “[...] a convergência é um produto da relação recíproca entre Constituições e tratados, uma vez que os dois níveis constroem mutuamente modelos de direitos”. Por exemplo, os direitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem refletiram muitas normas já estabelecidas em Constituições nacionais, particularmente de nações ocidentais. E

<sup>20</sup>Veja-se, por exemplo, Slaughter (2004, p. 69); Smith (1998, p. 101-124).

<sup>21</sup>Cf. Fruhstorfer; Hein (2016).

o fato de os tratados incluírem alguns direitos e excluírem outros sugere que alguns são mais importantes que outros, e isso talvez explique por que 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 (ELKINS; GINSBURG; SIMMONS, 2013, p. 66).

Independentemente da fonte de influência, como prova o estudo empírico de David S. Law e Mila Versteeg (2011), 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 (LAW; VERSTEEG, 2011, p. 1194 et seq.).

Em síntese, as Constituições estão cada vez mais semelhantes umas às outras, especialmente no que dizem respeito aos direitos fundamentais. Essa é uma tendência crescente. 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 (GODERIS; VERSTEEG, 2013).<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Goderis; Versteeg (2013, p. 103-133).

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 proporcionem menos independência judicial, em geral, “[...] há pouca diferença entre as Constituições escritas por ditadores e as escritas por democratas” (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2014, p. 141). 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 (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2014, p. 162). 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 (LAW; VERSTEEG, 2011, p. 187). 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 (JACOBSON, 2010). Como dizem, “[...] se é verdade que uma Constituição expressa ‘a autocompreensão de uma determinada nação’, essa autocompreensão 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 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” (LAW; VERSTEEG, 2011, p. 1243-1244, tradução nossa). 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 as 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?

### 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 (GODERIS; VERSTEEG, 2013). Como exposto acima, elas têm 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 difusão<sup>23</sup> no que diz respeito às normas transnacionais, é possível identificar, na literatura, pelo menos quatro fatores.<sup>24</sup> Os dois primeiros se dão em função de cálculos de custos e 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 (DIXON; POSNER, 2010, p. 414 et seq.). 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*.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> A elaboração das Constituições da Alemanha e do Japão

<sup>23</sup> Como bem explicam Zachary Elkins e Beth Simmons (2004, p. 2, tradução nossa), “[...] 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”. Cf., também, Coppedge (2006, p. 463-489).

<sup>24</sup> Cf. sobretudo, Dixon; Posner (2010, p. 399-423); Elkins (2009, p. 43-64); Elkins; Simmons (2004, p. 1-19); Goderis; Versteeg (2013, p. 103-133); Goodman; Jinks (2004, p. 621-703).

<sup>25</sup> 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 (GOODMAN; JINKS, 2004, p. 630-638).

<sup>26</sup> 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. 3º). Como afirma Christina E. Parau (2015), o processo constituinte da Romênia pós-comunista caracterizou-se por

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,<sup>27</sup> Afeganistão<sup>28</sup> e Timor Leste,<sup>29</sup> para fornecer apenas alguns exemplos. Embora, nesses casos, a coerção tenha sido mais sutil, já que as Constituições nesses países foram elaboradas com relativa participação popular, há quem considere essa sutileza como “[...] a última e mais sofisticada forma de constitucionalismo imposto” (FELDMAN, 2005, p. 859, tradução nossa).

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 (GO, 2003), 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 (PARKINSON, 2007). Na Micronésia, os conselheiros dos Estados Unidos pressionaram por uma declaração de direitos segundo as linhas da Constituição americana (TAMANAHAN, 2013, p. 584 et seq.). 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.<sup>30</sup> Como afirmam Zachary Elkins, Tom Ginsburg e Beth Simmons (2013, p. 61, tradução nossa): “[...] 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” (ELKINS; GINSBURG; SIMMONS, 2013, p. 61, tradução nossa).

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

---

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]”.

<sup>27</sup> Arato (2009).

<sup>28</sup> Their (2010, p. 535-562).

<sup>29</sup> Wallis (2014).

<sup>30</sup> Para tanto, confira: Elkins; Ginsburg; Melton (2009); Elkins; Ginsburg; Simmons (2013, p. 61-95); Linos (2011, p. 688).

de propriedade e de direitos humanos” (LAW, 2008, p. 1283, tradução nossa). Esse fator incentiva os Estados, especialmente os novos, a imitarem estrategicamente Constituições de outros países democráticos e economicamente estabelecidos, com o propósito de atrair investidores estrangeiros (GODERIS; VERSTEEG, 2013, p. 112-114). 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 e 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 para 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” (LAW, 2008, p. 1307 et seq., tradução nossa).

