

Actas

Proceedings

**Colóquio Internacional Epistemologias do Sul:
aprendizagens globais Sul-Sul, Sul-Norte e Norte-Sul**

**International Colloquium Epistemologies of the South:
South-South, South-North and North-South global learnings**

Boaventura de Sousa Santos e Teresa Cunha (eds)



Volume 2

**Constitucionalismo Transformador, interculturalidade e reforma do Estado
Transformative constitutionalism, interculturality and State reform**

Junho - June 2015

PROPRIEDADE E EDIÇÃO / PROPERTY AND EDITION

Centro de Estudos Sociais – Laboratório Associado
Universidade de Coimbra
www.ces.uc.pt
Colégio de S. Jerónimo, Apartados 3087
3000-995 Coimbra – Portugal
Tel: +351 239 855573/ + 351 239 855589

ISBN: 978-989-95840-5-1

Capa e projecto gráfico / Cover and graphic design

Cristiana Ralha

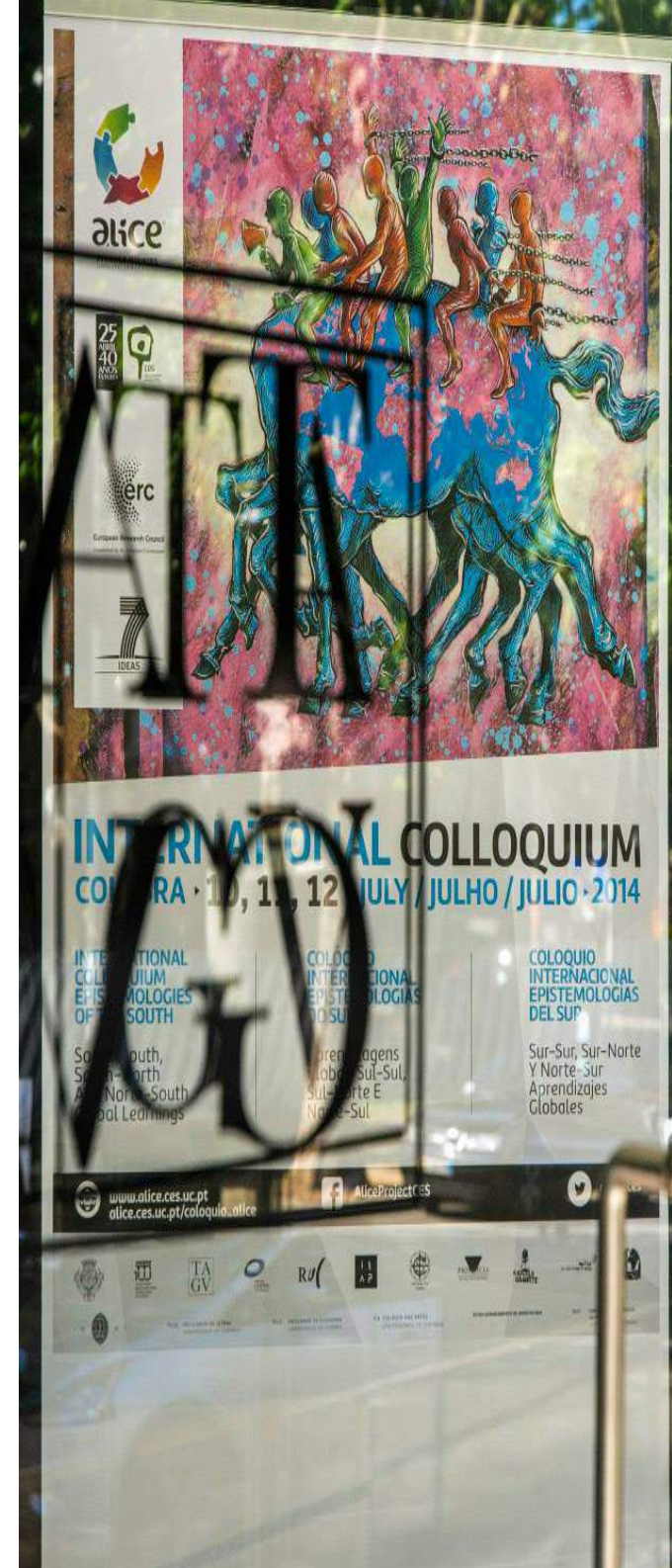
Coimbra, Junho, 2015

COMISSÃO CIENTÍFICA DO COLÓQUIO / SCIENTIFIC COMMITTEE

Boaventura de Sousa Santos
José Manuel Mendes
Maria Paula Meneses
Élida Lauris
Sara Araújo

COMISSÃO ORGANIZADORA DO COLÓQUIO / ORGANISING COMMITTEE

Alice Cruz
Aline Mendonça
André Brito Correia (Coord. do Programa Cultural / Cultural Programme Coord.)
Antoni Aguiló
Bruno Sena Martins
Catarina Gomes
Cristiano Gianolla
Dhruv Pande
Élida Lauris (Coord. Executiva / Executive Coord.)
Francisco Freitas
José Luis Exeni
Luciane Lucas dos Santos
Mara Bicas
Maurício Hashizume
Raúl Llasag
Rita Kacia Oliveira (Coord. Executiva / Executive Coord.)
Sara Araújo (Coord. Executiva / Executive Coord.)
Teresa Cunha



POR VONTADE DO AUTOR E DA AUTORA, ESTE TEXTO NÃO OBSERVA AS REGRAS DO NOVO ACORDO ORTOGRÁFICO

AGRADECIMENTOS INSTITUCIONAIS

Este livro, em quatro volumes, resulta de um esforço colectivo que envolveu várias instituições e muitas pessoas a quem queremos prestar o nosso profundo agradecimento.



Universidade de Coimbra



Colégio das Artes da Universidade



Departamento de Arquitetura da Faculdade



Escola da Noite / Teatro da



Faculdade de Economia da



Faculdade de Letras da



Machado de Castro National



NES - Núcleo de Estudantes



NES - Sociology Student Body



RUC - Radio Universidade de

Este livro de Actas foi elaborado no âmbito do projecto de investigação “ALICE – Espelhos Estranhos, Lições Imprevistas: Definindo para a Europa um novo modo de partilhar as experiências do Mundo”, coordenado por Boaventura de Sousa Santos (alice.ces.uc.pt), no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra – Portugal. O projecto é financiado pelo Conselho Europeu para a Investigação, 7º Programa Quadro da União Europeia (FP/2007-2013) / ERC Grant Agreement n. [269807].

INSTITUTIONAL ACKNOWLEDGMENTS

These Proceedings, in four volumes, would not have been possible without the kind support and help of many individuals and organizations. I would like to extend our sincere thanks to all of them.



University of Coimbra



College of Arts of the University of



Department of Architecture of the Faculty



Escola da Noite / Teatro da



Faculty of Economics of the



Faculty of Arts and Humanities



Machado de Castro National



NES - Sociology Student Body



RUC - Radio Universidade de

This book of proceedings was elaborated as part of research project “ALICE – Strange Mirrors, Unsuspected Lessons: Leading Europe to a new way of sharing the world experiences”, coordinated by Boaventura de Sousa Santos (alice.ces.uc.pt), at the Centre for Social Studies of the University of Coimbra – Portugal. The project is financed by the European Research Council (ERC), 7th Framework Programme of the European Union (FP/2007-2013) / ERC Grant Agreement n. [269807].

A FUNDAÇÃO REVISITADA: 5 TESES PARA UM CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR



Élida Lauris¹

Resumo

Uma leitura contemporânea do constitucionalismo prescinde de um reenquadramento do debate. No actual contexto das relações entre o Norte e o Sul Globais e face aos movimentos de resistência e construção de alternativas à globalização hegemónica, a polarização argumentativa entre o constitucionalismo sentinela e o constitucionalismo algoz da democracia deve ser refundada. O consenso hegemónico acerca do constitucionalismo como fórmula fundacional da boa governança capitalista deve ser traduzido no âmbito de uma resignificação mais ampla de refundação constitucional como fundação cosmopolita subalterna que, ao aproveitar-se das contradições do constitucionalismo, coloca em pauta a transformação do próprio projecto político constitucional. Não será possível compreender essa radical mudança de abordagem sem primeiramente perscrutar a proposta de constitucionalismo moderno e analisar as controvérsias que esta proposta tem levantado. Ao propor uma releitura do constitucionalismo moderno este texto procura lançar bases para a discussão da promessa emancipatória de um constitucionalismo transformador.

