

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS
DIREITOS E CIDADANIA**

DANIELA CARVALHO ALMEIDA DA COSTA

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo de constitucionalização dos direitos da cidadania [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Daniela Carvalho Almeida Da Costa, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-063-3

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucionalização.
3. Cidadania. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS
PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E
CIDADANIA

Apresentação

Caríssimos(as),

É com imensa honra e satisfação que apresentamos a obra Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania, fruto das apresentações do Grupo de Trabalho (GT) que conduzimos no dia 05 de junho do corrente ano, na Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Este GT foi pensado e proposto pela afinidade temática com uma das linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, cuja área de concentração é justamente Constitucionalização do Direito, o que nos acrescenta uma satisfação pessoal. O Programa, ainda muito jovem, cujo início se deu em 2010, vivenciou um grande amadurecimento ao sediar o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, o que se refletiu na adesão maciça de seu corpo docente e discente, não só unindo esforços para ciceronearmos esse Encontro do CONPEDI, mas também na submissão de inúmeros artigos científicos.

A obra que apresentamos tem uma importância peculiar para o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, contando com uma das professoras do Programa dentre seus coordenadores, bem como com 6 artigos de alunos do Programa que, em conjunto com os demais 18 artigos, todos selecionados com o devido rigor científico, compõem os 24 artigos da presente obra sobre Constitucionalização e Cidadania. Os textos se destacam pela relevante discussão temática em torno das dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais, especialmente pelo debate sobre os mecanismos de efetividade desses direitos, não só no âmbito jurídico, mas também no âmbito social, político e econômico.

Os Direitos Humanos, na célebre concepção de Hannah Arendt, são um dado e não um construído, o que nos remete ao dinamismo necessário a sua internacionalização/universalização e, sobretudo, num país com uma democracia inconclusa como o nosso, a necessidade da construção e aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos para sua internalização. A Constitucionalização dos Direitos é força motriz para a efetivação desse processo paulatino de internalização dos Direitos Humanos.

É inegável o avanço que a Constituição de 88 representou nesse processo e o quanto nossas instituições públicas vêm se fortalecendo no jogo de forças da vivência democrática.

Entretanto, uma efetiva constitucionalização promove cidadania e dignidade, enraizadas nos valores sociais do trabalho, a começar pela democratização do acesso à justiça e à livre informação, não por outra razão fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Para tanto, é essencial uma efetiva hermenêutica constitucional, em que toda a interpretação e aplicação do direito se dê conforme o paradigma constitucional.

Os coordenadores do GT Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração da presente obra, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da graduação e pós-graduação e os próprios cidadãos interessados na tutela de seus direitos.

Desta feita, acreditamos que a presente obra muito acrescentará às reflexões tão necessárias dentro dos estudos do direito, acerca do Processo de Constitucionalização e Cidadania, com vistas à construção de um mundo mais igualitário.

Desejamos uma leitura construtiva a todos!

Aracaju, inverno de 2015.

Prof.^a Dr.^a Daniela Carvalho Almeida da Costa¹

Prof.^a Dr.^a Maria dos Remédios Fontes Silva²

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez³

¹Advogada; Mestre e Doutora em Direito Penal e Criminologia pela USP; Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca; Ex-Coordenadora Regional em Sergipe do IBCCRIM; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estudos sobre violência e criminalidade na contemporaneidade da UFS; Professora Adjunta do Dept.^o de Direito da UFS; Professora do Programa de Pós-graduação Mestrado em Direito da UFS; Professora do Curso de Direito da Fanese; Professora da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

²Mestre e Doutora pela Université Catholique de Lyon - França, Pós-doutorado pela Université Lumière Lyon II - França. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Direito Estado e

Sociedade". Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professora Titular do Departamento de Direito Público da UFRN, Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN.

³Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996.

O PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO DO SUJEITO CONSTITUCIONAL: UM OLHAR CUIDADOSO DO EU E DO OUTRO E A NECESSIDADE DE RECONSTRUÇÃO

THE PROCESS OF CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT SUBJECT: A CAREFUL LOOK OF "I" AND OF THE "OTHER" AND THE RECONSTRUCTION OF NEED

Cristian Kiefer Da Silva

Resumo

O presente trabalho tem a finalidade de expor uma análise da obra *A Identidade do Sujeito Constitucional*, do jurista estadunidense Michel Rosenfeld. A pesquisa é bastante instigante no que toca ao contínuo diálogo que o autor estabelece com a filosofia e a psicanálise, com o qual demonstra o caráter aberto, e por vezes ambíguo, que a identidade constitucional, entendida na trílice acepção de sujeito constituinte, destinatários da constituição e conteúdo constitucional, assumem no contínuo processo de adequação sócio-histórica. Para isso, o autor fundamenta a construção da identidade do sujeito constitucional a partir de uma ética pluralista, em que o constituinte, ao fundar um Estado Constitucional, deve renunciar à sua identidade pré-constitucional afirmando o pluralismo como sua característica mais proeminente. Todavia, tal construção se dá necessariamente pelo discurso jurídico, mormente o discurso jurisdicional, na medida em que a identidade do sujeito constitucional, por ser evasiva, deve ser reconstruída a cada momento de modo a legitimar a Constituição dentro dos parâmetros do constitucionalismo.

Palavras-chave: Constitucionalismo; pluralismo e identidade; sujeito constitucional.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to expose an analysis of "The Identity of the Constitutional Subject", the American jurist Michel Rosenfeld. The research is very exciting as far as the dialogue which the author establishes the philosophy and psychoanalysis, with which demonstrates the open character, and sometimes ambiguous, that the constitutional identity, understood in the triple meaning of constituent subject, addressed constitution and constitutional content, take the ongoing process of socio-historical appropriateness. For this, the author based the construction of the identity of the constitutional subject from a pluralist ethics, where the constituent, to establish a constitutional state, must renounce their pre-constitutional identity stating pluralism as its most prominent feature. However, such a construction is necessarily give the legal address, in particular the national address, to the extent that the identity of the constitutional subject, being evasive, must be rebuilt every time in order to justify the constitution within the constitutionalism parameters.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism; pluralism and identity; subject constitutional.

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho, dedicaremos em apresentar os contornos do conceito da identidade do sujeito constitucional, com o intuito de situar a discussão tanto em relação à sua problemática quanto ao seu potencial teórico e prático. Iremos abordar os detalhes do conceito então discutido, passando à exposição e à análise de seu processo de constituição e constante modificação, a qual perpassa pela utilização pertinente da filosofia hegeliana e da teoria psicanalítica de Lacan, para explicar o papel e a posição da identidade constitucional a partir da ideia da negação da identidade do sujeito, tanto em seu aspecto de fundamento da ordem constitucional, quanto em seu potencial discursivo.

