Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Wallace de Almeida Corbo

Identidade constitucional: conceito, (trans)formação e crise

Rio de Janeiro

2020

Wallace de Almeida Corbo

Identidade constitucional: conceito, (trans)formação e crise

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Cidadania, Estado e Globalização

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento

Rio de Janeiro

2020

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

C792 Corbo, Wallace de Almeida.
Identidade constitucional: conceito, (trans)formação e crise / Wallace de Almeida Corbo - 2020.

314 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento.

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

Direito Constitucional - Teses. 2. Identidade - Teses. 3. Movimentos sociais – Teses. I. Sarmento, Daniel. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342(81)

Bibliotecária: Ana Clara Brandão / CRB7-6346

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

_____ _____

Assinatura Data

Wallace de Almeida Corbo

Identidade constitucional: conceito, (trans)formação e crise

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Cidadania, Estado e Globalização

Aprovada em 18 de fevereiro de 2020.

Banca examinadora:

_____

Prof. Dr. Daniel Sarmento (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof.ª Dr.ª Jane Reis Gonçalves Pereira

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. José Vicente Mendonça

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto

Universidade Federal Fluminense

_____

Prof.ª Dr.ª Adriana Alves dos Santos Cruz

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2020

AGRADECIMENTOS

A primeira vez que ingressei, como estudante, pela porta de entrada da Universidade do Estado do Rio de Janeiro foi em 2009. Ao longo de mais de dez anos ininterruptos, vivi boa parte dos meus dias naqueles corredores – compartilhando conversas, alegrias, aprendizados e crises. Ao escrever estes agradecimentos, não posso deixar de olhar para os dez anos que passaram - como em um único segundo - lembrando de cada rosto, de cada sorriso que me ajudou a dar o passo adiante até esse momento.

Os primeiros sorrisos que surgem na mente seguem sendo os mesmos de sempre. Vania e William, meus alicerces, minha torcida, minha força. Mais uma vez, como em outros momentos, as pesquisas acadêmicas me confirmam como foi essencial para mim uma acolhedora e amorosa família – refúgio em meio a uma sociedade que ainda teme e odeia. Deles, só conheci amor. De meu irmão, (também) William, não só conheci o amor , mas também a inspiração. Os três me deram a mente, o coração e a música. Sigo com vocês, por todos os pagodes.

A João, meu companheiro desde o terceiro ano dessa minha trajetória acadêmica. Aturou-me nos momentos mais insuportáveis e apoiou-me nos mais necessários. João me apresentou um amor que ainda não conhecia. Só me resta esforçar-me a cada dia para corresponder à altura.

Os amigos são mais do que eu poderia listar nestas páginas. Para quem está calejado pelo esquecimento reiterado em “agradecimentos”, isso significa que não vale arriscar nomear todos. Esta tese em especial jamais teria sido concluída não fosse o apoio e trocas com meu amigo Daniel Cardinali; o carinho diário de minha amiga Ivana Harter. Em nome de Ivana e Daniel, agradeço a todos que me honraram com momentos de diversão, de tranquilidade, de cantorias quinzenais em meio aos quatro duros anos de doutorado.

Não há espaço suficiente em uma tese para agradecer com a profundidade que se exige ao meu orientador, professor Daniel Sarmento. Sua presença e ensinamentos na UERJ inspiraram gerações, como a minha, a lutar pela democracia e pelas promessas igualitárias da Constituição de 1988. Essa tese só existe, no que tem de boa, porque em Daniel encontrei os valores, incentivos, fundamentos e reflexões para pensar a Constituição como meio de transformação social. O agradecimento, aqui, já não se limita mais à orientação – sem a qual essa tese seria muito menos do que é. O agradecimento se estende também à vida – tive o prazer de caminhar, nos últimos cinco anos ao lado de Daniel, dando meus primeiros passos nessa espécie de ativismo de direitos humanos que se vale do instrumental teórico e técnico

do Direito para mudar vidas. A inspiração acadêmica se converte, então, em inspiração profissional, e eu não poderia estar mais grato por poder acompanhar de perto essa trajetória de luta.