Palavras-chave: constitucionalismo moderno, refundação do Estado, constitucionalismo transformador, democracia

Abstract

A contemporary reading of constitutionalism dismisses a reframing of the debate. In the current context of Global North and South relations and in the light of resistance movements and the building of alternatives to hegemonic globalization, the argumentative polarization between the constitutionalism as gatekeeper and constitutionalism as democracy's executioner must be refunded. The hegemonic consensus of constitutionalism as the foundational formula for good capitalist governance should be translated within a broader redefinition of constitutional refundation as a subaltern cosmopolitan foundation that, while making the most of the contradictions of constitutionalism, acts as an enabler for the constitutional's political project very own transformation. This radical change in approach cannot be fully grasped without first scrutinizing the proposal for modern constitutionalism and analysing the controversies raised by this proposal. By proposing a reinterpretation of modern constitutionalism this paper seeks to launch bases for the discussion of the emancipatory promise of a transformative constitutionalism.

Keywords: modern constitutionalism, refunding of the State, transformative constitutionalism, democracy

¹ Doutora em Pós-colonialismos e Cidadania Global pelo Centro de Estudos Sociais e Faculdade de Economia, da Universidade de Coimbra. Foi investigadora do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Actualmente é co-coordenadora e investigadora em pós-doutoramento do Projeto ALICE, onde desenvolve o projeto de investigação "Hérculeos juízes, cidadãos vulgares: estudo comparativo dos usos, do alcance e dos sentidos da transformação social escrita nas constituições da África do Sul e do Brasil". Tem experiência na área de Direito, com ênfase na sociologia do direito e dos tribunais e direito constitucional, actuando principalmente nos seguintes temas: acesso à justiça, independência judicial, reforma do judiciário, separação de poderes, judicialização da política, constitucionalismo e hermenêutica constitucional.

O CONSTITUCIONALISMO COMO UTOPIA JURÍDICA MODERNA

A política é o resultado de uma equação que tem tentado associar em diferentes fórmulas alguns extremos: unidade-diversidade, totalitário-partilhado, central-local, soberano-cidadão, geral-particular, entre outros. No que toca à organização e distribuição do poder do Estado, uma fórmula tem ocupado o vocabulário da política moderna: o constitucionalismo. A reflexão teórica sobre a historicidade deste conceito tem convincentemente demonstrado como esta é uma fórmula vetusta, que remonta, quer à antiguidade, em que se travestia na busca pelo modo de governação ideal, em resposta à fragmentação e convulsões sociais; quer à idade média, em que repercutia o empenho pela preservação do poder dos distintos corpos sociais, como reacção ao centralismo e ao absolutismo².

Na actualidade, a política extraordinária de fundação e refundação de estados constitucionais tem suportado o Estado-Nação nas suas variadas crises institucionais. Independentemente do sucesso ou do fracasso da trajectória da solução constitucionalista nos Estados em que tem sido implementada, a narrativa do constitucionalismo é a do êxito de um ideal alcançado pelas democracias europeias e americana e a ser perseguido pelos outros Estados. Este sucesso, projectado a partir de ideais políticos progressistas como liberdade e igualdade, é na verdade a generalização de uma formulação específica de constitucionalismo entrecruzada na fonte com o liberalismo político e com a ambição de acesso ao poder político da classe proprietária. Consequentemente, a afirmação histórica do constitucionalismo moderno foi inscrita no meio de um círculo vicioso: quanto maior a crença na promessa dos seus ideais políticos, mais defraudadas as expectativas dos cidadãos comuns; quanto mais defraudadas as expectativas dos cidadãos comuns, amplia-se o valor simbólico do ideal constitucionalista.

Neste contexto, uma leitura contemporânea do constitucionalismo prescinde de um reenquadramento do debate. No actual contexto das relações entre o Norte e o Sul Globais e face aos movimentos de resistência e construção de alternativas à globalização hegemónica, a polarização argumentativa entre o constitucionalismo sentinela e o constitucionalismo algoz da democracia deve ser refundada. O consenso hegemónico acerca do constitucionalismo como fórmula fundacional da boa governança capitalista deve ser traduzido no âmbito de uma resignificação mais ampla de refundação constitucional como fundação cosmopolita subalterna que, ao aproveitar-se das contradições do constitucionalismo, coloca em pauta a transformação do próprio projecto político constitucional. Não será possível compreender essa radical mudança de abordagem sem primeiramente perscrutar a proposta de constitucionalismo moderno e analisar as controvérsias que esta proposta tem levantado. Nesta secção, tratarei das promessas e decepções do constitucionalismo moderno.

As tentativas de explicação didáctica, linear e histórica da experiência de construção teórica, prática e política do constitucionalismo, fundadora da moderna concepção de gestão do político através da racionalidade legal-racional, acompanham as alterações do significado

2 Ver Fioravanti, 2001 e MacIwain, 2007.

sócio-político do Estado nos momentos de afirmação e consolidação do Estado Liberal e de proposta e crise do Estado Providência. Assim, ideologicamente convergente com as reacções à soberania do absolutismo monárquico e com a radicalização revolucionária, igualitária e de afirmação do indivíduo das revoluções burguesas – o que se poderia denominar afirmação negativa do constitucionalismo –, o movimento constitucionalista alarga sua dimensão com as previsões constitucionais do Estado Providência – o que se poderia denominar afirmação positiva do constitucionalismo. Atendendo a esta evolução, a análise constitucional delimita o surgimento de um neo-constitucionalismo³. O neo-constitucionalismo verifica-se, a seguir ao pós-guerra, com o aparecimento de um conjunto de constituições que, para além de organizar os poderes do Estado e circunscrever os direitos dos cidadãos, atribuem objectivos específicos a serem perseguidos pela comunidade política. Este reforço da constituição enquanto documento que tanto garante a estabilidade do Estado quanto define sua razão de ser, circunscrevendo a dimensão material das democracias, tem como condição a defesa da própria constituição, isto é, o estabelecimento de documentos constitucionais rígidos em que estão previstos mecanismos de controlo da constitucionalidade das leis⁴. O Estado fica submetido não só à racionalidade legal mas principalmente à legalidade constitucional.

Esse conjunto de significados do constitucionalismo tem permanecido mais ou menos fixo, alterando-se apenas as opções da sua formulação nos diversos Estados. A afirmação positiva do constitucionalismo e o neo-constitucionalismo alargaram a discussão constitucional trazendo elementos como a supremacia da constituição e a dimensão positiva do Estado. Neste caso, o alargamento do significado não significou a alteração dos termos da discussão. Os argumentos recorrentes para fundamentar a discussão material acerca da relação entre teoria do Estado, teoria da constituição, genealogia dos direitos humanos e teoria democrática estão preliminarmente delimitados pelo processo de afirmação e consolidação dos Estados-Nação e pelas correntes doutrinárias e ideológicas que favoreceram o desenvolvimento do constitucionalismo moderno.

De facto, não haveria razão para se recorrer a um vocabulário político e ideológico distinto, uma vez que, na modernidade, os termos de afirmação do constitucionalismo foram utópicos, de oposição e luta contra o totalitarismo e pela preservação de direitos. Os termos podem ser resumidos numa simples sentença: nenhum poder é exercido legitimamente, se for exercido de forma absoluta. Neste ponto, a proposta constitucionalista desenvolve uma forma (a separação dos poderes do Estado) e um conteúdo (as declarações de direitos)⁵. Desde o impulso do movimento constitucionalista moderno, o conceito de constituição vincula-se à separação de poderes e garantia de direitos. Daí encontrar-se na disposição do artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 a epítome do

3 Ver Viciano Pastor y Martinez Dalmau (s/a) e Hirschl, 2004.

4 A supremacia do legislador foi substituída pela supremacia da constituição, o que se explica pelas metamorfoses sofridas pelo princípio de maioria. Não sendo possível depositar na maioria política a confiança de alcançar o interesse geral por meio da representação política, especialmente face à necessidade de se preservar os interesses das minorias e promover a ampliação da cobertura e da protecção dos direitos humanos, impõe-se, acima das leis, a constituição que cuidaria de limitar o poder da maioria, organizando o poder político e protegendo os direitos fundamentais. Ver, Moreira (1995).

5 Ver Belamy, 1996

constitucionalismo: toda sociedade em que não estiver assegurada a garantia de direitos, nem determinada a separação de poderes, não tem constituição. Efectivamente, é com o impulso constitucionalista que a teoria política passou a se preocupar com a imposição de limites e com o controlo do poder diante de um Estado que se impõe como ente despersonalizado e se opõe à sociedade civil. Outra ideia relacionada é a de poder conferir a uma forma política a estabilidade e a duração necessárias para permitir-lhe a aprendizagem com as deficiências e as fragilidades das partes que lhe compõem⁶. Nesse sentido, o abuso de poder seria contido, a separação de poderes impediria que poder usurpasse poder, ficando protegidos os direitos dos cidadãos.

