

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

MARCOS LEITE GARCIA

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-341-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Como corresponde aos nossos anseios de seguir construindo uma sociedade democrática, aberta, mais justa e plural, a presente obra reúne artigos que foram previamente aprovados (com dupla revisão cega por pares) para o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II. Assim sendo, os respectivos trabalhos foram apresentados e debatidos no dia 9 de dezembro de 2016 nas dependências da UNICURITIBA, situada na Rua Chile na capital paranaense, durante a realização do XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

Quanto ao recorte temático, partindo do eixo Direitos Fundamentais e suas Garantias, os esforços foram direcionados para o aprofundamento dos debates dos mais diversos, atuais, polêmicos e relevantes assuntos como a questão do aborto; da escravidão nos dias atuais em nosso país; discursos de ódio; proteção dos direitos da criança e adolescente; efetivação e construção artificial da igualdade; direito à identidade constitucional; e fortalecimento do poder judiciário. Ainda assim temas clássicos como os do princípio da dignidade da pessoa humana, direito à vida, princípio da proporcionalidade, liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdades de informação e sobre as gerações de direitos humanos.

Considerando esse vasto e interessante universo de ideias, optou-se por reunir os artigos em blocos, por afinidade de assuntos, o que viabilizou um fértil debate após as apresentações de cada grupo temático. Dita dinâmica, além do excelente clima de respeito mútuo e de estreitar os laços entre os pesquisadores, viabilizou a reflexão e o intercâmbio de pensamentos, o que sem nenhuma dúvida reforça e qualifica a pesquisa científica no tema dos Direitos Fundamentais e suas respectivas Garantias.

Boa leitura a todos!

Curitiba, dezembro de 2016.

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro. UNOESTE-SC/UFSC

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia. UNIVALI-SC/UPF-RS

A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

THE FUNDAMENTALITY RIGHT TO IDENTITY CONSTITUTIONAL

Tatiana Fortes Litwinski ¹
André Luis Costa Barros

Resumo

O presente artigo tem por escopo a construção de uma teia argumentativa capaz de enquadrar o sujeito constitucional sob o manto do direito à identidade constitucional. Neste ponto, utilizou-se como marco teórico os ensinamentos de Michel Rosenfeld e Teoria de interpretação de Peter Häberle. O objetivo principal deste trabalho é o de relacionar a fundamentalidade do direito à identidade sob o prisma do sujeito constitucional, como real sujeito e destinatários das normas constitucionais. O método de pesquisa adotado é a pesquisa bibliográfica, com intuito de construir um quadro de referência teórica como fundamento para o tema ora proposto.

Palavras-chave: Direito fundamental, Sujeito constitucional, Participação efetiva, Pluralidade de interpretes

Abstract/Resumen/Résumé

This article is scope to build a web argumentative able to frame the constitutional subject under the guise of the right to constitutional identity. At this point, it was used as a theoretical framework the teachings of Michel Rosenfeld and theory of interpretation of Peter Häberle. The main objective of this work is to relate the fundamentality of the right to identity in the light of the constitutional subject, as real subject and recipients of constitutional norms. The research method adopted is the literature, in order to build a theoretical framework as the basis for the theme in question.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental right, Constitutional subject, Effective participation, Plurality of interpreters

¹ Conselheira Estadual da Ordem dos Advogados de Sergipe, advogada e Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe

1- INTRODUÇÃO

Expressiva e pertinente o trecho da letra da música “É” de Luiz Gonzaga do Nascimento Júnior - Gonzaguinha, que enseja à reflexão acerca dos direitos fundamentais do homem, especificamente o direito à identidade constitucional, como direito fundamental implícito e instrumento propulsor da força normativa da Constituição.

Neste intróito, aduz que os direitos fundamentais são caracterizados pela sua função dignificadora, servindo como pilar de sustentação para sedimentar o Estado Democrático de Direito, a Democracia e até mesmo a própria Cidadania.

No “embalo envolvente” do Constitucionalismo, a Constituição Federal de 1988 arquitetou no seu esqueleto constitucional os direitos e garantias fundamentais no Título II, sendo que este rol não é taxativo, já que o art. 5º, § 2º da Constituição Federal amplia esse catálogo de direitos fundamentais, reconhecendo direitos “implícitos”, “decorrentes” e os positivados fora do Título II, ao afirmar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Neste embate, o presente artigo possui como objetivo analisar as vicissitudes e os pormenores dos discursos jurídicos com base na fundamentalidade implícita do direito à identidade constitucional, com ênfase na construção ou reconstrução do sujeito constitucional, ao possibilitar a fusão do sujeito ao direito à identidade, devido à inextricável interação destes atributos para a concretização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, arrimada a necessidade de desenvolver um campo argumentativo proporcional a busca ora levantada, necessário se fez debruçar nos ensinamentos do jurista estadunidense Michel Rosenfeld, com o viés de consolidar o estudo do sujeito constitucional, dentro da perspectiva de construção e reconstrução, do olhar do “eu” e do “outro”, tudo isto dentro de um enfoque constitucional.