Quero agradecer, ainda, aos professores que gentilmente aceitaram o convite para integrar a Banca perante a qual esse trabalho será defendido. A professora Jane Reis, com quem tenho a alegria de poder compartilhar momentos de aprendizado e conversas essenciais. Ainda durante meu mestrado, a professora Jane já indicava, em suas reflexões, os caminhos tortuosos que viriam pela frente no Brasil. Hoje apenas tenho confirmado o que sempre intuí: precisamos de mais professoras como Jane em todos – todos – os espaços.

Conheci o professor José Vicente quando eu já estava com o projeto da tese nas mãos, quase cinco anos atrás, em plena Rua do Carmo. Perguntou-me do que se tratava, ensaiei uma explicação. Folheou rapidamente as quarenta páginas de projeto e disse: "Interessante, depois quero ler". Alguns semestres depois, tive o prazer de conhecê-lo como o professor absolutamente brilhante que é, capaz de lidar confortavelmente com os mais variados temas e instigar seus alunos a pensar suas próprias ideias – inventar seus próprios conceitos.

Agradeço, ainda, ao professor Cláudio Pereira de Souza Neto por gentilmente aceitar o convite para participar da minha Banca. Não só a trajetória do professor Cláudio é inspiradora, como também seus trabalhos têm sido há anos uma inspiração nessa empreitada acadêmica de buscar respostas e soluções em um direito que nem sempre está disposto a dá-las.

Por fim, mas definitivamente não menos importante, quero agradecer à professora Adriana Cruz. A professora Adriana surgiu em minha vida durante um momento de amadurecimento e profunda reflexão pessoal. E com ela tenho podido aprender para muito além do Direito. Nos momentos de dúvidas e inseguranças, Adriana está sempre ali, representando e presentando – para mim e para centenas de outras pessoas – nossa força e nossas potencialidades. Seja nas conversas mais leves, seja nas mais duras (essas sempre rápidas, porém incisivas), saio sempre maior de meus encontros com Adriana.

, Agradeço à Clínica UERJ Direitos pela oportunidade que me dão, todos e cada um de seus membros, de participar de uma empreitada coletiva que põe em prática a luta pela Constituição de que fala essa tese. Cristina, João Gabriel, Eduardo Adami, Eduardo Lasmar, Frederico, Letícia, Raphaela – o próprio professor Daniel – e todas as amigas e amigos que por lá passaram nestes últimos anos, obrigado por resistirmos e avançarmos juntos.

Ao Flavio Galdino, que há quase dez anos é um apoiador incondicional de minha trajetória acadêmica e profissional. Todos os meus sucessos nesses anos tiveram a influência do Flavio. Profissionalmente, foi na "escola Flavio Galdino" que me construí – e diariamente me reconstruo – advogado. Academicamente, foi o apoio e torcida de Flavio que me permitiram encontrar o tempo e empregar a dedicação que um mestrado e um doutorado exigem.

Agradeço, ainda, ao escritório Galdino Coelho Advogados, em nome de minha equipe excepcional - – Rodrigo, Jorge, Paula, Jeniffer e Julia – sem cujo apoio seria impossível que esse trabalho existisse. Construir uma equipe do zero é tarefa difícil – então só me resta concluir que foi a sorte que colocou pessoas brilhantes em meu caminho. A Jorge e Julia, em especial, agradeço não só pela leitura do trabalho, como também pela ajuda na finalização dos infindáveis trâmites administrativos que o doutorado me exigiu.

Essa tese existe, em larga medida, porque minha visão de mundo foi pautada por instituições cujos ideais e espíritos tenho carregado comigo. Antes de tudo (ou nada), ao Colégio Pedro II – que, mais de década depois, ainda me enche de orgulho e nostalgia.

À Universidade Federal do Rio de Janeiro, que além de me pôr em contato com brilhantes professores, me deu a oportunidade de conhecer e, quem sabe, até mesmo ensinar a centenas de alunos – vindos de todos os cantos do Brasil, com todas as cores, rostos, sotaques. Alunos com quem eu puder aprender e que reforçaram minha vontade de ser professor. Agradeço, em especial, à minha querida ex-aluna Gabrielle de Sousa Silva, pela inestimável ajuda na fase final deste trabalho, não só por contribuir na organização de um quase infinito material de pesquisa, como também nas reflexões e na revisão final da tese.