O constitucionalismo moderno constitui-se, assim, numa teoria política normativa que visa organizar o Estado para fins garantistas, como afirmou Canotilho⁷. Subjaz-lhe um processo histórico de ascensão da burguesia e de busca de direitos de liberdade para esta classe. A afirmação de direitos e a organização do poder político em uma carta normativa que tem o condão de limitar a autoridade do governante acompanhou a transição para o modo de produção capitalista e a emergência do indivíduo, durante o período medieval sujeito a variadas formas de sujeição social, à condição de pessoa juridicamente livre. Esse movimento também incorporou a defesa de um espaço social privado, de relações contratuais entre indivíduos, contraposto ao Estado, a sociedade civil.

As revoluções americana e francesa encarregaram-se de ampliar a magnitude do ideal constitucionalista com uma frase ainda mais simples: o poder é exercido soberanamente pelo povo. O constitucionalismo encontra assim a sua agência (a soberania popular) cuja vontade e autoconsciência fundam a constituição. Estas duas afirmações (poder soberano do povo vs poder limitado do soberano governante), cuja força retórica na nossa gramática política é retumbante, se representam os recursos argumentativos centrais do constitucionalismo moderno nas suas diferentes fases, podem ser associadas em diferentes configurações – contrariando inclusive o próprio sentido moderno do constitucionalismo. A variação é significativa, de acordo com as soluções encontradas para a seguinte questão: como, no mesmo acto fundacional, e documento dele resultante, limitar o poder e afirmar a soberania? Como associar o carácter limitado do poder com o carácter absoluto da soberania? A fase moderna do constitucionalismo caracteriza-se pela confronto de 3 pilares (povo, Estado e constituição) em dois eixos de incorporação: autonomia e liberdade, formalidade e sujeição. Num complexo sistema de oposição e integração, à contraposição entre a soberania do povo (liberdade e autonomia) e a soberania do governante (poder do Estado), correspondeu uma síntese integradora (a constituição). Este documento, também autónomo, formalizou os limites entre liberdade e soberania, separando povo e Estado, noutras palavras, o titular da soberania e o representante do poder. A limitação do poder do soberano como governante pela soberania do povo implicou, por sua vez, uma dupla lógica de sujeição à forma da constituição: a repartição da soberania do governante e a incorporação da soberania do povo

6 Este sentido de constitucionalismo é defendido por Holmes (s/a) como constitucionalismo cognitivo.

7 Ver Canotilho, 2005

em formas de representação.

O conjunto de doutrinas do século XVII e XVIII da qual se herda o espectro teórico do constitucionalismo moderno não tinham um sentido unívoco, acompanharam as cisões no interior dos Estados-Nação e atendiam à defesa de projectos políticos específicos em resposta às necessidades e ao debate político da época. Para o conceito de constitucionalismo que aqui se defende, destacam-se duas metáforas fundadoras: o contrato social e o poder constituinte.

A diversidade das doutrinas que estiveram na base do constitucionalismo revê-se nas diferentes formulações alegóricas do contrato social. Em sentido geral, o recurso imagético à ideia de contrato social tem servido ao arcabouço teórico do constitucionalismo na medida em que estabelece como base para a criação da comunidade política uma vinculação obrigacional entre duas partes, o Estado e o conjunto de cidadãos. Como não se trata de uma imposição unilateral, mas sim de um contrato, se os cidadãos estão vinculados perante o Estado, este encontra-se igualmente obrigado perante os cidadãos, daqui se extrai o princípio do constitucionalismo como forma, a imposição de regras ao exercício do poder pelo Estado. Esta comunidade de indivíduos livres e iguais que, por força do contrato social, passam a integrar uma comunidade política e constituem o Estado, atende a diferentes propósitos teóricos, tratando-se das características do contrato social enunciadas por Hobbes, Locke ou Rousseau.

Na definição do espaço da comunidade, da sociedade civil, e da política, a distribuição da soberania, da titularidade e dos modos do exercício do poder é significativamente distinta em cada um destes autores. Em Hobbes e Rousseau, a idealização de um poder originário soberano, vinculado ao contrato, mas absoluto, foi posicionada em corpos sociais antagónicos, para Hobbes, a monarquia; para Rousseau, o povo. Locke aproximou-se mais da concepção moderna de constitucionalismo ao defender uma soberania repartida em diferentes poderes e, nesse sentido, foi pioneiro em sinalizar o que viria a ser o enunciado moderno de limitação constitucional da soberania governante, a separação de poderes⁸. Locke ainda aponta

8 Em Locke, a vantagem da opção pela sociedade civil em detrimento do estado de natureza está na garantia de um exercício de poder não arbitrário. Em primeiro lugar, na sociedade civil há uma lei estabelecida, conhecida e aceita por todos como padrão do justo e do injusto na resolução de controvérsias. Em segundo lugar, passa-se a contar com um juiz conhecido e imparcial para resolver as disputas aplicando a lei estabelecida. Da mesma maneira, uma terceira vantagem surge com a existência de um poder para apoiar e sustentar a sentença, dando-lhe a devida execução. Na teoria política formulado por Locke, a liberdade está assegurada na separação entre os poderes legislativo e executivo. Ao distinguir a actividade de elaboração da lei da sua aplicação, Locke identifica um conjunto de tarefas que não podem ser consideradas executivas ou legislativas e dizem respeito aos interesses externos do Estado. Para dar conta desta actividade, estabelece mais um poder no esquema de separação: o poder federativo. O poder federativo inclui o poder de guerra e paz, de ligas e alianças e todas as transacções com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade e, embora seja distinto da actividade executiva (que envolve a aplicação das leis no âmbito interno), como também exige a força do público para seu exercício, reúne-se à competência do titular do poder executivo. Como é sabido, é na teoria elaborada por Montesquieu que a separação de poderes ganha completude. Para além de incorporar a presença de um poder judiciário autónomo, Montesquieu, tendo como modelo a monarquia constitucional inglesa, procurou atender aos diferentes aspectos da separação de poderes: criação de diferentes órgãos, definição de diferentes funções e consideração dos diferentes corpos sociais presentes na sociedade. A conciliação entre o princípio da igualdade e o enunciado da separação de poderes veio a encontrar abrigo na proposta republicana dos artigos federalistas para a constituição americana. Sobre separação de poderes ver Piçarra, 1989 e Vile, 1998.

para uma outra dimensão da limitação constitucional de poderes do soberano: os direitos individuais⁹. É a defesa da propriedade que anima o conjunto de indivíduos a vincularem-se como sociedade civil perante um Estado, o que, consecutivamente, o obriga a respeitar os direitos individuais com base na propriedade.

No âmbito desta formulação, o constitucionalismo repele a defesa da soberania absoluta. Se, do ponto de vista das sociedades democráticas contemporâneas, é lógico aceitar esta repulsa em relação à soberania absoluta do governante, nos termos de Hobbes; não parece plausível acatar a ideia de que o constitucionalismo não é compatível com a defesa da soberania absoluta do povo, nos termos de Rousseau. O registo de associação entre constitucionalismo e democracia em Rousseau sempre foi de tensão. Para escapar a armadilha de afirmar a soberania popular e depois aprisiona-la na forma de constituição, Rousseau reduziu o espaço da constituição, subordinando-a a um plano distinto e inferior, dedicada aos poderes derivados e subordinados ao governo. Não seria cabível uma constituição que se ocupasse da soberania do povo sujeitando-a aos seus limites. A soberania popular, como vontade originária imanente, poderia revogar a qualquer momento o disposto na constituição¹⁰.

A compatibilidade entre o constitucionalismo moderno e o povo como soberano absoluto foi conseguida através de um outro recurso imagético: o poder constituinte. A defesa da soberania do povo, concretizada nas revoluções americana e francesa, ganhou uma forma que passa ser progressivamente aperfeiçoada no âmbito do constitucionalismo moderno. A soberania absoluta do povo, antes entendida como contraditória aos fundamentos constitucionais, dedicados à limitação do poder absoluto, passa a ser fundadora e fonte da legitimidade da constituição através da distinção entre política constitucional ordinária, exercida sobre a soberania popular e sob os limites da constituição; e política constitucional extraordinária, exercida pela soberania popular e fundadora da constituição.