Os corrosivos efeitos da abstenção constitucional e até mesmo da audaciosa aversão constitucional aflorou na população, de maneira geral, um sentimento de crise. Na imprecisão do termo crise remete-se uma reflexão que órbita sob o espectro da crise de identidade, de representatividade, de democracia.

Neste norte, o presente trabalho emerge da necessidade de concretizar o direito à identidade constitucional ao patamar de direito fundamental como forma de coibir o distanciamento da população ao texto constitucional e, conseqüentemente, remediar a própria patologia da aversão constitucional.

Com base neste cenário, um dos tópicos do artigo envolve-se no contexto brasileiro, e ao adentrar neste estudo, percebe-se que, em pleno século XXI, a maioria da população brasileira não sabe o verdadeiro significado de uma Constituição! Isto estimula concluir que a raiz histórica contamina, até o presente momento, as células do corpo social, já que a passividade e o distanciamento da Constituição não é obra individual, mas sim um traço histórico!

Por conta desta constatação, o artigo foi elaborado com o fito de demonstrar a importância de lançar o olhar ao sujeito constitucional e só assim desenhar a identidade constitucional, colocando esta a um patamar de importância e essencialidade.

Ao aprofundar a necessidade da constante construção do sujeito constitucional como forma de alcance desta identidade, fora desenvolvido no presente estudo a tese argumentativa acerca da necessidade da participação efetiva de todas as pessoas no seio social, dando voz e vez a minoria dissente, abrindo espaço ao diálogo, dentro da perspectiva lançada por Peter Harbele, ao proclamar a importância da comunidade de interpretes, bem como os ensinamentos de Hanna Arendt, ao prescrever a necessidade da “fala”, da “singularidade” e da troca de experiência na esfera pública.

A Teoria constitucional do Pós Guerra abriu espaço ao patriotismo constitucional, ao discurso da comunicação, a expansão interpretativa, a identidade nacional, arquetizando os esqueletos constitucionais e abolindo a Constituição que tinham como reflexo, apenas, a vontade dos detentores do poder.

Neste espectro, novamente, reaparece a palavra crise, já que em muitos países, como no Brasil, a cidadania se perpetua apenas nos discursos utópicos e isto conduz a importância de abrir os olhos para esta realidade.

Além disso, o direito à identidade Constitucional não circula nas células brasileiras, sendo que a ausência desta circulação induz a falta de oxigenação das células sociais, fustigando, assim, a acepção primária de democracia, perpetuando uma falsa idéia de representação e de vontade da maioria.

Ao deparar com esta patologia, não se verificou outra saída, que não seja o de encantamento e aprofundamento da obra traduzida por Menelick de Carvalho Netto, a qual possibilitou uma reflexão acerca da necessidade de se pensar no sujeito constitucional de forma que a identidade de um povo seja construída e reconstruída por meio de uma cidadania exercitada.

Por fim, a pesquisa foi orientada por meio do método de pesquisa bibliográfica com o viés de construir a argumentação teórica fundamental ao tema proposto, sendo que a busca

bibliográfica corporificou-se como instrumento necessário para definir o ambiente contextualizado, o problema de pesquisa e o objetivo geral do tema ora desenvolvido.

Por oportuno, conclui-se que o trabalho tem o fim precípua de aniquilar a falsa idéia de soberania popular e cidadania ativa, ao demonstrar a necessidade de enquadrar o direito à identidade constitucional ao patamar de direito fundamental, por meio da construção e reconstrução do sujeito constitucional, colocando o povo como os verdadeiros atores na condução do Estado Democrático de Direito.

1 Conceção histórica do termo “povo” e a fundamentalidade do direito à identidade constitucional.

Antes de adentrar ao tema ora proposto, torna-se salutar fazer uma regressão histórica da concepção de povo, com o intuito de perquirir a evolução e o amadurecimento do termo aos dias atuais, bem como transportar as digressões e contradições ao amadurecimento histórico ora desenhado.