À Faculdade de Direito de Harvard – ou para os que preferem a pompa, a *Harvard Law School* – que me permitiu desenvolver um período sanduíche de meu doutorado, pondo-me em contato com o que há de mais excepcional no pensamento jurídico norte-americano. Em especial, agradeço aos professores Catharine Mackinnon, Janet Halley, Mark Tushnet e Sanford Levinson, cada um exercendo papel central nas ideias aqui expostas. Ainda, quero agradecer ao professor Joel Colón-Rios, cujas contribuições me permitiram não só elaborar a pesquisa aprovada por Harvard, como também pensar este mesmo trabalho. Nenhum deles, é claro, lerá esses agradecimentos, pois não falam português.

Antes que os agradecimentos virem uma nova tese, encerro com minha enorme e eterna gratidão à Universidade do Estado do Rio de Janeiro – a nossa UERJ. Não há como descrever os mais maravilhosos dez anos de minha vida que passei neste prédio (um prédio que só pode ser considerado maravilhoso por apego emocional de quem ali passou tempos

preciosos de sua vida). A todas as amigas e amigos que lá fiz. Às minhas professoras e aos meus professores. Às minhas queridas e queridos alunos que, desde 2015, me ensinaram a ser professor. O Wallace que entrou na UERJ é muito diferente do que de lá sai. Espero que para a melhor. O que é certo é que, na UERJ, em meio a seus dilemas e crises, aprendi o mais importante que alguém pode aprender hoje no Brasil: que é preciso lutar.

A democracia não é um esporte para espectadores.

Barack Obama

RESUMO

CORBO, Wallace de Almeida. *Identidade constitucional:* conceito, (trans)formação e crise. 2020. 300f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

A tese trata do conceito de identidade constitucional a partir de três perspectivas: o conceito de identidade constitucional, o processo de formação e transformação da identidade constitucional, e o fenômeno da crise de identidade constitucional. O problema que se busca enfrentar a partir deste estudo diz respeito à potencial crise de identidade pela qual passaria a Constituição de 1988 desde 2013, perpassando momentos-chave que incluem o *impeachment* de Dilma Rousseff, a promulgação da Emenda Constitucional n. 95/2016 e a eleição e primeiro ano de governo de Jair Bolsonaro. A partir de uma revisão da literatura jurídica e da jurisprudência comparada, esta tendo por paradigma as experiências indiana, colombiana e europeia, sustenta-se um conceito de identidade constitucional cujo conteúdo envolve decisões e valores substanciais – os compromissos e projetos básicos de uma comunidade constitucional -, procedimentais – as decisões acerca do exercício do governo constitucional – e relacionais – a posição da Constituição diante de outras experiências constitucionais. No plano das características, sustenta-se que a identidade constitucional é plural, construída social e historicamente, e mutável. Quanto às suas funções, propõe-se que a identidade constitucional opera uma função constitutiva da comunidade constitucional; uma função normativa em sentido amplo que permite a crítica social às tentativas de ruptura constitucional; e uma função normativa em sentido estrito que produz eficácia jurídica própria que invalida atos contrários à identidade constitucional e extrai comandos positivos voltados ao Poder Público no sentido de efetivar tal identidade. Quanto à formação e transformação, analisa-se teorias fundacionais e construtivistas da identidade constitucional e sustenta-se que a identidade constitucional se forma e transforma por um processo de luta pela Constituição, cuja compreensão parte da ideia de luta por reconhecimento desenvolvida por Axel Honneth e de luta pelo direito apresentada por Rudolf Von Ihering. Sustenta-se que a luta pela Constituição envolve uma luta por narrativas, significados e direitos constitucionais ou constitucionalizados e que é travada por diferentes agentes institucionais ou não institucionais dos diversos espaços sociais. Propõe-se que uma vez formada, a identidade constitucional está sujeita a transformações incrementais e fundacionais, que aprofundam e alteram seu sentido ora por meio de atos difusos, ora em momentos identificáveis na história constitucional, institucionalizando-se por mecanismos diversos: a interpretação e mutação constitucional, a emenda constitucional, e a nova Constituição. Propõe-se que as transformações podem ser deflagradas também por crises em que a comunidade constitucional põe em xeque o conteúdo da identidade constitucional, abrindo caminho ora para o aprofundamento do projeto constitucional, ora para a ruptura do projeto. Propõe-se analisar o fenômeno a partir do caso brasileiro, inicialmente tendo por paradigma os movimentos LGBT e negro na Assembleia Constituinte e após 1988 como demonstrativos das transformações pelas quais passou a identidade emancipatória da Constituição de 1988. Analisa-se a potencial crise de identidade constitucional deflagrada a partir de 2013, concluindo-se pela possibilidade de que se esteja diante de uma crise constitucional e propondo, então, medidas para sua superação.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Identidade Constitucional. Reconhecimento. Crise Constitucional. Movimentos Sociais. Diálogos Institucionais. Movimento LGBT. Movimento Negro. Assembleia Constituinte.