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 à concorrência ou mesmo a 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 os anteriores. A difusão por aprendizagem não se dá visando ganhos econômicos ou 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 (ELKINS; SIMMONS, 2004, p. 11). Alguns acreditam que a difusão de padrões normativos pelo mundo pode estar apenas seguindo a lógica do Teorema do Júri Condorcet.<sup>31</sup> 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”. Isso 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 (COPE, 2013, p. 675).

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 dos 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 acreditar que os constituintes estejam buscando inspiração em sistemas jurídicos semelhantes. Mas pode ser também que a prática constituinte real não passe

<sup>31</sup> 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; SUNSTEIN, 2006, p. 136, tradução nossa).

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” (TUSHNET, 1999, p. 1285). 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” (ELKINS; GINSBURG; SIMMONS, 2013, p. 68, tradução nossa).

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 (2010, p. 414, tradução nossa), “[...] 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”. 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” (GODERIS; VERSTEEG, 2013, p. 120, tradução nossa). Desse 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 (DIXON; POSNER, 2010, p. 403). 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” (DIXON; POSNER, 2010, p. 403, tradução nossa).

A adoção do direito internacional é uma estratégia útil para as democracias entrincheirarem políticas específicas, incentivarem a confiança nos governos e regimes políticos e reforçarem a reputação do Estado perante a comunidade internacional (GINSBURG; CHERNYKH; ELKINS, 2014). 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” (GINSBURG; CHERNYKH;

ELKINS, 2014, p. 237, tradução nossa). 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.<sup>32</sup> De modo geral, a aculturação pode gerar um isomorfismo constitucional prejudicial (GOODMAN; JINKS, 2004).

Portanto, é por meio 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 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.

## 2.4 O constitucionalismo enganoso

“Às vezes, as Constituições mentem”. Assim iniciam David S. Law e Mila Versteeg (2013) um dos seus mais interessantes artigos. Penso, porém, que os

<sup>32</sup> Nesse sentido, confira: Goodman; Jinks (2004, p. 646-65). 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 (2000). 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”. Cf., ainda: Goderis; Versteeg (2013, p. 121, tradução nossa).

autores foram bondosos ao escolherem o advérbio para essa 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 significativa<sup>33</sup>, 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 (LAW; VERSTEEG, 2013, p. 865-869). 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 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” (LAW; VERSTEEG, 2013, p.869, tradução nossa).

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 como eles realmente cumprem os direitos estabelecidos em suas Constituições. Eles também identificaram os direitos constitucionais não cumpridos na prática mais frequentemente, as regiões às quais pertencem as Constituições que reconhecem esses direitos e essas variáveis que preveem a ocorrência de “falsos” constitucionalismos. Eles criaram uma interessante tipologia de 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, identificaram 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 analisaram 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 (LOEWNSTEIN, 1986). 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

<sup>33</sup> Cf. o inventário feito em Law (2010, p. 381-382).

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. A essa classificação pode ser adicionada a ideia defendida por Marcelo Neves (2011) de Constituições simbólicas, cuja intenção é identificar as Constituições que não correspondem minimamente à realidade.

Uma Constituição *enganosa*, porém, é aquela “[...] cujas provisões não se confirmam na prática” (LAW; VERSTEEG, 2013, p. 880, tradução nossa). 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*.

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*” (DORF, 2009, p. 1633, tradução nossa). 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” (LAW; VERSTEEG, 2013, p. 881, tradução nossa). 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 arbitrárias. A segunda categoria é 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 a saúde, educação e direitos coletivos de gênero e minorias. Utilizando indicadores quantitativos de relatos de violações a direitos (LAW; VERSTEEG, 2013, p. 936-940), 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” (LAW; VERSTEEG, 2013, p. 892, tradução nossa). 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 os 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” (LAW; VERSTEEG, 2013, p. 896, tradução nossa).

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*.<sup>34</sup> 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 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.<sup>35</sup> 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 as da: Holanda (1981), Finlândia (1990), Noruega (2000) e Dinamarca (2010). Na mesma ordem, as Constituições mais fracas são as dos seguintes países: África Central (1981), Burundi (1990), Coreia do Norte (2000) e Arábia Saudita (2010).