Nesse ensejo, Michel Rosenfeld procura fundamentar a construção da identidade do sujeito constitucional a partir de uma ética pluralista, de forma que a legitimidade de uma determinada ordem constitucional depende, a partir da presente ótica, do comprometimento dos discursos sobre a identidade constitucional com os pressupostos éticos de superação do abismo entre o “eu” e o “outro”, que evitam o colapso do direito em mera política, impedindo a completa arbitrariedade e subjetividade interpretativas. De fato, uma visão principiológica e discursiva do Direito e da Constituição, vistos não mais como um sistema fechado de regras, parece ser capaz de oferecer soluções mais legítimas e coerentes na reconstrução da

identidade do sujeito constitucional, delimitada por essa moldura maleável estabelecida pelos constituintes.

Não obstante, de acordo com Michel Rosenfeld, o constitucionalismo moderno, no processo de reconstrução da identidade do sujeito constitucional, “deve sujeitar-se à ideia de governo limitado, à aceitação do Estado de Direito e à proteção dos direitos fundamentais” (ROSENFELD, 2003, p. 36). Derradeiramente, este último apresenta-se como fator legitimador da proteção constitucional às minorias, como as relacionadas com a homossexualidade, por exemplo. Dessa forma, no constitucionalismo moderno, a ocupação do lugar do legítimo sujeito constitucional ocorre com a alienação de poder, submetendo-se às prescrições do direito e em face dos direitos fundamentais.

Desse modo, pretende-se nesta pesquisa compreender em que medida os discursos constitucionais necessariamente se vinculam a uma construção possível da identidade constitucional, bem como podem estabelecer reconstruções viáveis dessa mesma identidade, visando ora a justificação de uma situação vigente, ora a crítica dessa mesma situação, a partir de um ideal contrafático oriundo de uma possibilidade de interpretação reconstrutiva da identidade constitucional.

2 UMA CONSTRUÇÃO À LUZ DO CONCEITO DO SUJEITO E DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAIS

De maneira clara e objetiva, Michel Rosenfeld inicia a sua reflexão sobre a identidade do sujeito constitucional com a seguinte afirmação: “A identidade do sujeito constitucional (*constitutional subject*) é tão evasiva e problemática quanto são difíceis de se estabelecer fundamentos incontroversos para os regimes constitucionais contemporâneos” (ROSENFELD, 2003 p. 17). Ora, o conceito de identidade do sujeito constitucional compõe-se, na verdade, de dois conceitos correlatos. O primeiro deles é o de sujeito constitucional, que se refere tanto aos elaboradores da Constituição, quanto àqueles que estão sujeitos às suas proposições. O segundo refere-se à matéria constitucional (*subject matter*), aos próprios elementos que constituem uma dada identidade constitucional. Além das dúvidas relativas sobre quem e o que compõem a identidade do sujeito constitucional, a identidade constitucional é problemática também por tender a se alterar com a passagem do tempo, e se

encontrar usualmente entrelaçada com outras identidades culturais da comunidade política, nas quais se mesclam aspectos étnicos, culturais, religiosos, linguísticos e etc. Assim, de acordo com o Michel Rosenfeld, temos que:

Para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras. O problema, no entanto, é que tanto o passado quanto o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar as linhas de continuidade. (ROSENFELD, 2003 p.17-18).

Veja-se que a identidade constitucional é igualmente problemática em sua relação com um determinado texto constitucional escrito. Explicando melhor, toda constituição escrita é necessariamente incompleta e aberta a múltiplas interpretações possíveis e plausíveis, muitas vezes conflitantes entre si. Do mesmo modo, um dado texto constitucional jamais será capaz de contemplar todos os temas pertinentes às questões oriundas tanto do constitucionalismo quanto da própria Constituição, tornando a apreensão da identidade constitucional uma tarefa sempre carente de complementação, e, portanto, sempre necessariamente aberta à interpretação¹.

A identidade constitucional também se encontra muitas vezes em conflito com as várias outras identidades nacionais relevantes, integrantes da tradição de um determinado país ou povo; em decorrência do pluralismo que caracteriza o constitucionalismo moderno, a identidade constitucional necessariamente opõe-se as várias dessas identidades, justamente para que nenhuma delas adquira uma posição dominante na comunidade e suprima ou oprima outras identidades relevantes. Entretanto, a identidade constitucional não pode se definir apenas de forma negativa, abstratamente, em oposição a outras identidades, sob pena de se tornar um conceito vazio e inútil. Direitos fundamentais importantes tais como a liberdade de expressão ou o direito à vida pouco significam abstratamente - tais direitos só adquirem significado e importância quando confrontados com identidades culturais e nacionais que lhes confirmem conteúdo e sentido. Desse modo:

¹ Michel Rosenfeld cita, como mais um aspecto da problemática relação entre a identidade constitucional e o texto constitucional, a questão atinente às emendas constitucionais. Questiona-se em que medida a ampla utilização de emendas constitucionais não significaria de fato uma quebra de continuidade entre uma dada identidade constitucional e uma nova identidade constitucional em construção, fulcrada nas emendas constitucionais. Cita-se, como exemplo, a Hungria, em que quase toda a Constituição foi alterada por meio de emendas durante a transição do socialismo para o capitalismo. No caso brasileiro, apesar de se considerar que o problema das emendas constitucionais em relação à manutenção de uma identidade constitucional carece de estudos mais profundos, optou-se por entender que há uma linha de continuidade entre a identidade constitucional surgida em 1988 e as várias emendas subsequentes decorrentes da prática democrática nacional (ROSENFELD, 2003).

A identidade constitucional é problemática porque além de permanecer distinta e oposta a outras identidades relevantes, é inevitavelmente forçada a incorporá-las parcialmente para que possa adquirir sentido suficientemente determinado ou determinável. [...] Assim é que a questão-chave passa a ser a de como a identidade constitucional pode se distanciar o suficiente das outras identidades relevantes contra as quais ela precisa forjar sua própria imagem, enquanto, ao mesmo tempo, incorpora elementos suficientes dessas identidades para continuar viável no interior de seu próprio ambiente sociopolítico. (ROSENFELD, 2001, p. 22-23).