ABSTRACT

CORBO, Wallace de Almeida. *Constitutional Identity:* concept, (trans)formation and crisis. 2020. 300f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

The dissertation deals with the concept of constitutional identity from three perspectives: the concept of constitutional identity, the process of formation and transformation of constitutional identity, and the phenomenon of the constitutional identity crisis. The problem that we seek to face with this study concerns the potential identity crisis that the 1988 Constitution has been going through since 2013, going through key moments that include the impeachment of Dilma Rousseff, the enactment of Constitutional Amendment no. 95/2016 and the election and first year of Jair Bolsonaro's government. Based on a review of the legal literature and comparative case-law, which takes Indian, Colombian and European experiences as a paradigm, a concept of constitutional identity is sustained, the content of which involves substantial decisions and values - the basic commitments and projects of a constitutional community. -, procedural - decisions about the exercise of constitutional government - and relational - the position of the constitution in relation to other constitutional experiences. In terms of characteristics, it is maintained that constitutional identity is plural, socially and historically constructed, and changeable. As for its functions, it is proposed that the constitutional identity operates a constitutive function of the constitutional community; a normative function in the broad sense that allows social criticism of attempts at constitutional rupture; and a normative function in the strict sense that produces its own legal efficacy that invalidates acts contrary to the constitutional identity and extracts positive commands directed to the State in order to effect such an identity. As for formation and transformation, we analyze the foundational and constructivist theories of constitutional identity and we argue that constitutional identity is formed and transformed by a process of struggle for the constitution, understood based on the idea of struggle for recognition developed by Axel Honneth and of struggle for the right presented by Rudolf Von Ihering. It is maintained that the struggle for the constitution involves a struggle for constitutional or constitutionalized narratives, meanings and rights and that it is developed by different institutional or non-institutional agents throughout different social spaces. It is proposed that once formed, constitutional identity is subject to incremental and foundational transformations, which deepen and alter its meaning, sometimes through diffuse acts, sometimes at identifiable moments in constitutional history, institutionalized by different mechanisms: interpretation and constitutional change, the constitutional amendment, and the new constitution. It is proposed that the transformations can also be triggered by crises in which the constitutional community challenges the content of the constitutional identity, opening the way sometimes to the deepening of the constitutional project, sometimes to the rupture of the project. It is proposed to analyze the phenomenon from the Brazilian perspective, initially having as a paradigm the LGBT and black movements in the Constituent Assembly and after 1988 as demonstrations of the transformations that the emancipatory identity of the 1988 Constitution went through. The potential identity crisis that started in 2013 is analyzed, concluding that it is possible that Brazil is facing a constitutional crisis and therefore proposing measures to overcome it.

Keywords: Constitutional Law. Constitutional Identity. Recognition. Constitutional Crisis. Social Movements. Institutional Dialogues. LGBT Movement. Black Movement. Constituent Assembly.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	13
	CONCEITO. O QUE É IDENTIDADE CONSTITUCIONAL?	26
1	**PREMISSAS CONCEITUAIS: IDENTIDADE, CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUIÇÃO**	26
1.1	**Identidade e identidades coletivas: constituindo "comunidades imaginadas" por meio de narrativas sociais em disputa**	26
1.2	**Constitucionalismo**	37
1.3	**Constituição**	41
2	**IDENTIDADE CONSTITUCIONAL: LIÇÕES DE DIREITO COMPARADO E DA TEORIA CONSTITUCIONAL**	48
2.1	**Identidade constitucional no Direito constitucional comparado**	48
2.1.1	A Constituição como uma "herança preciosa".A doutrina da estrutura básica da Constituição na jurisprudência indiana	50
2.1.2	Identidade constitucional como limite de competência do poder constituinte derivado. A teoria da substituição constitucional na Colômbia	57
2.1.3	O caso europeu: a identidade constitucional na integração da União Europeia	69
2.2	**Identidade constitucional na teoria constitucional**	73
2.2.1	A identidade constitucional em Carl Schmitt e a teoria dos limites implícitos do poder de reforma constitucional	73
2.2.2	Formulações contemporâneas sobre a identidade constitucional	84
3	**UM ESFORÇO TEÓRICO: CONTEÚDO, CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL**	92
3.1	**Conteúdo da identidade constitucional: identidade constitucional substancial, identidade constitucional procedimental e identidade constitucional relacional**	92
3.2	**Características da identidade constitucional: plural, social e historicamente construída e mutável**	101
3.3	**Funções da identidade constitucional: função constitutiva, função normativa e função crítica**.	106
3.3.1	A função constitutiva da identidade constitucional: construindo a comunidade constitucional.	106