<sup>34</sup> 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 empatadas na pontuação geral, a de Eritreia recebe uma classificação inferior à de Mianmar.

<sup>35</sup> 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 tem uma declaração de direitos, inclui apenas dois dos quinze direitos listados.

Alguns dos países que aparecem na lista de Constituições mais modestas têm 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 tinham declarações de direitos há pouco tempo. 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 detentores 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 elaboraram tabelas reveladoras do desempenho constitucional em cada categoria de direitos para os grupos de *performance* insuficiente e *performance* 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 desse 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 têm 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 (LAW; VERSTEEG, 2013, p. 897 et seq.). 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 (LAW; VERSTEEG, 2013, p. 911, tradução nossa).

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) (LAW; VERSTEEG, 2011, p. 1200). Chama a atenção o fato de a liberdade de religião, o direito mais popular nas Constituições nacionais (LAW; VERSTEEG, 2011, p. 1200), ser 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 25 anos. O que é revelado é assustador: para a maioria desses direitos, a correlação é inexistente ou negativa (LAW; VERSTEEG, 2013, p. 914).

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 (LAW; VERSTEEG, 2013, p. 915, tradução nossa).

Os autores levantaram algumas hipóteses de por que alguns países cumprem suas Constituições enquanto outros ficam aquém do esperado. Algumas delas envolvem as características do país em questão, enquanto outras se referem 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 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 com 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% (LAW; VERSTEEG, 2011, p. 1200). 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” (LAW; VERSTEEG, 2013, p. 923, tradução nossa). 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” (LAW; VERSTEEG, 2013, p. 923, tradução nossa). Outra característica seria o caráter ideológico da Constituição em questão. É esperado que Constituições “estatistas” gerem maiores dificuldades para serem cumpridas no que tange aos direitos sociais. A ambição 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 (LAW; VERSTEEG, 2013, p. 915, tradução nossa).

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” (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2016, p. 236, tradução nossa). O entrenchamento 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 (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2016, p. 236 et seq.).

De qualquer modo, Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton (2016, p. 264-265, tradução nossa) 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”.

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. As Constituições parecem não apenas enganosas, mas também impopulares.

## 2.5 O constitucionalismo impopular

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” (COPE, 2015, p. 314, tradução nossa). 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”.<sup>36</sup> 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

<sup>36</sup> Sobre a Constituição da Irlanda, cf. Brady (2015, p. 269).

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.<sup>37</sup> Talvez o preâmbulo da atual Constituição brasileira se encaixe nesse último caso.

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 (VERSTEEG, 2014, p. 1141). Como afirma Mila Versteeg (2014, p. 1141, tradução nossa), “[...] com crescente frequência, os *designers* constitucionais estão usando preâmbulos para expressar os maiores valores da nação e de seus povos”. 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 constitucional (JACOBSON, 2010, p. 3) pressupõe que esta esteja refletida em suas escolhas constitucionais substanciais, o que envolve a necessidade de 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.<sup>38</sup> Como informa Jeff King (2015, p. 82), 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. Há Constituições que também trazem uma seção própria com os chamados “Princípios Diretivos da Política do Estado”. Segundo Jeff

<sup>37</sup> 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)”. Nesse sentido: King (2015, p. 81, tradução nossa).

<sup>38</sup> Vários exemplos são citados por Jeff King (2015, p. 82).

King (2015, p. 83, tradução nossa), 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 expressamente não exigíveis judicialmente, e seu caráter é vago. A extensão do seu impacto é discutível, mas seu papel é estabelecido com bastante firmeza”.

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 (VERSTEEG, 2014). 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 (2014, p. 1148-1155) fez uma análise da popularidade das Constituições, tomando por base doze direitos constitucionais. A autora buscou direitos comumente encontrados nas Constituições do mundo 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 os dados do *World Values Survey* (WVS), uma organização projetada para capturar quais são as 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.

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 não existe sequer essa relação. Curiosamente, em alguns países onde se valoriza profundamente um direito, as pessoas não conseguem adotá-lo na Constituição. Por outro lado, em países onde não se valoriza 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 esse direito. As Constituições de Marrocos, Hungria, Romênia, El Salvador, Bielorrússia, República Eslovaca, Venezuela, República do Quirguistão e Filipinas têm 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 desaprovção 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.