O constitucionalismo moderno é assim forjado numa estreita separação entre Estado/sociedade civil, soberano constituinte/cidadão constituído, povo/representantes, poder soberano absoluto/poder constituído limitado. Na prática, simboliza uma engenharia constitucional que primeiramente isola, canaliza e o controla o povo, para, a seguir, isolar, canalizar e contrabalançar o exercício dos poderes do Estado. Enunciam-se assim os termos do paradoxo entre constitucionalismo e democracia¹¹. A despeito de estar fundado na soberania do povo, a própria noção de constitucionalismo explica o estabelecimento de limites a esta soberania, limites estabelecidos pelo próprio povo no momento constituinte, que o vincula e as gerações futuras¹². Nas sociedades democráticas/burocráticas contemporâneas, estes

9 “Se o homem no estado de natureza é tão livre, conforme dissemos, se é senhor absoluto de sua própria pessoa e posses, igual ao maior e a ninguém sujeito, por que abrirá ele mão dessa liberdade, por que abandonará o seu império e sujeitar-se-á ao domínio e controle de qualquer outro poder? Ao que é óbvio responder que, embora no estado de natureza tenha tal direito, a fruição do mesmo é muito incerta e está constantemente exposta à invasão de terceiros porque, sendo todos reis tanto quanto ele, todo homem igual a ele, e na maior parte pouco observadores da equidade e da justiça, a fruição da propriedade que possui nesse estado é muito insegura, muito arriscada”. Locke, 1973: 88.

10 Ver Fioravanti, 2001.

11 Ver Loughlin e Walker (ed.), 2007.

12 De acordo com a ideia contratualista em que o constitucionalismo possibilita a fundação da própria comunidade,

limites traduzem-se não só na previsão de um esquema de separação e controlo entre os poderes tendo por base a meritocracia e a representação, como também no estabelecimento de limites ao próprio poder de revisão e alteração da constituição. Na medida em que o constitucionalismo se fundamenta na estreita separação entre povo, Estado e constituição, nos termos de oposição entre constitucionalismo e democracia, a defesa do constitucionalismo implica a substituição da defesa da soberania do povo, pela defesa da supremacia da constituição¹³.

Muito embora o constitucionalismo moderno remeta à base teórica iluminista e ao arcabouço ideológico das revoluções francesa e americana, não foi um movimento homogéneo de conteúdo fixo. Representou, na verdade, o predomínio da concepção ideológico burguesa em diferentes contextos. Se, na Europa, o propósito inicial do movimento constitucionalista moderno foi a limitação da autoridade soberana do governante; na América, o constitucionalismo apareceu intrinsecamente relacionado com os arranjos políticos e institucionais de limitação da soberania popular¹⁴. O artifício de colocar a soberania popular como fundadora do constitucionalismo e o correlato princípio de igualdade de todos perante a lei não implicaram uma automática associação entre constitucionalismo e forma de governo democrática. São conhecidas as objecções da teoria elitista da democracia. Na relação entre democracia e constitucionalismo é interessante notar, por exemplo, que as objecções de Platão à democracia como forma de governo sustentavam-se na impossibilidade de a forma democrática responder satisfatoriamente à instabilidade provocada pela inconstância da vida política. Para Platão, a democracia não conferia a opção de uma verdadeira e estável forma de união, constituindo-se numa união instável e provisória, por falta de forma¹⁵.

A tensão entre constitucionalismo e democracia pode ser, portanto, interpretada como não existente, uma vez que, de um ponto de vista de afirmação do constitucionalismo, é este que dá condições para a democracia se afirmar como forma de governo credível. Muitas das versões de constitucionalismo baseadas na noção de governo moderado e de equilíbrio entre diferentes poderes, repugnaram a democracia como forma de governo. Em relação à democracia, a teoria política clássica sempre apresentou uma certa suspeição, acreditando que esta possa ser facilmente desvirtuada, levando à tirania da maioria, ao populismo, o que em parte deriva de uma descrença na plausibilidade de se encontrar na massa de indivíduos

Holmes (1995) defende que a constituição cria condições para o exercício da democracia através de pré-compromissos assumidos no momento da sua fundação. Noutra dimensão, Albert (2009) defende que o compromisso do constitucionalismo com a promoção da democracia exige atenção a alguns dispositivos que antagonizam com esta promessa. Esta tendência, a que denomina contraconstitucionalismo, verifica-se no estabelecimento de super-cláusulas constitucionais que não podem sofrer alteração ou revisão.

13 Essa é a defesa feita por Ronald Dworkin, ao afirmar a inexistência de conflito entre constituição e democracia. De acordo com Dworkin, o constitucionalismo é essencial para criar a comunidade política. A constituição, por sua vez, é o documento que sintetiza a moralidade racional da comunidade e promove a democracia ao circunscrever as normas que possibilitam o processo de tomada de decisão e de distribuição do poder, os direitos dos integrantes da comunidade e as normas que limitam os poderes dos representantes. Uma boa constituição deve ser afirmada e defendida contra a instabilidade política e as ameaças das maiorias legislativas. Este imperativo enaltece o papel de defensor da constituição atribuído aos tribunais através do controlo de constitucionalidade. Nestes termos, a defesa da supremacia da constituição é igualmente a defesa da legitimidade do *judicial review*. Ver Dworkin, 1995.

14 Ver Mandani, 1999: 359.

15 Ver Fioravanti, 2001: 20.

a virtude necessária para manter um sistema político moderado. Foi aliás o temor da tirania da maioria que impeliu as propostas federalistas, no âmbito da discussão fundacional do constitucionalismo americano, para a defesa de uma república federativa que afastasse o perigo de ameaça das facções¹⁶.

Neste sentido, o constitucionalismo que credibiliza a democracia pode ser caracterizado a partir de duas estratégias de contenção da soberania popular: estratégia de contenção da política constitucional, estratégia de contenção da política ordinária. A contenção através da política constitucional verifica-se, de uma maneira, na sustentação da transcendência do poder constituinte, projectado para fora dos corpos constituídos no tempo e no espaço. O espaço constituinte é remetido ao momento fundacional como acontecimento isolado e extraordinário, externo e estranho ao povo constituído. A distância e sacralização do povo constituinte, pela sabedoria e acerto na decisão enquanto representantes da vontade política da comunidade, confere-lhe legitimidade para vincular o futuro do povo constituído. De outra maneira, o povo constituinte como imanente como presença nos órgãos constitucionais está atrelado à forma da Constituição, manifestando-se nos momentos constitucionais que lhe são permitidos.

Alguns autores conferem à ideia de poder constituinte e da soberania popular imanentes uma noção mais radical – o próprio Rousseau, Negri, Carl Schmitt –, conferindo-lhe a possibilidade de revogar a ordem constitucional a qualquer altura. Mesmo apontando para uma soberania popular imanente e radical, o que a ideia de contenção da política constitucional reforça é o facto de que quando a tensão entre a afirmação da constituição e a afirmação da soberania popular pende para a defesa do constitucionalismo, submete-se, para o bem e para mal, ao regime geral de valores e ao sistema de medidas¹⁷ estipulado no projecto constitucional fundacional, como desenvolvo mais a seguir.

A contenção através da política ordinária dá-se através da suspeição das virtudes, da capacidade de escolha e da razoabilidade do povo constituído, o que resulta na construção de uma engenharia constitucional própria para garantir que apenas os melhores sejam escolhidos para a governança política. Essa engenharia constitucional sustenta-se na eleição

16 Nos artigos federalistas, a conciliação entre o princípio da igualdade e a separação de poderes apresenta outra problemática à teoria constitucional: a relação entre a maioria e minoria na administração do Estado. Noutras palavras, interessava criar mecanismos que preservassem os direitos das minorias diante da possibilidade de a maioria política se perpetuar no poder. Verifica-se uma viragem de orientação política e epistemológica, a teoria do Estado tem que se preocupar em demonstrar a conformação de uma forma de governo dirigida a grandes territórios e, ainda, investigar os mecanismos (freios e contrapesos) que podem ser criados para encorajar as virtudes nos homens e inibir-lhes os vícios, garantindo o bom funcionamento do governo contra a tirania da maioria. Nesse sentido, a soberania popular não pode estar ameaçada pela existência de facções. As ambições e os interesses particulares ameaçam a virtude dos cidadãos, desigualando-os, colocando-os em disputa e provocando o risco de um grupo majoritário apropriar-se do poder prejudicando os demais. No artigo federalista n.º 10, Madison defendia a possibilidade de se controlar os efeitos das facções. Para escapar aos riscos de degeneração das democracias, propunha uma forma de governo específica: a república fundada em um grande território. “Quando a maioria integra uma facção, a forma do governo popular, por sua vez, a habilita a sacrificar à sua paixão pelo poder e a seus interesses tanto o bem público como os direitos dos outros cidadãos. Resguardar esse bem público e estes direitos individuais contra os perigos de tal facção e, ao mesmo tempo, preservar o espírito e a forma do governo popular é justamente o grande objectivo para cuja consecução nossas pesquisas estão orientadas” (Madison, 1984:150).

17 Ver Santos, 1998.

da democracia representativa como meio privilegiado de participação no político e pela construção de um conjunto de mecanismos de controlo recíproco entre os diferentes poderes do Estado (executivo, legislativo e judiciário) entrelaçados com as esferas da administração territorial (local, estadual, regional, nacional).