Logo, a identidade constitucional constitui-se, em princípio, a partir da oposição entre ela e outras identidades culturais, e também em decorrência da incorporação de elementos de outras identidades culturais que contribuam para dar sentido e significado à própria identidade constitucional. Entretanto, a identidade constitucional jamais poderá ser completamente determinada, ou seja, apesar de se poder considerar que de fato existe uma identidade constitucional inerente a cada comunidade política comprometida com o constitucionalismo, essa identidade só pode ser apreendida parcialmente, em fragmentos consubstanciados em suas muitas possíveis construções e reconstruções realizadas nos discursos dos intérpretes constitucionais (note-se que a expressão “intérprete constitucional” refere-se, notadamente, a qualquer membro da comunidade política). Nesse sentido:

Podemos concluir que a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Sobretudo no contexto de uma constituição viva, de uma *living constitution*, a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão. Do mesmo modo, a matéria constitucional (*the constitutional subject*) – de qualquer modo que seja definida – parece condenada a permanecer incompleta e sempre suscetível de maior definição, de maior precisão. (ROSENFELD, 2003, p.23).

Percebe-se que a matéria e o sujeito constitucionais, de acordo com as formulações apresentadas, são dificílimos de definir, sendo muito mais simples determinar o que eles não são do que o que eles efetivamente são. É justamente a partir dessa ideia que Michel Rosenfeld desenvolve sua tese: a identidade constitucional deve ser considerada antes uma ausência, um vazio, do que uma presença efetiva que legitime a ordem constitucional. Pelo contrário, o potencial legitimador da ordem constitucional decorre da perene necessidade de se reconstruir e se reinterpretar a identidade constitucional, devido à sua eterna incompletude e indeterminação.

Em verdade, tanto o sujeito quanto a matéria constitucionais são sempre incompletos porque jamais poderão ser exaustivamente delineados e definidos. A identidade constitucional, para poder exercer seu papel de fundamento último da ordem constitucional, deve estar sempre aberta a novas interpretações, a novas possibilidades de construção e

reconstrução de seu sentido e consequências. E, portanto, a identidade constitucional, assim como toda interpretação jurídica, deve permanecer sempre aberta ao crivo da comunidade de intérpretes constitucionais, ou seja, de todos os cidadãos.

É necessário compreender, entretanto, que o conceito da identidade constitucional não é totalmente abstrato e desprovido de sentido *a priori*. Pelo contrário, o conceito da identidade constitucional, aparentemente destituído de conteúdo ético definível, está firmemente embasado na idéia de superação da distância existente entre o “eu” e o “outro”.

Do mesmo modo, a perene carência de interpretação da identidade constitucional vincula-se diretamente ao método de compreensão dos textos e escrituras constante da filosofia desconstrutivista anteriormente apresentada. Antes de se compreender, entretanto, em que medida a desconstrução interfere na identidade constitucional, faz-se necessário analisar o processo de formação da identidade do sujeito constitucional.

3 A FORMAÇÃO DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL

O relato teórico sobre a formação da identidade do sujeito constitucional elabora-se, inicialmente, a partir da questão do sujeito - que só pode surgir em decorrência do confronto com o “outro”. Se a interação humana não é percebida como uma sempre presente separação entre o “eu” e o “outro”, o problema relativo ao sujeito carece de efetivo significado. Justamente por isso as ordens políticas pré-modernas e pré-constitucionais eram capazes de evitar a oposição entre o “eu” e o “outro”, uma vez que nelas prevaleciam visões de mundo unificadas pela ética, religião e direito, que não só e auto-amparavam e justificavam, como também eram compartilhadas por todos os membros da comunidade política.

No tocante a uma conclusão analógica, é possível afirmar que toda constituição escrita é necessariamente incompleta e aberta a múltiplas interpretações possíveis e plausíveis, muitas vezes conflitantes entre si. Aliás, um dado texto constitucional jamais será capaz de contemplar todos os temas pertinentes às questões oriundas tanto do constitucionalismo quanto da própria Constituição, tornando a apreensão da identidade constitucional uma tarefa sempre carente de complementação, e, portanto, sempre

necessariamente aberta à interpretação². O constitucionalismo moderno, entretanto, devido ao seu compromisso com o pluralismo, não pode ignorar o conflito entre o “eu” e o “outro”:

Em um nível, o eu (self) constitucional pluralista se enfrenta com o seu outro que é a tradição que mantinha integrada a ordem sociopolítica pré-moderna. Pode-se referir a esse outro como o “outro externo”. Em outro nível, o pluralismo constitucional requer que um grupo que se constitua em um eu (self) coletivo reconheça grupos similarmente posicionados como outros *selves*, e/ou que cada eu individual (*individual self*) trate os demais indivíduos como outros eu, como outras pessoas (*selves*). Em contraste com o outro externo, este último, precisamente por integrar a comunidade política constitucional (*constitucional polity*), pode ser denominado “outro interno”. (ROSENFELD, 2003, p. 30).

O conflito entre o “eu” e o “outro” decorre da separação entre o sujeito e o objeto³ - o sujeito, guiado pelo seu desejo subjetivo, persegue os objetos em busca de satisfação. Os objetos, entretanto, satisfazem o desejo apenas momentaneamente, de modo que, uma vez alcançados os objetos perseguidos, o desejo invariavelmente volta-se para novos objetos. Eventualmente o sujeito compreende que os objetos são incapazes de satisfazer o desejo e descobre que, para se perpetuar e satisfazer o desejo ao longo do tempo, deve voltar-se para outros sujeitos. Logo, é o desejo que conduz o sujeito à busca pelo “outro”.

Com efeito, relato semelhante é estabelecido pela teoria psicanalítica⁴. O sujeito busca a realização do desejo nos objetos, mas, diante da impossibilidade de satisfação, sente a necessidade de ajustamento, que se realiza por meio da renúncia aos objetos. Ou, dito de outra forma, a existência de objetos proibidos ou inalcançáveis, mediatizada pelo ego da psicanálise, impele à necessidade de reconhecimento do outro, que se realiza por meio da internalização dos comandos do superego.

A relação entre sujeito e objeto por ora analisada revela que o sujeito é essencialmente carente:

² Michel Rosenfeld cita, como mais um aspecto da problemática relação entre a identidade constitucional e o texto constitucional, a questão atinente às emendas constitucionais. Questiona-se em que medida a ampla utilização de emendas constitucionais não significaria de fato uma quebra de continuidade entre uma dada identidade constitucional e uma nova identidade constitucional em construção, fulcrada nas emendas constitucionais. Cita-se, como exemplo, a Hungria, em que quase toda a Constituição foi alterada por meio de emendas durante a transição do socialismo para o capitalismo. Ver ARATO, Andrew. *Dilemmas Arising from the Power to Create Constitutions in Eastern Europe*. No caso brasileiro, apesar de se considerar que o problema das emendas constitucionais em relação à manutenção de uma identidade constitucional carece de estudos mais profundos, optou-se por entender que há uma linha de continuidade entre a identidade constitucional surgida em 1988 e as várias emendas subsequentes decorrentes da prática democrática nacional. (ROSENFELD, 1994, p. 165/194).