Ao mergulhar na história da Grécia antiga, especificadamente na cidade de Atenas, sob o governo de Péricles, entre 461 e 429 a.c., remete-se que a concepção de povo se restringia aos cidadãos atenienses homens que haviam cumprido serviço militar, estando fora da participação política as mulheres, os estrangeiros e os escravos.

Nesta senda, aduz que da Antiguidade aos dias atuais, o que se verifica foi a expansão do direito de cidadania, e o grande destaque nesta ampliação foi lançar o olhar aos grupos esquecidos.

Como por exemplo, os caminhos árduos da escravidão, a qual deixou as suas marcas por um longo período, só sendo abolida “formalmente” no século XIX, como, também os direitos políticos das mulheres, que no Brasil só teve o seu reconhecimento no século XX, mais precisamente no ano de 1932.

Dentro deste parâmetro, resta a seguinte indagação: E nos dias atuais o povo pode ser consideração na sua ampla acepção? Podemos admitir a inserção dos imigrantes? Dos Refugiados?

Por questões de didática, a questão acima testilhada não será objeto de estudo, vez que tal questão transcenderia o objetivo principal do trabalho e, conseqüentemente, ofuscaria o cerne da pesquisa.

Neste norte, volta-se a questão da necessidade de se construir ou reconstruir o sujeito constitucional para concretizar o direito fundamental à identidade constitucional, dentro do espectro da ampliação dos legitimados, consoante preceitua a Teoria Constitucional.

Na perspectiva ora lançada, trago a idéia de Michel Rosenfeld (2003), traduzida por Menelick de Carvalho Netto, que no ensaio intitulado “A Identidade do Sujeito Constitucional”, ao estabelecer a tese de aprofundamento e conformidade de valores e paradigmas, em total relação com os aspectos da própria sociedade, do constitucionalismo, e da democracia, por intermédio de uma análise desconstrutiva e em seguida reconstrutiva do discurso constitucional.

A par disto, trago à baila os dizeres do ilustre autor (ROSENFELD, 2003, p. 14):

“a dinâmica incorporação de uma tensão permanente, imprescindível à atual abordagem constitucional, entre um enfoque sociológico e desconstrutivo, crítico das possibilidades de abuso sempre permanentes no Direito Constitucional, e a perspectiva interna e reconstrutiva, capaz de garantir a inafastabilidade dos princípios da igualdade da liberdade reciprocamente reconhecidos por todos os membros da comunidade política a si mesmos”.

Lado certo, a reconstrução torna-se necessária, mas jamais será completa, ante as mudanças sociais e a expansão interpretativa.

Outro aspecto importante e que merece atenção é que a identidade constitucional da sociedade está intrinsecamente ligada ao contexto constitucional ao qual estão inseridos.

À guisa de exemplificação, salienta-se o exemplo citado por Rosenfeld ao declinar que George Bush jamais poderia ser presidente da França, já que os objetivos e as propostas políticas da sociedade americana diverge da sociedade francesa, levando este fato a seguinte conclusão: a identidade da sociedade tem reflexo na relação Constitucionalismo e democracia adotada por cada país.

Neste norte, é inexorável registrar a distinção da visão de democracia americana para democracia francesa, já que a primeira entende ser a democracia necessária, mas extremamente perigosa, por conta do medo da tirania da maioria, em contrapartida a francesa tem como norte a noção de maioria nacional, por ser um Estado centralizado, unificado.

Com o fito de expandir a reflexão aqui delineada, torna-se salutar trazer a tese levantada por Rosenfeld (2003, p. 82) ao identificar três requisitos fundamentais para a instrumentalização do discurso constitucional, para a construção e reconstrução do sujeito constitucional e a efetivação do direito fundamental a identidade constitucional: negação, metáfora e metonímia.

A interação entre os aparatos da negação, da metáfora e da metonímia [...] ocorre em vários níveis distintos resultando em múltiplas combinações e interseções, que têm que ser integradas com sucesso para apresentar uma avaliação exaustiva da formação, da evolução e da dissolução reconstitutivas das identidades constitucionais.

Deste modo, o reconhecimento do direito à identidade como um direito de caráter fundamental coteja a essencialidade do discurso constitucional, dentro do contexto interativo acima declinado, em um nível universal e geral, como forma de efetivação da própria cidadania e a concretização imediata dos direitos fundamentais.

È inegável que o sujeito constitucional não pode ser visto de forma estática e imutável, e isto exige uma continua construção e reconstrução da própria identidade constitucional, sendo isto essencial para efetivação dos direitos Constitucionais.