Neste quadro, facilmente verifica-se porque a democracia constitucional liberal é um regime político favorável à expansão do capitalismo. Por assentar-se num regime de defesa da propriedade, da liberdade e da autonomia do indivíduo, a democracia constitucional liberal consegue estabilizar os níveis de tensão e de conflito na medida em que circunscreve o espaço do Estado e do direito como domínio exclusivo da discussão sobre controlo do poder. Ficaram sujeitos à arbitrariedade, isto é, não penetraram o terreno da discussão constitucional sobre os direitos e a limitação do poder, todos os outros espaços estruturais que correspondiam à sociedade civil (espaços doméstico, do mercado e da produção)¹⁸. Enquanto espaços de governamentalidade própria e de reprodução do poder foram postos à margem do grande movimento de teoria e prática política de luta contra a tirania. Este sagaz exercício de abstracção permite compreender o facto de, em plena ascensão do constitucionalismo como ideal, os Estados-Nação europeus terem imposto a soberania metropolitana absoluta sobre os povos colonizados sem que se discutisse, ao nível da teoria constitucional, questões relacionadas com a defesa dos direitos dos povos e com a limitação do poder imperial.

Toda esfera correspondente ao espaço privado da sociedade civil (ou seja, não relacionado com a defesa da propriedade) foi excluída da gramática dos direitos e da liberdade, o que permite entender a convivência pacífica entre a defesa ideológica de um modelo de luta contra o despotismo e a prática reiterada da violência e da sujeição das mulheres, das populações colonizadas, entre outros¹⁹. O papel regulador do direito no estabelecimento das lógicas de classificação social foi fundamental para preservar o equilíbrio do binómio liberdade pública-sujeição privada, como desenvolve a seguir.

É certo que algumas democracias constitucionais contemporâneas assistiram a uma expansão do conteúdo do constitucionalismo com a integração de direitos de segunda e terceira geração e o reconhecimento de direitos de algumas minorias nas cartas constitucionais. Neste caso, a ampliação da cobertura dos direitos reconverteu o papel do contrato social para o de administração da tensão entre regulação e emancipação²⁰. O domínio do Estado e do direito passou a concentrar o controlo das condições mínimas de estabilidade operacional do capitalismo. Uma dominação política exercida através da oscilação do Estado entre a repressão retributiva e a promoção distributiva. A gestão da inclusão e da exclusão do contrato social permite ao Estado a pacificar os níveis de tensão social. Esta gestão, feita através do reconhecimento e efectivação selectiva de liberdades, não implicou necessariamente a democratização dos outros espaços de exercício do poder, uma vez que

18 Santos argumenta a existência de uma fragmentação e hibridação jurídica entre diferentes espaços tempo do poder e da dominação política nas sociedades capitalistas. Ver Santos, 2002a, capítulo 5.

19 Ver Clavero, 2004

20 Sobre a tensão moderna entre regulação e emancipação, ver Santos, 2002a.

a discussão da prevenção da arbitrariedade passou a depender da capacidade operacional do Estado e da gramática normativa de interpenetração entre o direito estatal e as lógicas de governamentalidade dos outros espaços estruturais. A teoria político-constitucional do poder, por sua vez, continuou limitada às fórmulas abstractas de contenção da soberania do Estado.

UMA LEITURA DECOLONIAL: O CONSTITUCIONALISMO DISTÓPICO

A partir do século XIX, o uso do direito como mecanismo de regulação instrumentalizado pela expansão do capitalismo conduziu ao transplante generalizado do ideário de organização política baseado em separação de poderes e nas declaração de direitos, inicialmente, civis e políticos, posteriormente, económicos, sociais e culturais. Subjacente a esta expansão está a crença na universalidade dos direitos humanos e dos mecanismos de democracia representativa. Apesar da sua formulação mais geral – eleição de representantes, sufrágio universal, liberdades individuais, igualdade de acesso aos cargos públicos, previsão de partidos políticos, controlo de constitucionalidade das leis – espelhar a composição política de um Estado fraco e de uma organização democrática de baixa intensidade, a estrutura constitucional liberal é defendida como forma política ideal, tendo em perspectiva o consenso, a pacificação e o progresso de uma sociedade. Considerando que, como já se disse, muito da concepção de direitos humanos e de limitação ao poder político resulta da filosofia iluminista e da ideologia das revoluções, a transposição do modelo de constitucionalismo liberal questiona necessariamente a legitimidade e validade do transplante legal de uma concepção ideológica burguesa ocidental sem que tenha havido lugar à correspondente correlação de forças que conduziram o constitucionalismo na Europa e na América do Norte. Como adverte Mahmood Mandani: “Without the experience sickness, there can be no idea of health”²¹.

Na América Latina, o processo de independência, seguido da implantação do constitucionalismo liberal do século XIX, contribuiu para o que, nos termos de Quijano (2005), é o nó histórico da formação social e política latino-americana: o desencontro entre nação, identidade e democracia²². Na construção social e política dos Estados latino-americanos, os valores povo e cidadania, apesar de terem sido utilizados como forma pós-colonial de integração das sociabilidades, na verdade, tiveram como denominador comum apenas as elites. Da imagem igualitária de todos os cidadãos, estiveram excluídas vários grupos identitários políticos e culturais (indígenas, negros, mulheres). Daí que, na actualidade, alguns dos Estados-Nação latino-americanos estejam a impulsionar a refundação das suas estruturas políticas a partir de baixo, das demandas identitárias e de igualdade material dos movimentos sociais, nomeadamente as reivindicações de plurinacionalidade e de diálogo político multicultural dos movimentos indígenas²³.

21 Ver Mandani, 1999: 359.

22 Ver Quijano, 2005.

23 Ver Santos, 2010.

Uma reflexão crítica dos enunciados do constitucionalismo permite que se veja o uso do direito dentro de uma racionalidade metonímica²⁴ que se refere ao todo ocultando as partes e, assim, naturaliza as hierarquias e as classificações sociais mantendo a expectativa genérica de igualdade. É a possibilidade de enunciar os direitos numa fórmula genérica e formal que permite à ciência do direito colaborar com a manutenção da lógica de classificação presente nas sociedades, contribuindo para que esta permaneça inquestionada. Na retórica político-constitucional liberal, a sustentação de um universalismo da igualdade homogeneiza as diferenças e neutraliza as dinâmicas de reconhecimento e de redistribuição. Na fórmula geral: “todos” os “homens” são iguais em direitos, a universalidade do “todos” circunscreve a igualdade entre homens, brancos, heterossexuais, vistos como culturalmente homogêneos e estratificados, de acordo com as classes sociais a que pertencam.

Desde o fim do colonialismo europeu até a actualidade, o continente africano tem sido palco de intensas mudanças constitucionais. Esse processo de constitucionalização tem atendido tanto aos interesses das elites internas quanto aos interesses externos, que fizeram depender o reconhecimento internacional dos Estados africanos da aceitação da estrutura territorial herdada do colonialismo e do modelo e ideologia de modernização com ele impostos (Gentili, 2005: 42). Em África, a imposição do direito de tradição europeia (*civil law e common law*) foi uma decorrência do processo de colonização do continente. A principal função do Estado colonial era a manutenção da lei e da ordem para facilitar a exploração econômica e, nesse sentido, o colonizador utilizava de instrumentos jurídicos próprios para ordenar e submeter a população local. Para além da actividade administrativa, o direito também foi instrumentalizado para gerar a discriminação e inferiorização dos colonizados, nomeadamente, através da promulgação de estatutos que distribuíam direitos e estabeleciam restrições segundo critérios de classificação étnico-raciais. Teorias científicas, nomeadamente teorias racialistas, colaboraram para a criação do figura selvagem, inferior, inculto e iletrado, que carecia de condução para alcançar um estágio superior do desenvolvimento humano. A reprodução jurídica desta racionalidade espelhou-se na criação de estatutos de direitos distintos para os civilizados e para os indígenas, não incluídos na categoria de cidadãos. Este legado acarreta um grande desafio para o projecto político, administrativo e social dos estados africanos: ultrapassar um universalismo da diferença colonialmente fundado que objectificou e encarcerou o outro colonizado nas categorias natureza, tradição e selvagem.