³ Tais reflexões baseiam-se na obra de Hegel. Michel Rosenfeld utiliza-se de HEGEL, G.W.F. *Phenomenology of spirit*. [trad.: A.V. Miller]. New York: Oxford University Press, 1977.

⁴ Michel Rosenfeld recorre, nesse ponto, principalmente a Freud. Ver FREUD, Sigmund. *Civilization and its discontents*. [trad.: James Strachey]. W.W. Norton & Co., 1961.

Primeiramente, na medida em que o sujeito precisa de objetos, ele é caracterizado por uma carência no sentido de ser incompleto. Em segundo lugar, o sujeito ainda não reconhecido (pelo outro sujeito) é uma carência no sentido de não ser nada senão a negação de seus objetos, ou seja, a sua característica definidora é o sujeito enquanto não sendo nenhum dos objetos de seu desejo. Assim, ao se separar do objeto, o sujeito surge como consciência da carência e da incompletude. (ROSENFELD, 2003, p.31).

Logo, é a experiência da carência, da incompletude e da irrealização do desejo que possibilita que a questão do sujeito seja percebida pelo próprio sujeito - que se volta para o outro em busca de reconhecimento. A compreensão de que os objetos do desejo são incapazes de efetivamente satisfazerem o desejo permite ao sujeito conceber a sua identidade como predicável em relação ao reconhecimento dos outros.

Entretanto, de acordo com a dialética hegeliana, e a partir da análise relativa à relação existente entre Senhor e Escravo, a mera compreensão de que a satisfação do desejo só se realiza por meio do reconhecimento oriundo dos outros sujeitos não produz necessariamente o reconhecimento recíproco entre iguais. De acordo com Hegel, o Senhor é aquele que supera o medo da morte, e o Escravo, aquele que permanece constrangido pelo medo da morte. O Senhor, visando se tornar o “eu” reconhecido, impõe ao Escravo que ele o reconheça; o Escravo, temeroso por sua vida, aceita a imposição - desse modo, o Escravo abre mão de sua identidade para preservar a própria vida, enquanto o Senhor reforça a sua própria identidade obrigando o Escravo a cumprir suas ordens.

O movimento dialético, porém, termina por realizar uma inversão de posições. Uma vez que as necessidades do Senhor só são satisfeitas pelo trabalho do Escravo, o próprio Senhor torna-se dependente, de modo que a identidade do eu reconhecido deve se conformar ao trabalho do eu que reconhece. Já o Escravo, por meio de seu trabalho, ainda que submetido às ordens do Senhor, acaba por adquirir um sentido próprio de identidade, na medida em que o toma por seu e torna-se consciente de sua maestria e habilidade sobre o dado natural. Logo, ao menos em relação à configuração da identidade, o Escravo transforma-se em Senhor, e o Senhor, em Escravo.

Pois bem, de acordo Wilson Roberto Theodoro Filho (2015), a ideia de que o movimento do “eu” para configurar sua identidade conduz à sujeição ao “outro” é igualmente utilizada por Lacan:

Segundo a análise de Lacan, a compreensão inicial da criança da identidade como sujeito envolve um duplo processo de alienação ou de sujeição ao outro. Impulsionada por seu fracasso em se assimilar completa ou plenamente ao objeto de

seu desejo, a criança sem experiência, com uma carência, se esforça por preencher esse sentimento de vazio pela aquisição de uma identidade como sujeito - uma identidade estável para se opor ao movimento centrífugo do desejo ilimitado de séries infinitas de objetos que resistem à incorporação suficiente. Para adquirir uma identidade como sujeito, a criança, no entanto, deve abandonar o mundo dos objetos e entrar na ordem simbólica da linguagem. Somente pela mediação da linguagem a criança pode esperar afirmar sua identidade como sujeito. (ROSENFELD, 2003, p. 32-33).

De fato, a aporia da linguagem, configurada pelas regras que sistematizam a comunicação, é imposta externamente à criança, alienando-a, uma vez que a possibilidade de aquisição da própria identidade depende da submissão a um código imposto pelos outros. Sem dúvida, em suas tentativas de desenvolver um modo de ser particular no universo simbólico da linguagem, a criança adquire um primeiro sentido de sua identidade a partir do reconhecimento de seu nome. O nome, todavia, é igualmente imposto de fora, pois, além de ter sido definido pelos seus pais, são os outros que primeiramente se dirigem à criança por meio de seu nome. Logo, ambas as experiências iniciais de aquisição da identidade pela criança são alienantes (ROSENFELD, 2003, p. 34). Assim:

Em outros termos, a primeira experiência articulável da identidade como sujeito de alguém é alienante, na medida em que ela consiste na autoidentificação com um nome escolhido por outrem e na aquiescência em se deixar identificar como um símbolo no discurso do outro. (ROSENFELD, 2003, p.34).

Por seu turno, percebe-se que as narrativas de Hegel e Lacan, tendo em vista os objetivos da teoria de Michel Rosenfeld ao contemplar suas obras, apresentam conclusões consideravelmente semelhantes: o sujeito decorre da carência, e requer a mediação pelo reconhecimento dos outros em sua tentativa de adquirir a própria identidade - igualmente, a confiança inicial do sujeito em sua identidade (que se ampara na tentativa de defini-la por meio da incorporação dos objetos) revela-se alienante, pois resulta necessariamente na sujeição do sujeito ao outro.

À primeira vista, o sujeito constitucional pode parecer fundamentalmente distinto de seus correlatos Hegeliano e Lacaniano. Ele pode parecer no controle da situação, em especial se emerge como a consequência de uma revolução, ao ter arruinado o outro anti-revolucionário e ao ainda não ter enfrentado o outro das futuras gerações, ou seja, pelo menos em seu estágio inicial. Enquanto detentor do poder constituinte, o sujeito constitucional parece se encontrar em condições de impor sua vontade, ou para dizer com Ulrich Preuss, de “criar um mundo político *ex nihilo*”. Daí, longe de surgir como uma carência ou como alienado, o sujeito constitucional aparentemente molda uma nova ordem política à sua própria imagem, a partir de uma posição de absoluto domínio, colocado muito acima dos remanescentes em ebulição das tradições deitadas fora, descartadas, pela revolução. (ROSENFELD, 2003, p.34).