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: como 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” (VERSTEEG, 2014, p. 1163, tradução nossa).

Os achados são surpreendentes. Muitos estudiosos geralmente acreditam que, para que uma Constituição tenha 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 a da África do Sul, com 35%, apesar de seu amplo catálogo de direitos constitucionais, 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 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. De fato, 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” (VERSTEEG, 2014, p. 1167, tradução nossa). 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”. Afirma a autora que, “[...] Nesse caso, um verdadeiro compromisso com os valores populares se reflete tanto no preâmbulo quanto na declaração de direitos”. Por fim, ressalta ser “[...] 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” (VERSTEEG, 2014, p. 1168, tradução nossa).

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 considerações concorrentes que podem contrariar o objetivo da

autoexpressão 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 autoexpressão 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 (VERSTEEG, 2014, p. 1168, tradução nossa).

As Constituições, entretanto, 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.

## 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 – tem 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 tem 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 (2010, p. 70), a Constituição de 1908 de Butão – um país localizado no sul da Ásia – teria sido a Constituição nacional mais curta já produzida, com escassas 865 palavras, não fornecendo praticamente nenhum detalhe sobre o funcionamento do governo.

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.<sup>39</sup> 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 (GINSBURG, 2010, p. 837). 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.<sup>40</sup> Apesar das raízes históricas desse 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 em nível nacional, graças ao advento de *softwares* de estatística e de novas bases de dados, como o Projeto de Constituições Comparadas.<sup>41</sup>

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 nessa 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 (VOIGT, 2009, p. 290). 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 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.

<sup>39</sup> Cf. Hammons (1999, p. 837).

<sup>40</sup> “Mas, no contexto da grande massa de documentos de ratificação”, esclarece Bernard Bailyn (1990, p. 331, tradução nossa), “[...] 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”.

<sup>41</sup> Para uma descrição do projeto e suas potencialidades, cf. Elkins *et al.* (2014, p. 10-18).

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 a 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.<sup>42</sup> 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, com 75 deles com menos de trezentas palavras, há outros exemplos de extensão significativa (GINSBURG, 2010, p. 71).

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 a organização e distribuições de competência no Estado (GINSBURG, 2010, p. 71).

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, 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. Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton (2009) realizaram uma pesquisa quantitativa reveladora da abrangência das Constituições. Como medida, eles elencaram os 92 assuntos que encontraram em Constituições de 148 países escolhidos aleatoriamente. Assim, eles descobriram que, em média, as Constituições incluem 45 dos 92 assuntos dessa lista (49%). A Constituição colombiana de 1991 e a Constituição tailandesa de 1997, conforme seus achados, são as mais abrangentes nessa medida, incluindo ambas 78% dos assuntos da referida lista. Ainda quanto a esse aspecto,

<sup>42</sup> 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; Foti; Rockmore (2014, p. 314). O preâmbulo da Constituição brasileira atual tem 81 palavras.

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 as 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 (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 105).

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 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 lista de Tom Ginsburg e seus colegas pesquisadores. Entretanto, a da China tem por volta de 1.200 palavras, enquanto o documento do Quênia envolve cerca de 75 mil palavras (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 106).

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 (VOIGT, 2009, p. 290-303). 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 têm 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 (VOIGT, 2009, p. 290-303).

Estudiosos têm relacionado o tamanho das Constituições com questões importantes. No que diz respeito às reformas constitucionais, Donald S. Lutz (2006, p. 155) 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. 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 (2012, p. 762) foi capaz de confirmar as previsões de Donald L. Lutz (2006), oferecendo evidência de que, nessa região, as Constituições mais longas tendem a ser sujeitas a alterações mais frequentes.

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 Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*. Comparando o número de artigos na Constituição de um país, como *proxy* para o tamanho, a falta de simplicidade e o desempenho econômico, conforme medido pelo PIB *per capita*, o autor sugere que nenhum país com alto PIB *per capita* tem uma Constituição longa (*apud* MONTENEGRO, 1995). Em uma pesquisa mais recente, os dois investigadores limitaram a amostra de suas pesquisas a Constituições de países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (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. De qualquer modo, as correlações são valiosas para chamar a atenção de constituintes para possíveis efeitos negativos de uma prolixidade constitucional.