A literatura especializada tem divergido acerca da melhor denominação para a fase de expansão do ideário constitucionalista analisando-a a partir de categorias várias: transplante legal, migração de ideias constitucionais, convergência constitucional²⁵. Para os termos da discussão sobre o constitucionalismo que aqui se apresenta, é útil a metáfora de convergência constitucional. Este termo tem sido empregado para definir a existência de um contexto favorável à utilização da solução política do constitucionalismo. Esta tese é defendida, por um lado, com recurso ao exemplo de adopção dos modelos de constituição

24 Para o conceito de razão metonímica, ver Santos, 2002b.

25 Ver Choudry, 2006.

democrática como resultado das transições quer dos países latino-americanos e quer dos países da Europa Central e do Leste, por outro lado, defende-se a introdução cada vez mais generalizada nas constituições de soluções constitucionalistas de alta intensidade, como a adesão às declarações de direito e ao *judicial review*. Esta aparente hegemonia deve ser interpretada dentro da correlação que existe entre a convergência constitucional e o consenso hegemónico democrático liberal. No âmbito do consenso hegemónico liberal a convergência constitucional assume vários sentidos: (1) a convergência entre objectivos económicos e objectivos políticos, (2) a convergência entre objectivos da política imperialista externa e objectivos da dominação política interna, e (3) a convergência entre a repressão e exclusão dos cidadãos e a sujeição da soberania dos Estados-Nação. A direcção e os sentidos apresentados são imperativos, em primeiro lugar, porque são apresentados como única alternativa para a realização da boa governança (que conduz da barbárie à civilização); em segundo lugar, porque a manutenção do constitucionalismo como utopia oculta as distopias. Os problemas apresentados pelos Estados no desenvolvimento das suas democracias constitucionais liberais são apresentados como problemas relacionados com o paciente e não com a receita. Consequentemente, o caminho sem fim de realização do ideal constitucionalista permite a convivência entre ideal democrático constitucional e a vigência de estados de natureza e estados de excepção²⁶ que bloqueiam o acesso aos direitos de populações inteiras de diversos países. A máscara da convergência em direcção ao constitucionalismo encobre a convergência entre constitucionalismo, imperialismo, capitalismo e os processos de exclusão daí decorrentes.

O movimento constitucionalista moderno, se trouxe consigo grandes promessas, o projecto de Estado-nação no qual se assenta não deu conta de realizá-las e, ao mesmo tempo, tem utilizado a força simbólica das constituições para manter as promessas em uma perspectiva formal que permita converter o fracasso do empreendimento em aspiração democrática. Aplico as categorias de Boaventura de Sousa Santos²⁷ acerca das dimensões da crise do contratualismo moderno para afirmar que as estratégias de contenção do constitucionalismo são construídas dentro de três pressupostos: um regime geral de valores, um sistema comum de medidas e um espaço-tempo privilegiado. Do ponto de vista do regime geral de valores, a vontade de todos como poder constituinte originário e o bem comum como resultado da vontade constituinte criam a agregação que torna possível a projecção como comunidade política de uma sociedade civil de indivíduos livres e iguais. O sistema comum de medidas, por sua vez, universaliza como característica colectiva e universal o menor denominador comum do constitucionalismo moderno (homem, branco, europeu/americano, proprietário), assumido como denominador da diferença entre quem compõem a comunidade política e quem não compõem, quem pode ser governante e quem será governado, quem é

26 Como afirma Baxi (2008) as declarações de direitos humanos coexistem com estados de emergência e excepção impostos pelo Estado. As emergências e excepções nem sempre são oficialmente declaradas pelo e bloqueiam a eficácia do direitos humanos. Este processo, dá-se, tanto na dimensão da soberania externa (com declarações de reservas ao cumprimento de tratados internacional de direitos humanos ou assunção de negócios e obrigações financeiras sem considerar o respeito aos direitos humanos), quanto na alocação e distribuição interna dos recursos.

27 Ver Santos, 1998.

autónomo, livre e titular de direitos e quem é tutelado. Estabelecendo uma lógica linear, assumindo como escala os estados nacionais, o sistema comum de medidas assume o próprio constitucionalismo como denominador comum para distinguir entre civilização e barbárie, entre caos e ordem. O espaço-tempo privilegiado do constitucionalismo moderno é o espaço nacional, esse é o espaço de governo através do direito e da constituição e da construção das instituições da identidade nacional (o parlamento, o judiciário, o executivo, as forças armadas e de segurança). Reproduzindo-se neste espaço, a construção constitucional identifica-se com a construção do Estado-Nação e com o seu sistema de medidas: uma língua, uma moeda, um direito, uma nação sem diferenças culturais, uma força coercitiva global etc.

A turbulência de valores, medidas e escalas a que está submetido os fundamentos do constitucionalismo moderno afunilou o seu projecto a uma administração de distopias de que está a cargo o constitucionalismo contemporâneo. Nesse sentido, Santos (1998) aponta para a existência de dois momentos de bloqueio às promessas do contratualismo/constitucionalismo: pré-contratual/pré-constituente; pós-contratual/pós-constituente. Diante da fragmentação do espaço nacional, quer pela imposição da globalização hegemónica sobre o sistema comum de medidas do Estado – impondo lógicas de segurança nacional ameaçadoras das liberdades individuais e lógicas de privação de direitos ameaçadoras da estabilidade da ordem social –, quer pelo questionamento dos denominadores comuns do constitucionalismo moderno por lógicas de pertença e reconhecimento – que abalam a homogeneidade cultural, étnica, religiosa, de género e de orientação sexual do Estado-Nação, a solução do constitucionalismo moderno não parece satisfatória. De um ponto de vista pré-contratual e pré-constituente, as expectativas de inclusão no contrato social foram defraudadas, tanto por uma prática de exercício e distribuição de direitos que reproduz estados de natureza e estados de excepção, quanto pela inadequação da própria proposta constituinte. A agregação das sociabilidades em fórmulas genéricas e mitificadoras da fundação da constituição não atendem ao vocabulário de direitos reivindicados e às expectativas de inclusão da sociedade civil estranha e incivil²⁸. Do ponto de vista pós-contratual e pós-constituente, aquelas pessoas antes incluídas pelo contrato social vêem-se empurrados para zonas de desprotecção e fascismo social, o conteúdo dos direitos sofre uma forte sobrecarga simbólica passando a ser reescrito e reinterpretado pelos grupos sociais. O poder constituinte transcendente é mundanizado e vivido como oposição, crítica e alternativa ao sentido original da constituição.

Face a um contexto teórico e político atávico e paralisante, a metáfora da convergência constitucional deve ser substituída pela metáfora da divergência. A defesa de um projecto constitucional democrático sólido expõe a fraqueza e o incumprimento do carácter material

28 Santos (2003) questiona a inaplicabilidade do conceito unitário de sociedade civil, reivindicando a sua tripartição em círculos concêntricos cuja abrangência da protecção dos direitos é progressivamente adelgada. No âmbito da relação soberano-súdito, fundam-se pelo menos três sociedades civis: a sociedade civil íntima, a sociedade civil estranha e a sociedade civil incivil. Enquanto, a sociedade civil íntima é hiper-incluída, com acesso a um leque completo de direitos (cívicos, políticos, económicos, sociais e culturais); a sociedade civil incivil é relegada a um estado de natureza cuja rigidez da mecânica de subordinação e exclusão invisibiliza os sujeitos, transformando-os em fantasmas da comunidade política. A sociedade civil estranha, por sua vez, ocupa um círculo intermediário em que o acesso aos direitos é seletivo, situando-se fundamentalmente nos direitos civis e políticos.

das democracias liberais e a sua sujeição à meta-regulação da globalização hegemónica, levantando as seguintes questões: no âmbito do cosmopolitismo subalterno, é possível imaginar uma proposta constitucional transformadora que consiga, ao mesmo tempo, fortalecer o constitucionalismo enquanto forma estabilizadora do político e a democracia enquanto conteúdo desestabilizador das formas políticas consolidadas? O direito e a globalização contra-hegemónica enquanto experiências alternativas e de crítica radical ao modo de reprodução hegemónico do poder nas sociedades capitalistas podem ser abstraídos em princípios e categorias que permitam uma fundação constitucional transformadora? As experiências constitucionais recentes de alguns países do Sul global, tem vindo a ser estudadas no âmbito da categoria teórica do constitucionalismo transformador. Trata-se de uma categoria em transição, que acompanha a esperança de conversão da realidade constitucional no sentido de construção de democracias de alta intensidade²⁹. A seguir, invoco algumas características distintivas do constitucionalismo transformador, confrontado com o constitucionalismo moderno.

DA LIBERTAÇÃO À CONSTITUIÇÃO: 5 TESAS PARA A DISCUSSÃO SOBRE O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

1. A base de reconstrução para o constitucionalismo transformador é a comunidade política

Se a teoria da constituição e teoria democrática associadas ao constitucionalismo moderno afunilaram-se em formas universalistas da igualdade e da diferença, a refundação do Estado através do constitucionalismo transformador está atenta para a diferença no universalismo. Reconhece-se o avanço do projecto constitucional moderno no que toca à consagração de direitos e a ampliação do seu espectro garantista. Contudo, assinala-se que o pêndulo da balança, entre a forma (estrutura constitucional da governança) e o conteúdo (os direitos) da promessa constitucional moderna, tem favorecido a primeira em detrimento do segundo.