3.3.2 A função normativa da identidade constitucional: entre a crítica político-social e a efetividade jurídica..... 116
3.4 **Afinal, o que é uma identidade constitucional? Síntese da primeira parte** 139
FORMAÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL: ENTRE TRANSFORMAÇÕES E CRISES 141
4 **A FORMAÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL POR UM PROCESSO DE LUTA(S) PELA CONSTITUIÇÃO** 141
4.1 **Teorias sobre a formação da identidade constitucional** 143
4.1.1 Teorias fundacionais da identidade constitucional: formação da Constituição a partir de momentos constitucionais. 143
4.1.2 Teorias construtivistas da identidade constitucional: formação da identidade a partir de processos contínuos. 147
4.2 **A luta pela Constituição** 154
4.2.1 Paradigma filosófico e teórico: a luta pelo reconhecimento (Honneth) e a luta pelo Direito (Ihering). 155
4.2.2 A Constituição como *locus* de lutas por reconhecimento e pelo direito..... 165
4.2.3 Pelo quê se luta? 178
4.2.4 Quem luta? Os agentes da formação da identidade constitucional..... 181
4.3 **Síntese necessária: a luta pela a identidade constitucional entre descoberta e criação**..... 184
5 **TRANSFORMAÇÃO E CRISE DE IDENTIDADE CONSTITUCIONAL**..... 186
5.1 **A desarmonia constitucional e as lutas pela Constituição como premissas da(s) crise(s) de identidade constitucional** 187
5.2 **Transformação e crise de identidade constitucional** 190
5.2.1 Um primeiro conceito: transformação da identidade constitucional. 192
5.2.2 Um segundo conceito: crise de identidade constitucional. 208
5.2.3 Transformação sem crise de identidade constitucional. 211
5.2.4 Transformação com crise de identidade constitucional. 212
5.3 **Mecanismos institucionais de transformação e de substituição constitucionais**..... 214
5.3.1 Interpretação e mutação constitucional. 215
5.3.2 A emenda constitucional..... 219
5.3.3 A nova Constituição. 223

5.4 **Síntese das conclusões parciais acerca da (trans)formação da identidade constitucional** 224
6 **REFLEXÕES SOBRE A IDENTIDADE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: FORMAÇÃO, TRANSFORMAÇÃO E CRISE DA IDENTIDADE EMANCIPATÓRIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**..... 226
6.1 **Questão prévia: por que a identidade constitucional no Brasil? Riscos e possibilidades**..... 227
6.2 **Lutas pela formação de uma identidade emancipatória: a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 e o caso dos movimentos negro e LGBT**.... 234
6.2.1 Os movimentos negros na constituinte e a igualdade que não foi: o caso das ações afirmativas. 238
6.2.2 O movimento LGBT+ na constituinte: o momento constitucional que não aconteceu. 241
6.2.3 Uma identidade para a nova Constituição: um projeto conservador ou emancipatório?..... 249
6.3 **Luta pela transformação da identidade emancipatória. Ações afirmativas e direitos LGBT+, da heterodoxia à ortodoxia constitucional** 253
6.3.1 A evolução dos direitos LGBT no pós-88: do momento fundacional negado à transformação incremental inclusiva. 253
6.3.2 Igualdade aprofundada: transformação incremental a partir da evolução das percepções sobre ações afirmativas no pós-1988. 262
6.3.3 Repercussões das transformações incrementais nos casos dos direitos LGBT+ e das políticas de ações afirmativas: entre desmobilização e reação organizada. 271
6.4 **A identidade emancipatória em crise: a Emenda Constitucional n. 95/2016 e a eleição de Jair Messias Bolsonaro em 2018** 277
6.4.1 A crise substancial da Constituição de 1988: a Emenda Constitucional n. 95 e a eleição de Jair Messias Bolsonaro como contestação do projeto constitucional de 1988. 280
6.4.2 A crise procedimental da Constituição de 1988: constitucionalismo abusivo e o retrocesso democrático no governo Bolsonaro. 285
6.4.3 Como a identidade constitucional de 1988 pode resistir à crise? Entre ruptura e reapropriação do projeto de 1988 290
CONCLUSÕES..... 293
REFERÊNCIAS..... 295