### 3. 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 a 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.

Em um estudo bastante influente, Zachary Elkins, Tom Ginsburg e James Melton (2009, p. 129) descobriram que as Constituições nacionais duram em média apenas 19 anos, e a maioria das que ultrapassam essa idade dificilmente se torna cinquentenária. 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” (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 65, tradução nossa).

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 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 (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 70, tradução nossa).

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 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 (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 99 et seq.).

A *flexibilidade* é um fator estrutural polêmico, devido à sua associação com a estabilidade constitucional. Embora, de fato, 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 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 (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 99 et seq.).

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 a 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 por 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” (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 84, tradução nossa).

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 (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 48).

Em média, quando as Constituições têm maior longevidade, os países são mais ricos, mais democráticos, politicamente mais estáveis e passam por menos crises institucionais. Por outro 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.

#### **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.<sup>43</sup> 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 da 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 por que 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 e o fato de eles refletirem uma plataforma ideológica justa na qual muitos líderes 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 (2000).

É de se esperar que plataformas ideacionais predominantes estejam entre os fatores que determinam a gama de opções constitucionais, principalmente em ambientes pós-autoritários. 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 (GALLIGAN, 2015). 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 as 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 por que as

<sup>43</sup> Cf., por exemplo, Elster (1989, p. p. 175 *et seq.*).

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 respostas eficientes a problemas sistêmicos de informação e coordenação (HIRSCHL, 2015, p. 161-163). 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, seria justificada 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 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 (SHAPIRO; STONE-SWEET, 2002, p. 1-2).

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 proximidade 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 desses 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 constitucional como uma forma de “política por outros meios” (HIRSCHL, 2015, p. 157). 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” (HIRSCHL, 2015, p. 158, tradução nossa).

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, autointeressados e maximizadores de utilidade que favorecem instituições que servem seus interesses (GALLIGAN; VERSTEEG, 2015, p. 19). Afinal, as Constituições são instituições feitas pelo homem, pessoas reais que tomam decisões e escolhas concretas, e não por ideias 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” (DIXON; GINSBURG, 2011, p. 636-672). 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. Esse 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 Ran Hirschl (2015, p. 157), 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.

Uma quarta noção básica é a de que as Constituições são também instrumentos de redução de risco ou de ameaça. Como alguns autores têm apontado, 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 (HIRSCHL, 2015, p. 166-167). Mas um sentimento mais concreto e autointeressado 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 na constitucionalização como um tipo de apólice de seguro em um ambiente político inseguro (GINSBURG, 2003). 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 (HIRSCHL, 2015, p. 168).

Um quinto pressuposto é o de que os atores políticos que voluntariamente estabelecem instituições que parecem limitar sua existência institucional – como o 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 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” (HIRSCHL, 2015, p. 167). 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 prevenindo 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 [...]” (HIRSCHL, 2015, p. 168). Dessa forma, as elites ameaçadas podem passar para o domínio constitucional o que não podem obter do mercado eleitoral posteriormente.

Portanto, o poder das elites de influenciar o conteúdo é o ponto principal da abordagem realista-estratégica aplicável ao processo constituinte. Como diz Ran Hirschl (2015, p. 169, tradução nossa), “[...] 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 política”.

## 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 deste artigo. 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 gasta 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 (COPE, 2015).

Portanto, dada a grande importância desses elementos, é muito provável que os autointeresses de curto prazo se concentrem muito mais nas disputas por essas normas do que nas 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, Kevin L. Cope (2015) tem razão em chamar os documentos constitucionais atuais de “Constituições intermésticas”.

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 é resultado 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 Versteeg (2015). 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). 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 (NEGRETTO, 2013). 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 própria ideia de participação.

## 6. Conclusão

Durante muito tempo, a Constituição norte-americana serviu de modelo para constituintes ao redor do mundo. Houve, no entanto, 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. A alienação da identidade constitucional, que ocorria antes por meio de um processo de imitação do documento constitucional norte-americano, continua hoje mediante um progressivo processo de isomorfismo constitucional transnacional. Como muitos dizem, as Constituições contemporâneas são agora documentos intrinsecamente transnacionais, com conteúdo moldado, em grande parte, por vários processos de influência transnacional.

Embora as Constituições mais recentes 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 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. Por outro lado, 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 autocompreensão 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 provavelmente 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 pela 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 essas 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, com promessas não entregues na prática.