O equilíbrio pretendido pelo constitucionalismo moderno, em que os direitos seriam protegidos no âmbito de uma organização constitucional do poder para a qual confeririam legitimidade democrática, vê-se prejudicado como promessa emancipatória, a partir do momento em que se começa a indagar quem é o “povo” que tem visto os seus direitos assegurados pelas estruturas constitucionais vigentes. Diante desta indagação, a clássica fórmula política de divisão entre Estado (limitado) e sociedade civil (com os direitos protegidos) deve ser re-escrita atentando para os níveis de super-inclusão e super-exclusão resultantes da gestão do contrato social moderno. Face à tolerância das estruturas constitucionais diante da coexistência num mesmo Estado Moderno de uma sociedade civil íntima, super-incluída; uma sociedade estranha, medianamente incluída e excluída; e uma sociedade civil

29

Para o conceito de democracia de alta intensidade, ver Santos e Avritzer, 2003.

incivil, super-excluída³⁰, parece evidente que a importância do constitucionalismo moderno justifica-se pela flexibilidade de aplicação selectiva da sua forma e pela função simbólica do seu conteúdo.

O constitucionalismo transformador encara o constitucionalismo moderno afirmando que a degeneração da função não implica a degeneração da forma. Utilizando a memória do engajamento do constitucionalismo com os momentos de revolução e radicalização democrática, recoloca a questão: quem é o povo? Esse é o primeiro passo de refundação política transformadora: inverter o desequilíbrio da balança. Perante o diagnóstico das feridas e clivagens do passado, muitas delas vigentes com a convivência das estruturas constitucionais e delas decorrentes, o constitucionalismo transformador propõe a reconstrução do político enquanto colectividade.

Antes de se preocupar com a dimensão jurídica da constituição, tão cara ao constitucionalismo moderno, preocupa-se, com a sua dimensão democrática. Trata-se de uma reformulação radical, a política da diferença, antes tratada ou de forma optimista, como gestão da exclusão e da inclusão no âmbito dos contratos sociais modernos; ou, de forma céptica como exclusão abissal inultrapassável, é reescrita como vontade constituinte. A mudança da fundação implica a alteração do edifício e do seu interior.

No âmbito da governança constitucional e ordinária requer que os cidadãos, organizações sociais, decisores políticos, serviços públicos, advogados e juizes substituam a racionalidade jurídica e cultural uniformizadora por uma prática jurídica de tradução multicultural.

● **2. O horizonte do constitucionalismo transformador estende-se da memória à esperança no tempo presente**

No constitucionalismo moderno, sobrepõem-se as ideias de fundação e origem. Nesta sobreposição, a constituição é recepcionada ideologicamente como o marco zero da construção e do progresso da comunidade política. Alicerçada na ideia de revolução, de ruptura radical entre o velho e o novo, a fundação constitucional moderna inaugura o presente, vincula o futuro e apaga o passado. A constituição enquanto documento simboliza, assim, o encerramento do processo de transformação social, a vontade constituinte é silenciada dá lugar à vontade constituída. No constitucionalismo transformador, a violência, a exclusão e o sofrimento sistemáticos que estão na base da vontade constituinte não permitem que sejam confundidas libertação e liberdade³¹. A luta histórica por liberdade é mais densa e mais ambiciosa do que a libertação conseguida através dos processos constitucionais. Neste sentido, os textos que resultam dos processos constituintes transformadores são vistos como documentos em transição. Não só pela necessidade de negociação e consenso inerentes aos processos constituintes ou pelas limitações decorrentes da conversão da vontade constituinte em forma constitucional, mas principalmente porque, em muitos casos, a liberdade não será

30 Ver Santos, 2003.

31 Ver Arendt, 1988.

plenamente conquistada sem a conciliação com o passado. Neste sentido, o constitucionalismo transformador tem um sentido progressivo (da liberdade futura a alcançar), um sentido presente (de tradução da liberdade constituída) e um sentido regressivo (de memória e reconciliação face ao dano sistemático sofrido). A transformação, nunca inteiramente conquistada, é vivida como a contraposição presente entre o velho e o novo³². Esta dialéctica estende-se à prática e à interpretação das formas constituídas pela vontade constituinte. Se, por um lado, a vontade constituinte transformadora está comprometida com a inovação do vocabulário político e institucional através da promulgação das novas constituições, por outro lado, a memória da violência e do sofrimento traduz-se num cepticismo em relação às formas constituídas, dada a experiência passada de degeneração das promessas emancipatórias da constituição em face da convergência entre a vontade constituída e as lógicas de exclusão do capitalismo e do colonialismo. A esperança que o constitucionalismo transformador deposita nos novos textos constitucionais é a vigilância presente dos modos de interpretação e realização da vontade constituinte. Não se espera da constituição que ponha um fim às expectativas de transformação social, ou vincule o seu futuro, mas mantém-se acesa a expectativa de alcançar, através da realização da vontade constituinte, a libertação do ciclo histórico de violência e exclusão com o qual o constitucionalismo moderno foi conivente.

● 3. A defesa da liberdade pelo constitucionalismo transformador é a defesa de uma “liberdade difícil”³³

A racionalidade crítica a ser exercida pelo constitucionalismo transformador sobre os padrões de reprodução da dominação política, para corresponder às expectativas de uma liberdade emancipadora, tem que enfrentar vários desafios. Em primeiro lugar, as transformações do projecto político constitucional implicam a tensão e a negociação de valores entre diferentes grupos. As dificuldades decorrem não apenas da sobrecarga simbólica característica dos valores constitucionais contemporâneos, mas especialmente do facto de o exercício do poder constituinte transformador não afastar a influência e a presença dos grupos responsáveis pela dominação política e pelos processos de exclusão contra os quais ele se insurge.

A dificuldade de defesa da liberdade, neste caso, pode ser sintetizada na seguinte frase: defender a liberdade, sem se sujeitar ou reproduzir a sujeição. Em segundo lugar, a afirmação de direitos feita pelo constitucionalismo transformador dá-se num contexto de dominação política que suporta a coexistência pacífica entre a afirmação constitucional e legal de direitos, a declaração de estados de excepção e a reprodução de estados de natureza que bloqueiam o acesso a esses direitos³⁴. Neste contexto, o constitucionalismo transformador ergue-se não apenas contra a tirania política, mas especialmente contra a tirania do fascismo social³⁵. A acção contra as diversas modalidades do fascismo social deve ter em conta o papel

32 Ver Baxi, 2008.

33 Idem.

34 Ver Lauris, 2015.

35 O conceito de fascismo social, legalidade cosmopolita subalterna e de mobilização política e jurídica das lutas da legalidade subalterna são apresentados por Boaventura de Sousa Santos (2003) no texto seminal “Poderá o direito ser emanci-

contraditório de repressão, mediação e gestão a inclusão e da exclusão exercido pelo Estado. As estratégias utilizadas devem cobrir um largo espectro de possibilidades estratégicas, desde medidas indirectas de negociação e pressão até medidas mais intensas (acção directa, desobediência civil, manifestações, etc.).

● 4. O constitucionalismo transformador substitui a sacralização do texto constitucional e do momento da sua fundação pela mundanização do poder constituinte cosmopolita

As experiências totalitárias vividas durante o entre guerras desferiram um golpe na evolução do constitucionalismo, demonstrando que um governo em que a constituição não passa de uma declaração de direitos sem força normativa não confere qualidade democrática ao regime político. No constitucionalismo moderno, a defesa da qualidade democrática da constituição relaciona-se com a suspeição exercida sobre as leis e sobre as maiorias legislativas. A supremacia da constituição associa-se, assim, à supremacia do conteúdo material das democracias. A ideia de supremacia da constituição pode facilmente padecer de alguns dos excessos do constitucionalismo moderno: (1) super-relativização do papel do consenso alcançado na fundação dos textos constitucionais e decorrente sacralização da vontade constituinte e do sentido original da constituição, (2) super-relativização do papel do direito na regulação democrática dos processos de exclusão e inclusão e decorrente sujeição pacífica à vontade constituída e à legitimidade do exercício de poder pelos governantes. Por um lado, a defesa da supremacia da constituição pode representar a defesa de uma constituição estática, uma ordem consensual a ser preservada, que, na prática, tende a convergir com os propósitos de preservação do *status quo* e da autoridade das elites políticas e jurídicas. Por outro lado, pode significar a defesa de uma constituição dinâmica, cujos valores sofrem um permanente curto-circuito simbólico de significações apropriadas e reinterpretadas pela resistência das lutas sociais e em tensão permanente com os bloqueios pré e pós-constituintes/pré e pós-contratual. O constitucionalismo transformador substitui o valor do consenso pelo valor do dissenso e o princípio do direito pelo princípio da democracia multicultural. Como não pretende substituir o consenso hegemónico por um consenso contra-hegemónico, tem como pressuposto a consciência da impossibilidade de o texto constitucional sintetizar, num documento normativo, uma teoria geral da emancipação social. O constitucionalismo transformador afirma a dimensão jurídica da constituição, mas num contexto em que o Estado e a constituição não são vistos como completos e acabados. A este respeito, não é despidendo notar o largo uso que os textos das novas constituições fazem dos princípios constitucionais. A vivência da transformação do Estado e da constituição é experienciada como um ainda não³⁶. Tal facto permite compreender, por exemplo, como, no caso boliviano, apesar da conversão de muitas propostas do projecto constituinte em favor das propostas da oposição conservadora, o texto constitucional tenha sido celebrado pelos movimentos sociais e não pela elite conservadora. Ao contrário do constitucionalismo

patório?''.