Neste ponto, cito um trecho da obra de Rosenfeld (2003 p. 17-18):

O problema, no entanto, é que tanto o passado quando o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar linhas de continuidade. Ainda que a real intenção dos constituintes fosse plena e claramente acessível, permaneceria em discussão o quanto e em qual medida e extensão ela deveria ser relevante ou vinculante para uma determinada geração subsequente. E, dado que a intenção dos constituintes sempre poderá ser apreendida em diversos níveis de abstração, sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída.

Nesse sentido, enuncia as palavras de HÄBERLE (2002, p. 37):

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão [...]

È irracional identificar o sujeito constitucional por meio de um critério quantitativo importado por meio das eleições, como o único meio de legitimação democrática no processo de decisão.

Outro ponto importante e que não pode ser menosprezado para a efetivação do direito à identidade constitucional é o rompimento da distância entre a imagem dos constituintes, dando azo a verdadeira abertura decisória, não posso aceitar a “representação” que espelha apenas interesse de natureza particular e que afoga o verdadeiro significado da própria expressão representação política.

Não se pode obliterar nem tampouco esmoecer para conquistar a identidade constitucional necessário se faz lançar o olhar no outro, já que a diferença e a pluralidade de idéias proporciona a construção e reconstrução da própria identidade constitucional.

Dentro deste prisma, trago outro trecho da obra de Michel Rosenfeld (2003, p. 114):

O ideal de integrar todas as diferenças, embora inalcançável, fornece uma útil finalidade crítica que opera como um contrafactual pensado para nos recordar que todas as identidades constitucionais são falhas, insuficientes e sempre em constante carência de maior aperfeiçoamento e finalização.

Ao concentrar a atenção no direito à identidade sob o prisma do Ordenamento Brasileiro, resta indubitável que como ingresso da Constituição Federal de 1988 não se observou uma negação total a ordem anterior, contrariando os requisitos desenhados por Rosenfeld, vez que não houve negação e sim uma transição negociada com o regime autoritário.

Desta forma, não houve no Brasil um processo de construção do direito à identidade constitucional, tendo como resultado final o real distanciamento do povo ao texto constitucional e a própria finalidade contida na nova ordem constitucional surgida.

Por esta forma, torna-se imprescindível o enquadramento do direito à identidade constitucional como um direito de caráter fundamental, tendo em vista a essencialidade deste direito na concretização dos objetivos e finalidades do Estado Democrático de Direito.

1. Direito à identidade e a relação e tensão entre Constitucionalismo e Democracia

Inexoravelmente ao fixar a atenção nos termos Constitucionalismo e Democracia, torna-se inevitável analisar a relação e, ao mesmo tempo, a tensão entre eles.

Ante este fato sublinhado, o aprofundamento da necessidade de olhar o direito à identidade como direito de natureza fundamental, enfatiza a importância de estudar a relação entre o Constitucionalismo e a Democracia, eis que o direito à identidade só consegue se expandir em um Estado que mantenha o equilíbrio e a constante relação entre os termos ora enunciados.

Arrimados a esta necessidade de concretização de um Estado Democrático de Direito, torna salutar enunciar a situação conflitante na doutrina quanto à relação entre constitucionalismo e democracia, ressaltando, assim, os posicionamentos de Michelman e Harbemas.

Em vista das considerações delineadas, verifica-se que Michelman adentrou no método comparativo ao estudar o posicionamento de Post e Dworkin, e por conta disso trouxe a expressão o “paradoxo da democracia constitucional”.

Neste prisma, Michelman traçou o seu entendimento acerca das teorias declinadas: Na democracia procedimental de Post, o argumento levantado por ele é que a abertura do processo decisório poderia implicar na violação dos direitos fundamentais. Em contrapartida, na democracia como direito de Dworkin, ele enfatiza um complexo paradoxo pelo reconhecimento do indivíduo como agente da soberania popular, mas com restrição de alguns direitos do processo político decisório.

Neste ponto, torna-se essencial a transcrição das palavras de Frank Milcheman (1999, p.01), explanada após um diálogo com Jürgen Habermas ocorrido na Cardozo Law School, em 1999, a propósito do seu recém lançado livro à época, *Brennan and democracy*:

[...] o paradoxo da democracia constitucional assume várias formas. A democracia aparece como auto-governo do povo – as pessoas de um país decidindo por si mesmas os conteúdos decisivos e fundamentais das normas que organizam e regulam a sua comunidade política. O constitucionalismo aparece como a contenção da tomada de decisão popular através de uma norma fundamental, a constituição – law of Law making, projetada para controlar até onde as normas podem ser feitas, por quem e através de quais procedimentos. É parte essencial da noção de constitucionalismo que a norma fundamental deva ser intocável pela política majoritária (que ela deve limitar).