Como lembram David S. Law e Mila Versteeg, “às vezes, as Constituições mentem”. 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 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, as metas, os 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 não existe sequer essa relação. Curiosamente, em alguns países onde se valoriza profundamente um direito, as pessoas não conseguem adotá-lo na Constituição. Por outro lado, em países onde não se valoriza 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 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 proximidade. Embora, em relação ao tamanho, as Constituições do mundo difiram significativamente, tanto Constituições estatistas como Constituições libertárias estão cada vez mais extensas em abrangência e 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 em identificar os fatores que levam a diferentes traços constitucionais, tem feito progressos importantes. Estudos realizados nessa 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, e a maioria das que ultrapassam essa idade dificilmente se torna cinquentenária. 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 têm 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 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 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. Consequentemente, 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. E a constitucionalização é uma forma de seguro para potenciais perdedores eleitorais durante a negociação constitucional.

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 a 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. 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 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. 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 (YOUNG, 2000). Isso significa que, nesses processos, a participação popular deve ser realmente efetiva. É preciso dar voz sem tapar os ouvidos.

## Referências

ARATO, Andrew. **Constitution making under occupation: the politics of imposed revolution in Iraq**. New York: Columbia University Press, 2009.

BAILYN, Bernard. **The ideological origins of the american revolution**. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1990.

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. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0268580912443575>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BILLIS, George Athan. **American constitutionalism heard round the world, 1776-1989: a global perspective**. New York: New York University Press, 2009.

BRADY, Paul. Social, political and philosophical foundations of the Irish Constitutional Order. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (ed.). **Social and political foundations of constitutions**. New York: Cambridge University Press, 2015.

CHOUDHRY, Sujit. **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

COPE, Kevin L. South Sudan's dualistic Constitution. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (ed.). **Social and political foundations of constitutions**. New York: Cambridge University Press, 2015.

COPE, Kevin L. The intermestic constitution: lessons from the world's newest nation. **Virginia Journal of International Law**, v. 53, n. 3, 2013.

COPPEDGE, Michael. Diffusion is no illusion: neighbor emulation in the third wave of democracy. **Comparative Political Studies**, v. 39, n. 4, 2006. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0010414005276666>. Acesso em: 26 mar. 2021.

DIXON, Rosalind; GINSBURG, Tom. Deciding not to decide: deferral in constitutional design. **International Journal of Constitutional Law**, v. 9, n. 3-4, 2011. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/9/3-4/636/657611>. Acesso em: 26 mar. 2021.

DIXON, Rosalind; POSNER, Eric. The limits of constitutional convergence. **Chicago Journal of International Law**, v. 11, n. 2, 2010. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4468&context=book\\_chapters](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4468&context=book_chapters). Acesso em: 26 mar. 2021.

DORF, Michael C. The aspirational constitution. **The George Washington Law Review**, v. 77, 2009. Disponível em: <https://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2012/08/77-5-6-Dorf.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

ELKINS, Zachary. Constitutional networks. *In*: KAHLER, Miles (ed.). **Networked politics: agency, power, and governance**. Ithaca: Cornell University Press, 2009.

ELKINS, Zachary. Diffusion and the constitutionalization of Europe. **Comparative Political Studies**, v. 43, n. 8-9, p. 978, 2010. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0010414010370433>. Acesso em: 26 mar. 2021.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. The content of authoritarian constitutions. *In*: GINSBURG, Tom; SIMPSON, Alberto (ed.). **Constitutions in authoritarian regimes**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The endurance of national constitutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. Time and constitutional efficacy. *In*: GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. **Assessing constitutional performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

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, 2013. Disponível em: [https://scholar.harvard.edu/files/bsimmons/files/elkins\\_ginsburg\\_simmons\\_hilj.pdf](https://scholar.harvard.edu/files/bsimmons/files/elkins_ginsburg_simmons_hilj.pdf). Acesso em: 26 mar. 2021.

ELKINS, Zachary; SIMMONS, Beth. On waves, clusters, and diffusion: a conceptual framework. **The Annals of the American Academy**, v. 598, p. 2, 2004. Disponível em: [https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/999\\_annals\\_page\\_proofs.pdf](https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/999_annals_page_proofs.pdf). Acesso em: 26 mar. 2021.

ELKINS, Zachary *et al.* Constitute: the world's constitutions to read, search, and compare. **Journal of Web Semantics**, v. 27, 2014. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/journal\\_articles/7483/](https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/7483/). Acesso em: 26 mar. 2021.