36 Emprego a este termo o sentido que lhe dá Boaventura de Sousa Santos (2002b) ao defender a necessidade de uma sociologia das ausências e das emergências.

moderno, o constitucionalismo transformador pode dispensar o artifício de sacralizar texto constitucional ou a vontade constituinte originária, celebrando o cosmopolitismo subalterno³⁷ que está na origem da constituição como poder constituinte imanente.

5. O constitucionalismo não será transformador se a mudança no texto constitucional não repercutir na forma de produzir e reproduzir o direito

Enquanto a constituição transformadora é politicamente engajada, os modos de produção e reprodução do direito e da ciência jurídica, atendendo aos padrões de governança constitucional liberal, amparam-se num senso comum teórico de aplicação apolítica do poder jurídico. A expectativa de realizar a vontade constituinte transformadora pode levar a uma contradição entre o conteúdo da constituição e a metodologia interpretativa utilizada. A metodologia interpretativa liberal originalista, por exemplo, permite facilmente desenvolver um falso silogismo acerca de qual deve ser a melhor interpretação da constituição: a vontade constituinte é x , a interpretação da constituição deve revelar a vontade constituinte, a interpretação da constituição deve ser x . No âmbito da teoria constitucional moderna, é esta a lógica interpretativa que tem servido para justificar de forma genérica, abstracta e vinculativa a defesa de um interesse particular como a interpretação original da vontade de todos. É tentador emular essa lógica de raciocínio jurídico-interpretativo para defender a necessidade legal de cumprir com o carácter transformador da constituição. O constitucionalismo transformador não vincula o projecto político da constituição a um projecto político de metodologia interpretativa constitucional. Não se trata de defender um método interpretativo politicamente neutro ou politicamente engajado, mas antes admitir que essa separação não existe e que desvelar essa falácia é importante para actuação estratégica das lutas sociais e para utilização contra-hegemónica que estas fazem do direito. A metodologia interpretativa da constituição pode ser juridicamente progressista, sem ser politicamente progressista, o constitucionalismo transformador não defende a afiliação a uma ideologia política determinada, insiste, sim, na transformação do excessivo formalismo uniformizador da cultura jurídica e da falsa justificação da sua neutralidade. Diferentemente da teoria constitucional liberal de autores como Dworkin, que defende a escolha de valores morais por parte dos actores jurídicos utilizando a diferença entre razão jurídica e razão política para justificar a legitimidade do exercício do controle judicial da constitucionalidade, no constitucionalismo transformador, a transparência das escolhas morais dos operadores e a defesa da argumentação e da racionalidade jurídica tem por propósito de servir às lutas populares e ao papel que pode ser exercido pelo direito neste âmbito. Noutras palavras, a defesa da razão política ou jurídica pode estar a serviço da legitimação do constitucionalismo na medida em que está a serviço da defesa da democracia e da legalidade cosmopolita subalterna. Ao contrário do que defende o liberalismo político não há método objectivo através do qual se faz direito e não política. Reconhecendo o trabalho de interpretação da constituição como político, quanto mais politicamente engajado for o texto constitucional,

menor a necessidade do trabalho interpretativo³⁸. A metodologia interpretativa do constitucionalismo transformador não está orientada para desvelar a melhor interpretação da constituição ou a interpretação mais engajada com a transformação social, que pode assumir vários sentidos. Procura descortinar o carácter político e de livre escolha do processo de interpretação do direito abrindo espaço para que este possa ser igualmente apropriado também pelas partes que estiveram sistematicamente excluídas do contrato social.

BIBLIOGRAFIA

Arendt, Hannah (1988). *Da revolução*. São Paulo: Ática.

Baxi, Upendra (2008). Preliminary notes on transformative constitutionalism. BISA Conference: courting justice, Delhi, April 27-29, 2008.

Belamy, Richard (1996). The political form of the constitution: the separation of powers, rights and representative democracy, *Political Studies*, XLIV: 436-456.

Canotilho, J. J. Gomes (2005). *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina.

Choudry, Sujit (2006). *The migration of constitutional ideas*. Oxford: OUP.

Clavero, Bartolomé (2004). *Constitución Europea e Historia Constitucional: El rapto de los poderes*. Disponível em: <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=64>

Deng, Francis M. (2004), "Human Rights in the African Context", Wiredu, Kwasi (ed.). *A companion to African Philosophy*. Blackwell Publishing.

Gentili, Anna-Maria (2005), *Ethnicity and Citizenship in Sub Saharan Africa*, Chabal, Patrick (eds.). *Is Violence Inevitable in Africa? Theories of Conflict and Approaches to Conflict Prevention*. Leiden/ Bóston: Brill, 35-54.

Dworkin, Ronald (1995). *Constitutionalism and Democracy*. *European Journal of Philosophy*, nº 3:1: 2-11.

Gough, J. W. (1980). *A separação de poderes e a soberania*. Sadek, Maria Tereza. *O pensamento político clássico: Maquiavel, Locke, Montesquieu e Rousseau*. São Paulo: T. A. Queiroz.

Fioravanti, Maurizio (2001). *Constitucion: de la antigüedad a nuestros dias*. Madrid: Trota

Hirschl, Ran (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard: HUP.

Holmes, Stephen (1995). *Precommitment and the paradox of democracy*. *Passions and Constraints*. Chicago: University of Chicago Press: 134-77.

Holmes, Stephen (s/a). *Can constitutions think?*

38 Ver Roux, 2009.

Lauris, Élide (2015), “Uma questão de vida ou morte: para uma concepção emancipatória de acesso à justiça”, *Direito e Práxis*, 6, 10, 412-454.

Locke, John (1973). Segundo tratado sobre o governo. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural.

Loughlin, Martin e Walker, Neil (2007). *The Paradox of Constitutionalism: the constituent power and the constitutional form*. Oxford: OUP.

Madison, James (1984). Artigo Federalista nº 10. *Os Federalistas*. Brasília: Editora UNB.

Mandani, Mahmood (1999). The social basis of constitutionalism in Africa, *The Journal of Modern African Studies*, vol. 28, nº 3.

McIlwain, Charles Howard (2007). *Constitutionalism: ancient and modern*. Indiana: Liberty Fund.

Montesquieu (1995). O espírito das leis. Weffort, Francisco (org.) *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 1995

Moreira, Vital (1995). Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. VVAA. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Coimbra Editora.

Piçarra, Nuno (1989). A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo ao estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora.

Quijano, Aníbal (2005). El “movimiento indígena” y las cuestiones pendientes en América Latina. *Revista Tareas*, enero-abril, nº 119.

Roux, Theunis (2009). Transformative Constitutionalism and the best interpretation of the South African constitution: distinction without a difference? Disponível em: <http://hdl.handle.net/2263/11676>

Santos, Boaventura de Sousa (1998), “Reinventar a Democracia: Entre o Pré-Contratualismo e o Pós-Contratualismo”. *Oficina do CES*, 107.

Santos, Boaventura de Sousa (2002a). A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência. Porto: Afrontamento. 2.ª ed.

Santos, Boaventura de Sousa (2002b). “Para uma sociologia das ausências e das emergências”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 63: 237-280.

Santos, Boaventura de Sousa (2003). “Poderá o direito ser emancipatório?” *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65: 3-76.

Santos, Boaventura de Sousa (2010), *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociod.

Santos, Boaventura de Sousa; Avritzer, Leonardo (2003). "Introdução para ampliar o cânone democrático". Santos, Boaventura (org.). Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Porto: Afrontamento.

Viciano Pastor, Roberto e Martínez Dalmau, Rubén (s/a). Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?

Vile, M. J. C. (1998). Constitutionalism and the separation of powers. Indiana: Liberty Fund.