Não obstante, cabe assinalar que um olhar mais cuidadoso, entretanto, revela que a posição de sujeito constitucional não é tão absoluta quanto parece, mas depende de muitos dos elementos constantes da ordem política pré-revolucionária. Uma vez que, na vida política, de fato inexistiu criação *ex nihilo*, a diferenciação total entre a ordem política pré-revolucionária e a ordem política pós-revolucionária não só é impossível como também indesejável. Logo, elementos e tradições pré-revolucionárias são “transformadas e seletivamente incorporadas na nova ordem forjada pelo sujeito constitucional” (ROSENFELD, 2003, p.35).

Desse modo, em boa medida, é justamente o passado que se desejava repudiar que determina parte do conteúdo constitucional elaborado pelos constituintes revolucionários. Conclui-se, pois, que o constitucionalismo não se constrói por meio da imposição irrestrita da vontade revolucionária que simplesmente eliminaria ou desconsideraria o “outro” pré-revolucionário. Por outro lado, uma vez que o constitucionalismo moderno inclui, dentre seus requisitos, o pluralismo social, torna-se necessário que a identidade forjada pelos constituintes vá além da subjetividade de seus autores, de modo a levar os “outros” em adequada consideração. Não raro é citar que:

Assim, do ponto de vista dos constituintes, a identidade do sujeito constitucional surge como um vazio, uma ausência (*lack*), gerado pela distância que separa a auto-imagem própria dos constituintes daquela da comunidade política constitucional pluralista. (ROSENFELD, 2003, p. 36).

Dialogicamente, entende Wilson Roberto Theodoro Filho (2015), que a elaboração de uma constituição escrita, nesse sentido, pode ser interpretada como a tentativa de preencher o vazio da identidade constitucional por meio da busca pelo outro, mediante o estabelecimento de uma identidade comum com fulcro em um texto constitucional compartilhado e mais democrático. Por outro lado:

Percebe-se, portanto, que a evolução da identidade do sujeito constitucional culmina, similarmente ao sujeito hegeliano, no tornar-se um em si para si. Na medida em que o sujeito constitucional compreende que ele é o senhor da sua identidade, sua evolução lógica se completa com o estabelecimento de uma identidade positiva que, ao incorporar e recombinar seletivamente elementos externos oriundos de outras identidades relevantes da comunidade política, possibilita a construção de uma linguagem constitucional comum e compartilhada, apta a unir os “eus” e os “outros” da comunidade política em questão. (FILHO, 2015, p. 68).

No mesmo ensaio, afirma Wilson Roberto Theodoro Filho (2015), que as linguagens do “eu” e do “outro” são inadequadas para expressar a identidade comum que se pretende compartilhada por ambos. Aliás, o discurso constitucional emerge como uma linguagem

externa (similarmente à situação da criança lacaniana que precisa se submeter à linguagem de seus pais para adquirir sua própria identidade), e, portanto, alienante dos membros da comunidade política constitucional que, necessariamente, precisam utilizá-la. Segundo Michel Rosenfeld:

O constitucionalismo moderno requer o governo limitado, a aceitação da *rule of law*, ou seja, do Estado de Direito, e a proteção dos direitos fundamentais. Consoante essas exigências, os revolucionários vitoriosos que assumem o papel de constituintes devem reforçar sua pretensão de ocupar o lugar do legítimo sujeito constitucional ao renunciarem a um significativo montante de poder, se submetendo às prescrições do Direito e ao se limitarem em face dos interesses fundamentais de outros. Há, é claro, muitos modos distintos mediante os quais os constituintes podem cumprir as condições para o surgimento do legítimo sujeito constitucional, mas todos eles envolvem a alienação de poder e a construção de uma auto-identidade dependente da vontade e da auto-imagem do outro. (ROSENFELD, 2003, p. 36-37).

Observe-se que o dilema a respeito do sujeito constitucional deriva do encontro do “eu” com o “outro”, realizado sempre na ausência, no vazio, e de forma alienante. Sua posição exige que ele deixe de lado sua própria identidade por meio do discurso constitucional, que se converte em linguagem comum e compartilhada que une o “eu” constitucional e os vários “outros” sociais em uma comunidade política constitucionalmente estruturada. Paralelamente a isso, o discurso constitucional constrói-se, fundamentalmente, com base em um texto constitucional escrito, que só pode ser apreendido em seu contexto próprio, tendo em vista suas inerentes restrições normativas e factuais. (FILHO, 2015, p. 62-63).

Isto posto, deve o intérprete constitucional, por conseguinte, ligar-se à concretude da existência. E outro caminho não há senão o de, guiando a interpretação por uma lógica material, buscar a apreensão da realidade ético-política, pois a interpretação jurídica é, em verdade, interpretação intuitiva e racional, dado o insofismável conteúdo “eticizante” de todo o direito positivo, ainda que se possa criticar tal ética subjacente, por boa ou má. (FREITAS, 1989, p. 63). Do exposto, se extrai o seguinte:

Em outros termos, o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência (*lack*) e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível. (ROSENFELD, 2003, p.40).

Em sendo assim, como todo texto depende necessariamente de seu contexto, e, conforme visto anteriormente, é aberto a múltiplas possibilidades de interpretação e

finalidades, e, no infindável processo de escritura e re-escritura, muda seu sentido ao longo do tempo, o sujeito constitucional depende do discurso constitucional para poder criar e recriar sua própria identidade. Deve, pois, o intérprete constitucional colocar-se no caminho do bom senso e da coragem, valendo-se de um método integrativo e democrático do “eu” e do “outro”, oposto ao exegetismo positivista, para oferecer à Constituição o seu fundamento sistêmico de eficácia real. Todavia, o sujeito constitucional deve ser visto pela Constituição não como um instrumento, mas como um elemento capaz de revitalização dos princípios éticos superiores capazes de estimular uma convivência humana respeitosa dos ideais de vida, no seu mais amplo e digno sentido.