Com base nas constatações de Michelman, indagações se tornaram freqüentes quanto a existência ou não de um paradoxo entre Democracia e Constitucionalismo.

Dentro deste contexto, torna-se salutar o posicionamento de Habermas ao descaracterizar, veementemente, a ocorrência de um paradoxo, argumentando que as teorias trazidas por Michelman não se opõem, ao contrário, se complementa.

O que se verifica nas idéias de Michelman (1999, p. 15- 16) é a existência de divergências de opiniões entre os membros de uma sociedade, sendo incompreensível o autogoverno por meio de leis que possam ser revoltantes para os indivíduos dissentes.

Neste prisma, o referido autor acima citado traz como solução para este conflito a existência do Poder Judiciário, já que este poder teria como principal atribuição supervisionar a atuação dos demais poderes e autogoverno dos indivíduos.

Dentro deste contexto, o ilustre jurista Michelman afirma que a democracia no seu contexto constitucional vive uma situação de paradoxo e dentro de duas perspectivas, já que é vista tanto no espectro como governo da lei como governo por ato do povo.

Nesse ponto, torna-se interessante trazer as palavras de Lenio Streck (STRECK, 2008, p. 19-20) que, em seu compêndio “Verdade e Consenso”, mencionou:

Não fosse por outras razões, não se pode perder de vista o mínimo, isto é, que o Estado Constitucional só existe e tornou-se perene a partir e por meio de um processo político constitucionalmente regulado (Loewestein). Na verdade, a afirmação da existência de uma “tensão” irrecorrível entre constitucionalismo e democracia é um dos mitos centrais do pensamento político moderno, que entendo deva ser desmi(s)tificado. Frise-se, ademais, que, se existir alguma contraposição, esta ocorre necessariamente entre a democracia constitucional e democracia majoritária, questão que vem abordada em autores como Dworkin, para quem a democracia constitucional pressupõe uma teoria de direitos fundamentais que tenham exatamente a função de colocar-se como limites/freios às maiorias eventuais. A regra contramajoritária, desse modo, vai além do estabelecimento de limites formais às assim denominadas maiorias eventuais; de fato, ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, representado pelo compromisso – no caso brasileiro, tal questão está claramente explicitada no art. 3º da Constituição– do resgate das promessas da modernidade, que apontará, ao mesmo tempo, para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social), até porque cada norma constitucional possui diversos âmbitos eficácias (uma norma pode ser, ao mesmo tempo, programática no sentido clássico, de eficácia plena no sentido prestacional ou servir como garantia para garantir o cidadão contra os excessos do Estado). Por isto, o alerta que bem representa o paradoxo que é a Constituição: uma vontade popular majoritária permanente, sem freios contramajoritários, equivale à *volonté générale*, a vontade geral absoluta propugnada por Rousseau, que se revelaria, na verdade, em uma ditadura permanente. Não há dúvida, pois, que o Estado Constitucional representa uma fórmula de Estado de Direito, talvez a sua mais cabal realização, pois se a essência do Estado de Direito é a submissão do poder ao Direito, somente quando existe uma verdadeira Constituição esta submissão compreende também a submissão do Poder Legislativo, nos diz Prieto Sanchis, aduzindo, ademais, que isto não deveria constituir qualquer novidade, uma vez que já em 1966 Elias Diaz se perguntava se no Estado de Direito havia base para o absolutismo Legislativo e sua resposta era categoricamente negativa: o Poder Legislativo está limitado pela Constituição e pelos Tribunais, ordinários ou especiais conforme os sistemas, que velam pela garantia da constitucionalidade das leis.

Ou seja, a vontade da maioria, dentro do próprio conceito de democracia, não pode por si só desenhar o verdadeiro Estado Democrático de Direito, por lhe faltar a essência, ou melhor o verdadeiro perfume do próprio termo, já que não é compreensível ver um Estado Democrático de direito que não respeite os direitos e garantias fundamentais.

À guisa de exemplificação e com o intuito de enfrentamento do tema, destaca-se que o próprio regime nazista teve como reflexo imediato ser um governo da vontade da maioria. Deste modo, seguindo o raciocínio de que a democracia se consubstancia em seu aspecto majoritário, admitir-se-ia a afirmação de que o nazismo se constituiu como um regime de natureza democrática.