ELSTER, Jon. **Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ELSTER, Jon. **Solomonic judgements: studies in the limitations of rationality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

FELDMAN, Noah. Imposed constitutionalism. **Connecticut Law Review**, v. 37, 2005.

FRUHSTORFER, Ann; HEIN, Michael (ed.). **Constitutional politics in Central and Eastern Europe: from post-socialist transition to reform of political systems**. Wiesbaden: Springer, 2016.

GALLIGAN, Denis J. The people, the Constitution, and the idea of representation. *In*: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (ed.). **Social and political foundations of constitutions**. New York: Cambridge University Press, 2015.

GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila. Theoretical perspectives on the social and political foundations of constitutions. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (ed.). **Social and political foundations of constitutions**. New York: Cambridge University Press, 2015.

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.

GINSBURG, Tom. Constitutional specificity, unwritten understandings and constitutional agreement. In: SAJÓ, András; UITZ, Renaita (ed.). **Constitutional topography: values and constitutions**. The Hague: Eleven International Publishing, 2010.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

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. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/222930681.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

GINSBURG, Tom; FOTI, Nick; ROCKMORE, Daniel. “We the peoples”: the global origins of constitutional preambles. **The George Washington International Law Review**, v. 46, 2014. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1438&context=public\\_law\\_and\\_legal\\_theory](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1438&context=public_law_and_legal_theory). Acesso em: 26 mar. 2021.

GO, Julian. A globalizing constitutionalism?: views from the postcolony, 1945-2000. **International Sociology**, v. 18, n. 1, mar. 2003. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0268580903018001005>. Acesso em: 26 mar. 2021.

GODERIS, Benedikt; VERSTEEG, Mila. Transnational constitutionalism: a conceptual framework. In: GALLIGAN, Dennis J.; VERSTEEG, Mila (ed.). **Social and political foundations of constitutions**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 103-133.

GOODMAN, Ryan; JINKS, Derek. How to influence States: socialization and international Human Rights Law. **Duke Law Journal**, v. 54, n. 3, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol54/iss3/1/>. Acesso em: 26 mar. 2021.

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, 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2586116?seq=1>. Acesso em: 26 mar. 2021.

HIRSCHL, Ran. The strategic foundations of constitutions. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (ed.). **Social and political foundations of constitutions**. New York: Cambridge University Press, 2015.

HIRSCHL, Ran. **Comparative matters: the renaissance of comparative law**. Cambridge: Oxford University Press, 2014.

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.

JACOBSON, Gary Jeffrey. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2010.

KING, Jeff. Constitutions as mission statements. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (ed.). **Social and political foundations of constitutions**. New York: Cambridge University Press, 2015.

KLUG, Heinz. **The Constitution of South Africa: a contextual analysis**. Oxford: Hart Publishing, 2010.

KLUG, Heinz. Model and anti-model: the United States Constitution and “rise of world constitutionalism”. **Wisconsin Law Review**, v. 2000, n. 3, 2000a. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3523330](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3523330). Acesso em: 26 mar. 2021.

KLUG, Heinz. **Constituting democracy: law, globalism and South Africa’s political reconstruction**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000b.

LAW, David S. **Constitutions**. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert (ed.). **The Oxford handbook of empirical legal research**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

LAW, David S. Globalization and the future of constitutional rights. **Northwestern University Law Review**, v. 102, n. 3, 2008. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/228128149\\_Globalization\\_and\\_the\\_Future\\_of\\_Constitutional\\_Rights](https://www.researchgate.net/publication/228128149_Globalization_and_the_Future_of_Constitutional_Rights). Acesso em: 26 mar. 2021.

LAW, David S. Generic constitutional law. **Minnesota Law Review**, v. 89, p. 652-742, 2004-2005. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/217211554.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

LAW, David S. The myth of the imposed constitution. In: GALLIGAN, Dennis J.; VERSTEEG, Mila (ed.). **Social and political foundations of constitutions**. New York: Cambridge University Press, 2013.

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The declining influence of the United States Constitution. **The New York University Law Review**, v. 87, n. 3, 2012. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/228126506\\_The\\_Declining\\_Influence\\_of\\_the\\_United\\_States\\_Constitution](https://www.researchgate.net/publication/228126506_The_Declining_Influence_of_the_United_States_Constitution). Acesso em: 26 mar. 2021.