4 O DILEMA A RESPEITO DAS CONSTRUÇÕES E RECONSTRUÇÕES DA IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL

É importante acrescentar que somente por meio da construção intersubjetiva do discurso constitucional que ele (o sujeito) pode adquirir sua identidade. Registre-se que a identidade do sujeito constitucional deve harmonizar os interesses e aspirações dos vários “eus” e “outros” da comunidade política, evitando-se, por sua vez, a sua personificação precisa e determinada. Ora, segundo Wilson Roberto Theodoro Filho (2015), ele é formado pelos constituintes originários, pelos intérpretes constitucionais, por aqueles que se encontram sujeitos ao texto constitucional, pelos membros da comunidade política pertencentes aos diversos grupos sociais, sem, no entanto, reduzir-se a nenhum de seus componentes. Veja-se que:

O sujeito constitucional enquanto tal só pode ser apreendido mediante expressões de sua auto-identidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais. A expressão plena da auto-identidade constitucional (*constitutional self-identity*) só é concebível mediante um exercício imaginário que envolve uma extrema compressão de todas as épocas e uma simultânea apreensão de todas as variáveis interpretativas possíveis, combinadas com a habilidade de destilar, condensar tudo isso em uma narrativa coerente e confiável. Em resumo, a auto-identidade constitucional, no entanto, só pode ser articulada pouco a pouco por um sujeito parcial que deve construí-la a partir de fragmentos díspares que precisam ser projetados em um passado e em um futuro incertos. E, ainda, para que essa construção não seja vista como meramente arbitrária, ela deve ser suplementada por uma reconstrução. Como veremos, a construção não nos possibilita mais do que um vislumbre da identidade constitucional, e, assim, a função da reconstrução é transformar esse vislumbre em uma imagem definida. (ROSENFELD, 2003, p. 40-41).

Para Michel Rosenfeld, a compreensão da relação entre a construção e a reconstrução da identidade constitucional depende da percepção da antinomia existente entre *facticidade* e *validade*, ou seja, entre fatos e normas, entre o *real* e o *ideal*. Duas são as principais consequências dessa antinomia para a identidade constitucional. Com efeito, a primeira delas relaciona-se com a justaposição entre as normas constitucionais e os fatos sócio-políticos e históricos: a partir de relevantes fatos históricos diversos, a aplicação de uma mesma norma constitucional pode conduzir a resultados diferentes e igualmente legítimos⁵; similarmente, condições fáticas distintas podem produzir significados e sentidos distintos para uma mesma norma constitucional⁶.

Por outro lado, a segunda consiste no conflito entre um dado texto constitucional vigente e os requisitos normativos do constitucionalismo: na medida em que cada constituição só pode incorporar uma gama limitada de prescrições normativas, tal conflito pode ser compreendido como o confronto entre a facticidade de um texto constitucional e as normas que estabelecem o ideal de uma democracia constitucional; ou ainda, pode ser interpretado como o desajuste entre as normas promovidas por uma constituição e as normas inerentes ao constitucionalismo. Nesse sentido, assinala Michel Rosenfeld:

A antinomia entre o real e o ideal figura descaradamente na determinação da auto-identidade do sujeito constitucional como uma consequência das limitações e deficiências inerentes à efetiva posição historicamente situada desse sujeito. A realidade do sujeito constitucional, enquanto perpassada pela carência (*lack*) e incompletude, é sempre por demais empobrecida, enfraquecida para gerar uma auto-identidade viável capaz de fornecer um fundamento consistente, coerente, para a ordem constitucional. Assim, se levarmos em conta que da perspectiva fragmentada e limitada de um juiz constitucional singular, por exemplo, que, na melhor das hipóteses, tem um acesso parcial e incompleto à realidade empírica do constituinte e a mais pálida e fugidia intuição da realidade das gerações futuras, parece ser absolutamente impossível desenvolver um quadro coerente da auto-identidade constitucional com base exclusivamente no que lhe é empírica e historicamente acessível. (ROSENFELD, 2003, p. 42-43).

⁵ “Assim, por exemplo, em razão das distintas experiências internas com o nazismo, normas similares acerca da liberdade de expressão são respectivamente interpretadas como protetoras do discurso pro-nazi nos Estados Unidos, mas não na Alemanha.” ROSENFELD, Michel. A Identidade do Sujeito Constitucional. p. 41-42. Sobre o tema em apreço, ver igualmente ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis. Cardozo Law School. Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies. April 2001. Working Paper Series N. 41. [Social Science Research Network: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939] e SCHAUER, Frederick. Free Speech and the Cultural Contingency of Constitutional Categories. (ROSENFELD, 1994, p. 353/368).

⁶ “O direito constitucional à subsistência, por exemplo, pode muito bem chegar a significar uma garantia jurídica em uma sociedade industrialmente avançada, mas não pode ser mais do que uma esperança, uma aspiração, em um país subdesenvolvido diante da fome que crassa amplamente”. (ROSENFELD, 2003, p. 42).

Não raro é citar que uma identidade constitucional viável requer que o real seja complementado pelo ideal, por meio de um exercício de imaginação contrafactual apto a acrescentar sentido e valor ao factual, ao real. O ideal, entretanto, além de suplementar o real, muitas vezes pode contradizê-lo, revelando as antinomias inerentes a qualquer ordem constitucional. Assim sendo, tanto a construção como a reconstrução exercem a tarefa de harmonizar as antinomias entre os fatos e “contrafatos”, o que acontece ao erguerem pontes entre o real e o ideal (ROSENFELD, 2003, p. 43).

De acordo com Wilson Roberto Theodoro Filho, o sucesso de uma teoria que lança mão da construção e da reconstrução para trabalhar as antinomias entre o real e o ideal depende do grau de lógica e de persuasão com que essa teoria compara o factual e a imaginação contrafactual. No entanto, é importante atentar que toda tentativa reconstrutiva de comparação entre o real e o ideal será baseada em uma das seguintes finalidades: quando o ideal é concebido como suplementação do real, a reconstrução busca formular uma fundamentação normativa para o *status quo*; por outro lado, quando o ideal é apresentado em contradição com o real, a reconstrução procura fornecer uma crítica das instituições vigentes na comunidade política (FILHO, 2015, p. 72).

Saliente-se, porém, nessa linha, que a construção vincula-se essencialmente à apreensão do real, ou seja, à apresentação do quadro político-institucional vigente de uma dada identidade constitucional. Por conseguinte, a reconstrução volta-se para a imaginação contrafactual, em busca de um vislumbre ideal que possibilite ou a justificação ou a crítica de uma situação vigente na comunidade política (e de sua correspondente construção da identidade constitucional). (FILHO, 2015, p. 72). Nessa perspectiva, assinale que toda reconstrução tem como base uma construção da identidade constitucional, ou ora visa sua justificação, ou ora visa sua própria crítica, ou ainda a crítica de outras possibilidades de construção da identidade constitucional. E mais:

Construção e reconstrução representam dois momentos distintos da investigação em curso que objetiva alcançar uma melhor apreensão da incompleta e sempre em desenvolvimento auto-identidade do sujeito constitucional. A tomada de decisão constitucional sempre se dá sob condições que excluem a possibilidade de determinação plena, o que torna a construção necessária. De fato, a tomada de decisão constitucional envolve a construção já que as questões constitucionais sempre requerem escolhas entre duas ou mais alternativas plausíveis. Todas as decisões constitucionalmente significativas produzem algum impacto na identidade constitucional e assim, por isso mesmo, requerem justificação. A reconstrução fornece os meios para se realizar a tarefa de justificação e torna possível a defesa convincente ou a condenação das construções associadas ao processo da tomada de decisão constitucional. (ROSENFELD, 2003, p.44/46).