Pode parecer ironia a conclusão acima, mas a restrição nas premissas levantadas induzem a uma conclusão equivocada, não podendo, desta forma, caracterizar um regime como democrático apenas sob o prisma da vontade da maioria.

Neste norte, a teoria Constitucional do Pós Guerra que levantou a bandeira da força normativa da Constituição, e conseqüentemente, da necessidade de proteção dos direitos e garantias fundamentais consolidou a base para a própria caracterização do termo democracia e Estado Democrático de Direito.

O que merece destaque e atenção é que as normas limitadoras, inerentes e essenciais ao constitucionalismo se tornam em verdadeiros instrumentos que obstarão que a maioria sobrepuje os direitos fundamentais das minorias e que abusos sejam cometidos em nome da falsa idéia de vontade da maioria, que se resume ao aspecto meramente estatístico e não a vontade propriamente dita.

Sendo assim, o presente estudo reflete a importância do reconhecimento do enquadramento do direito à identidade Constitucional como um direito fundamental, ante a essencialidade dos direitos e garantias fundamentais para a constituição do Estado Democrático de Direito.

Neste cenário, interessante transcrever as palavras de Menelick de Carvalho Neto (2003, p. 21):

“Se, por um lado, liberdade e igualdade não mais podem ser apenas formais, por outro, a sua simples materialização pela via da tutela estatal de um povo imaturo, das massas, não somente não é suficiente, mas também é ela mesma destruidora da própria ideia de cidadania, gerando, no máximo, clientes paternalizados e manipulados, nunca cidadãos. Esses princípios, se são efetivamente contrários, não são contraditórios entre si, mas são igualmente primordiais e co-originários.”

Dentro do contexto delineado, nota-se que a efetiva concretização da tão sonhada participação popular e da promoção de discussões e debates em arenas públicas são essenciais para a adequada garantia dos direitos individuais constitucionalmente previstos, já que possibilita o equilíbrio nas diferenças e uma maior aceitação nas decisões ora tomadas.

Ora, significa, pois, que não basta apenas uma previsão legislativa, torna-se imprescindível a participação do povo na elaboração e implementação dos direitos fundamentais.

2.O direito à identidade Constitucional sob o viés dos elementos da Teoria Política de Hanna Arendt e a interpretação proposta por Peter Härbele

Neste ponto do trabalho, o enfoque é relacionar o direito à identidade constitucional nas perspectivas da filósofa política Hanna Arendt, com o intuito de fundamentar a importância do direito ora enfatizado dentro do contexto democrático de direito.

Nesta esteira, é de grande importância o estudo do direito à identidade com base nos elementos da teoria política de Hannah Arendt: a liberdade, a ação, a pluralidade e o espaço público.

Como fora dito nos tópicos anteriores, é inviável proclamar o direito à identidade constitucional sem educação constitucional, a liberdade de comunicação e a existência das arenas de dissenso.

E para ressaltar as necessidades acima expostas, necessário se fez debruçar nas obras de Hanna Arendt e, conseqüentemente, trazê-la para ao contexto do artigo proposto, já que para esta filósofa a causa principal para a chamada crise da democracia representativa esta na burocratização e na redução, ou até mesmo extinção, dos espaços públicos que asseguram uma maior liberdade para que os cidadãos possam agir e se fazer ouvir.

Ora, é imprescindível para a construção e reconstrução da identidade constitucional a existência de arenas de dissenso, já que a liberdade de comunicação e a pluralidade de idéias são instrumentos essenciais para dar voz a própria minoria dissente e se fazer eclodir a vontade da maioria.

Ou seja, a grande mola propulsora do pensamento de Arendt é que os cidadãos participem nos debates públicos e, conseqüentemente, promovam o curso político do país em que vivem.

Nestes termos, trancreve-se trecho da obra de ARENDT (2010, p. 200):

[...] já que o país é grande demais para que todos nós nos unamos para determinar nosso destino, precisamos de um certo número de espaços públicos dentro dele. As cabines em que depositamos as cédulas são, sem sombra de dúvida, muito pequenas, pois ali só há lugar para um. Os partidos são completamente impróprios; nele, a maior parte de nós é apenas o eleitorado manipulado. Mas se apenas dez de nós estivermos sentados em volta de uma mesa, cada um expressando sua opinião, cada um ouvindo a opinião dos outros, então uma formação racional da opinião pode ter lugar através da troca de opiniões. Lá também ficará claro qual de nós é o mais indicado para apresentar nossos pontos de vista diante do mais alto conselho seguinte, onde nossos pontos de vista serão esclarecidos pela influência de outros pontos de vista, revisados, ou seus erros demonstrados.