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. The evolution and ideology of global constitutionalism. **California Law Review**, v. 99, n. 5, 2011. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41345383?seq=1>. Acesso em: 26 mar. 2021.

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila. Sham constitutions. **California Law Review**, v. 101, n. 4, p. 863-952, Aug. 2013. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1989979](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1989979). Acesso em: 26 mar. 2021.

LINOS, Katerina. Diffusion through democracy. **American Journal of Political Science**, v. 55, n. 3, 2011. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23024944?seq=1>. Acesso em: 26 mar. 2021.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1986.

LUTZ, Donald S. **Principles of constitutional design**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

MEUWESE, Anne. Popular constitution-making: the case of Iceland. In: GALLIGAN, Dennis J.; VERSTEEG, Mila (ed.). **Social and political foundations of constitutions**. New York: Cambridge University Press, 2013.

MONTENEGRO, Alvaro A. Constitutional design and economic performance. **Constitutional Political Economy**, v. 6, n. 2, 1995. Disponível em: <https://ideas.repec.org/a/kap/copoc/v6y1995i2p161-169.html>. Acesso em: 26 mar. 2021.

MURPHY, Walter F. **Constitutional democracy: creating and maintaining a just political order**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2007.

NAVOT, Suzie. **The Constitution of Israel: a contextual analysis**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

NEGRETTO, Gabriel L. **Making constitutions: presidents, parties, and institutional choice in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

NEGRETTO, Gabriel L. Replacing and amending constitutions: the logic of constitutional change in Latin America. **Law and Society Review**, v. 46, n. 4, 2012. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1540-5893.2012.00516.x>. Acesso em: 26 mar. 2021.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

O'BRIEN, Derek. **The constitutional systems of the commonwealth Caribbean: a contextual analysis**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

OSIATYNSKI, Wiktor. Paradoxes of constitutional borrowing. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 2, 2003. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/1/2/244/650658>. Acesso em: 26 mar. 2021.

PARAU, Christina E. Romania's transnational constitution: a traditional of elite learning and self-empowerment. In: GALLIGAN, Dennis J.; VERSTEEG, Mila (ed.). **Social and Political Foundations of Constitutions**. New York: Cambridge University Press, 2015. 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.

RJU, 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. On learning from others. **Stanford Law Review**, v. 59, 2006. Disponível em: <https://www.stanfordlawreview.org/wp-content/uploads/sites/3/2010/04/posner.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (ed.). **Oxford handbook of comparative constitutional law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, 1999.

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.

SCHNEIER, Edward. **Crafting constitutional democracies**: the politics of institutional design. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2006.

SHAPIRO, Martin; STONE-SWEET, Alec. **On law, politics, and judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

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 (ed.). **New directions in european public law**. Oxford: Hart Publishing, 1998. p. 101-124.

TAMANAH, Brian Z. Battle between law and society in Micronesia. In: GALLIGAN, Denis J.; VERSTEEG, Mila (ed.). **Social and political foundations of constitutions**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 584.

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.

TUSHNET, Mark. **Advance introduction to comparative constitutional law**. Cheltenham, Edward Elgar, 2014.

TUSHNET, Mark. **The Constitution of the United States of America**: a contextual analysis. Oxford: Hart Publishing, 2009.

TUSHNET, Mark. The possibilities of comparative constitutional law. **Yale Law Journal**, v. 108, n. 6, 1999. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol108/iss6/2/>. Acesso em: 26 mar. 2021.

VERSTEEG, Mila. Unpopular constitutionalism. **Indiana Law Journal**, v. 89, n. 3, 2014. Disponível em: <https://ilj.law.indiana.edu/articles/9-Versteeg.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

VOIGT, Stefan. Explaining constitutional garrulity. **International Review of Law and Economics**, v. 29, n. 4, 2009. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/222281028\\_Explaining\\_Constitutional\\_Garrulity](https://www.researchgate.net/publication/222281028_Explaining_Constitutional_Garrulity). Acesso em: 26 mar. 2021.

WALLIS, Joanne. **Constitution making during state building**. New York: Cambridge University Press, 2014.

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 (ed.). **The migration of constitutional ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

WISE, Edward M. The transplant of legal patterns. **The American Journal of Comparative Law**, v. 38, 1990.

YOUNG, Iris M. **Inclusion and democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2000.