De maneira argumentativa, assinala Wilson Roberto Theodoro Filho (2015) que toda tomada de decisão constitucional, necessariamente interpretativa, acrescenta novos elementos ao quadro da identidade constitucional. A reconstrução tem por função harmonizar os novos elementos com os elementos anteriormente presentes na identidade constitucional; ou, na medida em que os novos elementos abalam e quebram as harmonias entre os elementos anteriores, a reconstrução deve formular um novo quadro harmônico, inteligível e convincente, que recombine todos os elementos envolvidos. Nesse sentido, Michel Rosenfeld salienta que essa harmonização ou recombinação não pode ser alcançada apenas tendo como base em uma realidade fragmentária com que ela se defronta e, assim, requer o exercício dessa imaginação contrafactual. (ROSENFELD, 2003, p. 46).

A evolução do constitucionalismo evidencia a necessidade de respeito à alteridade, legitimando o caráter plural das sociedades contemporâneas. Nesse contraponto, não é todo exercício de imaginação contrafactual que resulta em uma reconstrução plausível e razoável da identidade constitucional. A título de exemplo, tanto uma interpretação contrafactual que procurasse justificar o *status quo* a qualquer custo, como uma outra que estabelecesse um padrão ideal inalcançável, à luz da qual todas as práticas vigentes soariam ilegítimas, não seriam úteis nem aproveitáveis nos exercícios de construção e reconstrução. A esse propósito: “parece recomendável submetermos a reconstrução, à medida que ela diz respeito à descoberta da identidade do sujeito constitucional aos limites normativos inerentes ao constitucionalismo” (ROSENFELD, 2003, p.47).

O processo de reconstrução da identidade constitucional é influenciado por sua propensão em se alterar com o tempo e pela tensão entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes. Essas identidades, que farão parte da determinação da identidade constitucional, desdobram-se, por exemplo, em identidades nacionais, regionais, linguísticas, religiosas, éticas, políticas e ideológicas. Sem dúvida, o compromisso com o pluralismo, com o princípio do governo limitado, a adoção do Estado de Direito (*rule of law*), e a proteção dos direitos fundamentais são limites que, além de apontarem para o mútuo reconhecimento entre o “eu” e o “outro”, situam ambos no mesmo grau de dignidade e respeito. Além disso, o exercício de reconstrução, quando limitado pelos princípios decorrentes do constitucionalismo, serve igualmente como critério de avaliação da legitimidade das normas constitucionais efetivamente vigentes. (FILHO, 2015, p. 74). Entretanto, o exercício de

reconstrução pode ser suplementado pelo conceito de integridade formulado pelo próprio Michel Rosenfeld:

Além de requerer a observância às restrições do constitucionalismo, a reconstrução contrafactual pode ser reforçada suplementarmente pela integridade sob a condição da plausibilidade lógica, avaliada nos termos das circunstâncias prevalecentes. Essa última condição, inspirada no conceito hegeliano do sujeito que se desenvolve em uma série de diferentes estágios, exige uma reconstrução contextualmente fundada apta a apreender as tensões e contradições efetivas encontradas no interior das relações políticas e sociais prevalecentes. Em cada estágio do seu desenvolvimento histórico, o sujeito constitucional enfrenta determinadas contradições que o motivam a buscar coerência mediante o emprego da imaginação contrafactual. Assim, a reconstrução parece mais útil se ela apontar para uma solução plausível das contradições prevalecentes ao elaborar um quadro contrafactual que não exceda o horizonte de possibilidades delimitado pelas condições materiais existentes. Em suma, do ponto de vista da identidade do sujeito constitucional, a legitimidade da reconstrução depende da adoção das normas incorporadas no constitucionalismo, vinculada ao respeito aos limites impostos pelo relevante horizonte das possibilidades. (ROSENFELD, 2003, p. 48).

O referencial primeiro do discurso constitucional passará a se configurar, então, na narrativa por meio da qual a identidade deverá instrumentalizar-se, como auto-identidade constitucional plausível e pertinente à identidade do sujeito constitucional. O processo de reconstrução da identidade constitucional, tal qual é apresentado por Michel Rosenfeld, é instrumentalizado por três ferramentas: negação, metáfora e metonímia:

A negação, metáfora e metonímia combinam-se para selecionar, descartar e organizar os elementos pertinentes com vistas a produzir um discurso constitucional no e pelo qual o sujeito constitucional possa fundar sua identidade. A negação é crucial à medida em que o sujeito constitucional só pode emergir como um 'eu' distinto por meio da exclusão e da renúncia. A metáfora, ou condensação, por outro lado, que atua mediante o procedimento de se destacar as semelhanças em detrimento das diferenças, exerce um papel unificador chave ao produzir identidades parciais em torno das quais a identidade constitucional possa transitar. A metonímia ou deslocamento, finalmente, com sua ênfase na contiguidade e no contexto, é essencial para se evitar que o sujeito constitucional se fixe em identidade que permaneçam tão condensadas e abstratas ao ponto de aplainar as diferenças que devem ser levadas em conta se a identidade constitucional deve verdadeiramente envolver tanto o eu quanto o outro (ROSENFELD, 2003, p. 50).

Na visão de Silvagner Andrade de Azevedo e Alexandre de Castro Coura (2015), a dialética da reconstrução da identidade constitucional, fundada na tensão entre metáfora e metonímia, explicita o potencial e as limitações do sujeito constitucional, em sua luta por alcançar equilíbrio Igualdade, inclusão e a inexorável reconstrução da identidade do sujeito constitucional em um cenário sempre mutável. Nesse aspecto, compreender e aplicar a força normativa da Constituição, na expressão de Konrad Hesse, como a “[...] interpretação construtiva de um sistema de direitos fundamentais” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p.

321), permite que a identidade do sujeito constitucional se torne dinâmica, aberta e não naturalizada.