Em derredor ao que fora dito acima, é mister elucidar que a identidade constitucional é o fio condutor para enaltecer a participação efetiva nas decisões políticas, sociais e econômica, já que a Constituição é a lei maior de um país e a balizadora das relações ali existentes.

Não é coerente fundamentar pela necessidade de espaços públicos destinados ao exercício da liberdade de comunicação, se inexistente na população o direito básico à identidade constitucional.

Ora, qual o fundamento que legitima uma discussão ou o direito de falar e ouvir sem um prévio conhecimento do próprio texto constitucional e dos direitos e deveres ali inseridos?

Ou seja, resta impossível a adoção de um diálogo ou até mesmo de arenas de dissenso se não existir no país o direito à identidade constitucional, sendo este direito o verdadeiro sangue necessário para a oxigenação do Estado Democrático de Direito.

Neste passo, torna-se salutar enfatizar que a identidade constitucional para ser sedimentada e construída necessário se faz destruir os muros dos métodos de interpretação e abrir a interpretação constitucional para a própria sociedade.

O Constitucionalista alemão Peter Häberle, em sua obra, abre as portas da interpretação e extirpa o sistema fechado, nos termos que segue HARBELE (1997, p.13):

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos "vinculados às corporações" ("Zünftamässige Interpreten") e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade ("weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird"). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade

Ora, ao focar o olhar ao contexto pluralista brasileiro, percebe-se a necessidade de aceitação de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição.

Neste prisma, interessante se faz refletir acerca do posicionamento de Häberle que se consolidou na Teoria Constitucional do pós guerra, com a ruptura de padrões unos e imutáveis, dando ênfase a diversidade de idéias e interpretações.

Com base nas considerações levantadas, é imperioso destacar que Häberle elabora um "catálogo sistemático" dos participantes da interpretação constitucional HÄBERLE (2002 p. 20-23):

(1) as funções estatais: (a) na decisão vinculante (da Corte Constitucional) [...]; (b) nos órgãos estatais com poder de decisão vinculante, submetidos, todavia, a um processo de revisão: jurisdição, órgão legislativo [...], órgão do Executivo, especialmente na pré-formulação do interesse público;

(2) os participantes do processo de decisão nos casos 1a e 1b, que não são, necessariamente, órgãos do Estado, isto é: (a) o requerente ou recorrente e o requerido ou recorrido, no recurso constitucional [...], autor e réu, em suma aqueles que justificam a sua pretensão e obrigam o Tribunal a tomar uma posição ou a assumir um 'diálogo jurídico' [...]; [partes] (b) outros participantes do processo, ou seja, aqueles que têm direito de manifestação ou de integração à lide [...]; [terceiros interessados]

(c) pareceristas ou experts, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação [...]; [amicus curiae] (d) peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento [...], peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos [...]; (e)

os grupos de pressão organizados [...]; [movimentos sociais] (f) os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de caráter participativo;

(3) a opinião pública democrática e pluralista e o processo político como grandes estimuladores: media (imprensa, rádio, televisão, que, em sentido estrito, não são participantes do processo, o jornalismo profissional, de um lado, a expectativa de leitores, as cartas de leitores, de outro), as iniciativas dos cidadãos, as associações, os partidos políticos fora do seu âmbito de atuação organizada [...], igrejas, teatros, editoras, as escolas da comunidade, os pedagogos, as associações de pais;

(4) cumpre esclarecer, ainda, o papel da doutrina constitucional nos números 1, 2 e 3; ela tem um papel especial por tematizar a participações de outras forças e, ao mesmo tempo, participar nos diversos níveis.

Ou seja, expandir o rol dos legitimados para interpretação é permitir a abertura da própria conscientização do Direito Constitucional e promover a (re)descoberta da identidade constitucional que se encontra encoberta, ante a falta do seu efetivo descobrimento.

O grande destaque é o verdadeiro abandono as verdades precárias, ou melhor, as “falsas verdades absolutas” impulsionando, assim, os indivíduos em explorar o seu pedaço de “verdade”.

Com isso, verifica-se que Häberle ao proclamar a necessidade da abertura do processo de interpretação constitucional às diversas forças da sociedade, permite a ampliação do diálogo e conseqüentemente, a legitimação das decisões constitucionais.