O que deve ser ressaltado nesta abordagem sobre a análise do sujeito constitucional, é que não se pode pensar a realidade, nem a questão do “eu” e do “outro”, por extensão, sem que se reconheça um método de análise, tal como descrito por Hegel, como sendo a mais alta aspiração do espírito em se reencontrar a si mesmo e por si mesmo no todo, sem que o produtor se confunda com o produto, como criticamente acentuou. Claro é que, a integridade funciona, para a identidade do sujeito constitucional, como vínculo com o contexto sócio-político da comunidade. Essa situação pode ser explicada por Menelick de Carvalho Neto:

O reconhecimento alcançado pela vitória e a dominação do outro transforma-o em coisa dominada e, de imediato, o reconhecimento obtido perde qualquer valor, posto que equivalente ao reconhecimento que se busca por intermédio da posse das coisas, da demonstração eterna de status. O vazio interior permanece e se agrava no interior do sujeito, levando-o a desejar possuir mais e mais coisas, e, assim, nunca será preenchido, o seu objeto de desejo nunca poderá ser satisfeito pela apropriação das coisas. Somente reconhecendo os outros como iguais, como pessoas iguais a mim, posso reconhecer a mim mesmo como sujeito de um processo de vida individual que só se dá na interação complexa da vida coletiva e aprender com esse processo, tornando-me sujeito portador de uma identidade própria. [...] A identidade constitucional não pode se fechar, a não ser ao preço de trair o próprio constitucionalismo. (CARVALHO NETO, 2003, p. 141-163).

De maneira a aclarar melhor a discussão, segundo Wilson Roberto Theodoro Filho (2015), a necessidade de plausibilidade e razoabilidade no exercício reconstrutivo exige que a reconstrução respeite os limites materiais impostos pelo contexto da identidade constitucional analisada, de modo que a reconstrução nem estabeleça padrões contrafactuais virtualmente inalcançáveis, nem justifique o *status quo* indiferente aos problemas e às contradições constantes do momento histórico específico de uma dada identidade constitucional.

Por fim, é apenas desse modo que o exercício reconstrutivo pode estabelecer uma ponte efetiva entre o ideal e o real, sem sacrificar nenhum dos dois às exigências e limites constantes de um e outro. E mais, a construção é o instrumento básico de apreensão da realidade fragmentária e indeterminada, que possibilita vislumbres de uma identidade constitucional que, apesar de presente e existente, é sempre incompleta, aberta, e carente de interpretação. Em outras palavras, trabalhar o nosso passado institucional é pensar a identidade de nosso sujeito constitucional, problematizando esse passado à luz do horizonte de significação que o termo Constituição pode e deve assumir hoje.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se dizer que o processo de desenvolvimento do sujeito constitucional, que se origina da busca do “eu” e o “outro”, visando o estabelecimento de sua auto-identidade, deriva diretamente da ética e da ontologia presentes na desconstrução, que igualmente propõe a procura pela superação da distancia entre o “eu” e o “outro” como requisito fundamental constante de qualquer exercício interpretativo.

Pois bem, a conclusão a que se pode chegar depois desta análise da obra de Michel Rosenfeld, é que a identidade constitucional não se resume à mera atividade política, ou seja, os processos de construção e reconstrução da identidade constitucional, bem como o desenvolvimento lógico da auto-identidade do sujeito constitucional, devem se pautar por critérios jurídicos, ou melhor, por critérios oriundos do constitucionalismo, e não por considerações derivadas de preocupações políticas, econômicas e etc., que não tenham sido anteriormente filtradas pela própria identidade constitucional e ajustadas aos seus termos.

Ademais, toda construção da identidade é uma re-escritura da identidade constitucional, parcial e incompleta, sempre aberta a novas possibilidades de interpretação. Ademais, toda reconstrução é uma re-escritura da construção que tem por base, construção que, nesse contexto, funciona como escritura para a re-escritura que é a reconstrução. Dessa forma, a identidade constitucional se projeta temporalmente, de forma vertical, e se projeta discursivamente, de forma horizontal (por se tratar de um mesmo momento histórico).

Sendo assim, esta construção se dá necessariamente pelo discurso jurídico, mormente o discurso jurisdicional, na medida em que a identidade do sujeito constitucional, por ser evasiva, preñe de vacuidade, deve ser reconstruída a cada momento de modo a legitimar a Constituição dentro dos parâmetros do constitucionalismo, donde surge, no entender de Michel Rosenfeld, uma tensão entre Constituição (enquanto texto) e o direito constitucional (valores político-morais a serem implementados), tendo como paradigma o governo limitado (*check and balances*), os direitos fundamentais e o Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Silvagner Andrade de. COURA, Alexandre de Castro. **Igualdade, inclusão e a inexorável (re)construção da identidade do sujeito constitucional.** Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n8/6.pdf>> Acesso em: 13 fev. 2015.

BRUDNER, Alan. **The ideality of difference:** Toward objectivity in legal interpretation. *Cardozo Law Review*, 11, 1990.

CARVALHO NETO, Menelick de. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito.** *Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte*, v. 3, p. 473-486, maio 1999.

CARVALHO NETO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional e os Desafios Postos aos Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Minorias e democracia no Brasil.** *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre*, v. 1, n. 4, p. 307-322, jan. dez. 2006.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva:** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2000.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust:** A Theory of Judicial Review. Harvard University Press, 1981.

FILHO, Wilson Roberto Theodoro. **A legitimidade do discurso Constitucional:** uma análise da jurisdição Constitucional fundamentada na Teoria da Identidade do Sujeito Constitucional de Michel Rosenfeld. Disponível em: <http://btdt.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=709> Acesso em: 03 jan. 2015.

FREITAS, Juarez. **A substancial inconstitucionalidade da lei injusta.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989.

FREUD, Sigmund. **Civilization and its discontents.** [trad.: James Strachey]. W.W. Norton & Co., 1961.

HEGEL, G.W.F. **Phenomenology of spirit.** [trad.: A.V. Miller]. New York: Oxford University Press, 1977.

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

KELSEN, Hans. **Il Primato del Parlamento.** Coordenação de Carmelo Geraci e prólogo de Paolo Petta. Milão: Giuffrè, 1982.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** Tradução coordenada por Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Aurelino. **História Constitucional do Brasil**. Prefácio de Luiz Octavio Gallotti. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

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

ROSENFELD, Michel (org). **Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspective**. Durham and London: Duke University Press, 1994.

SCHMITT, Carl. **Théologie Politique: 1922, 1969**. Tradução de Jean-Louis Schlegel. Paris: Gallimard, 1988.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Tradução de Francisco Ayala e epílogo de Manuel García Pelayo. Madri: Editora Revista de Derecho Privado, 1927.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.