O que Häberle propõem é integração de todos membros da sociedade ao contexto constitucional, favorecendo, assim, uma verdadeira compreensão, discussão e interpretação, ativando a força ativa das normas constitucionais e, conseqüentemente, promovendo um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Neste termos, remonta a necessidade desta abertura pelo papel fundante da Constituição para a sociedade HÄBERLE (2002, p. 09-10):

[...] propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta. Tendo em vista o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, assenta Häberle que todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete. Essa concepção exige uma radical revisão da metodologia tradicional, que, como assinala Häberle, esteve muito vinculada ao modelo de uma sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juizes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes [...] do complexo normativo constitucional. [...] Evidentemente, essa abordagem tem conseqüências para o próprio processo constitucional. Häberle enfatiza que os instrumentos de informação dos juizes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no referente às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de interpretação no processo constitucional (notadamente nas audiências e nas “intervenções”). Impõe-se, pois, para Häberle, um refinamento do processo constitucional, de modo a se estabelecer uma comunicação efetiva entre os participantes desse processo amplo de interpretação. Portanto, o processo constitucional torna-se parte do direito de participação democrática.

Ora, a própria possibilidade de interpretação do processo constitucional já sinaliza o direito à identidade constitucional e o direito a efetiva participação no processo democrático. Neste prisma, o pensamento de Häberle reflete a necessidade da construção e reconstrução do sujeito constitucional e da fundamentalidade do direito à identidade constitucional, eis que a incorporação do debate constitucional só é viável se existir a pré-compreensão e o enquadramento dos indivíduos ao seio constitucional.

Destá feita, é forçoso concluir que tanto as idéias de Arendt com as de Peter Häberle conduzem ao mesmo feixe argumentativo: a necessidade de promover arenas de dissenso e da troca das interpretações constitucionais, mas tais fatos só podem ser consumados após a verdadeira efetivação da fundamentalidade do direito à identidade constitucional, eis que não basta promover o tão esperado debate constitucional sem a efetiva identificação dos cidadãos com a própria Constituição.

3. Conclusão

Este artigo buscou responder ao seguinte dilema: Como promover o verdadeiro ciclo dialógico capaz de concretizar o direito à identidade constitucional a um patamar de um direito fundamental com o fito de efetivação do Estado Democrático de Direito?

Esta questão perdurou em todas as partes do presente artigo, já que consolida que o direito à identidade é a verdadeira base para a concretização dos objetivos, fundamentos e dos direitos elencados na Constituição.

Os verdadeiros atores constitucionais não estão ocupando o seu principal papel e sim escondidos as sombras de uma falsa aparência de cidadania efetiva, reduzidos a condição de massa, ou melhor, de maioria!

Conclui, neste ponto, que o direito à identidade constitucional é um inegável vetor da democracia e de consolidação dos direitos fundamentais gestados, por esta razão o artigo prima pela necessidade de caracterização deste direito como direito de caráter fundamental.

Nessa dinâmica, buscando a reengenharia da Constituição, imprescindível se torna que a utilização dos fundamentos constitucionais sejam colocados como a base para a concretização e efetivação do direito à identidade como direito fundamental.

Neste prisma, denota-se pela impossibilidade de se restringir o direito a participação popular a paralisia do simples “sim” ou “não”, ou, ao voto em determinado candidato,

elencando este fato como a dimensão de participação democrática plena, o que se apresenta falho ao conceito moderno de democracia

O atual retrato social brasileiro tem exigido mudanças urgentes e pontuais. Entretanto, tais mudanças só terão efetividade se for efetivamente garantido aos cidadãos o verdadeiro direito à identidade constitucional, seja pela utilização dos mecanismos da negação, metáfora e metonímia e, conseqüentemente, promovendo a constante construção e reconstrução do sujeito constitucional seja pela promoção de uma arena de dissenso que instigue a troca de opiniões e a comunicação argumentativa.

Portanto, para cumprir a contento esse notório desafio, exige-se que a sociedade seja uma verdadeira comunidade de interpretes e que atue como verdadeiro sujeito constitucional, para destacar os direitos e garantias constitucionais e o verdadeiro significado da expressão cidadania e soberania popular.

4.REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: TempoBrasileiro, 1989.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 2.ed,1988.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática – os limites do totalitarismo**. São Paulo: Brasiliense, 1981.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MICHELMAN, Frank. **Excerptst from Brennan and democracy**. Nova Jersey: Princenton University Press, 1999. Paper.

POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. 3. ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1987. 2 volumes.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte– ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NETO, Menelick de Carvalho. Entrevista com Menelick de Carvalho Neto. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 4, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa– um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8º ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.