INTRODUÇÃO

Desde junho de 2013, o Brasil passa por mudanças políticas, sociais e jurídicas que põem em xeque o "fim da história"[1] indicado pelo boom econômico, democrático e social dos anos 2000. No plano constitucional, essas mudanças se refletem na desconstrução dos até então aparentes consensos acerca dos compromissos de 1988 e dos mecanismos institucionais de funcionamento dos Poderes da República. O impeachment de Dilma Rousseff em 2016, a aprovação da Emenda Constitucional n. 95 no mesmo ano e a eleição de Jair Bolsonaro como Presidente da República são apenas alguns marcos históricos que poderiam indicar uma potencial crise se desenvolvendo sob a Constituição de 1988. Esta tese propõe pensar neste fenômeno, não como mera crise política ou governamental, mas sim como uma crise de identidade da própria Constituição.

Tratar de identidade constitucional é tratar daquilo que uma determinada Constituição foi, é e pretende ser. É uma pergunta sem respostas objetivas. Qualquer tentativa de atribuir significado a um projeto constitucional parte do olhar de um observador.[2] E observadores terão, invariavelmente, limites epistêmicos, preconcepções e influências diversas que interferirão na forma como leem a Constituição.[3] Mas o fato de a identidade constitucional estar sujeita a disputa de narrativas sociais não é razão para desconsiderar o conceito por inútil. Conceitos essencialmente em disputa,[4] como a identidade constitucional,

---

[1] A ideia de fim da história, apresentada por Francis Fukuyama, propunha que a queda dos regimes comunistas e a alegada universalização do pensamento ocidental liberal implicariam no último estágio da evolução do pensamento humano, cf. FUKUYAMA, Francis, **The end of history and the last man**, New York : Toronto : New York: Free Press ; Maxwell Macmillan Canada ; Maxwell Macmillan International, 1992.

[2] Gary J. Jacobsohn destacou, nessa linha, a visão cética sobre a utilidade de um conceito tão maleável a partir da afirmação de Laurence Tribe no sentido de que "a própria identidade da 'Constituição' – o corpo de materiais textuais e históricos de onde as normas devem ser extraídas e pelo qual sua aplicação deve ser guiada – é em si uma matéria que não pode ser objetivamente deduzida ou passivamente discernida em uma perspectiva livre do ponto de vista" TRIBE, Laurence H., A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role, **Harvard Law Review**, v. 97, n. 2, p. 433, 1983. Salvo quando apontado em sentido diverso, todas as citações de obras estrangeiras foram traduzidas livremente neste trabalho.

[3] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio, **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[4] A ideia de conceito essencialmente em disputa (ou, em tradução mais próxima da literalidade, contestado) foi cunhada por Walter Brice Gallie, cf. GALLIE, W. B., Art as an Essentially Contested Concept, **The Philosophical Quarterly**, v. 6, n. 23, p. 97, 1956. O autor sustentou, em síntese, que o conceito de arte, como outros conceitos, é essencialmente complexo e, portanto, essencialmente contestado. Para Sanford Levinson, a própria constituição é um conceito essencialmente contestado, de modo que disputas sobre o conceito da constituição surgem quando (1) a aplicação do conceito envolve uma valorização de um ato (por ser constitucional; (2) as práticas relacionadas à constituição são intrinsecamente complexas, tornando contestável que um comportamento seja compatível com a constituição; (3) as regras de interpretação constitucional são razoavelmente abertas, permitindo que mesmo essas regras compartilháveis promovam disputas, cf.

integram o cerne dos principais debates envolvendo o direito constitucional na contemporaneidade. Que haja controvérsia acerca de conceitos como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana não implica a inutilidade das expressões – senão, pelo contrário, a necessidade de debruçar-se sobre seus elementos em busca de um consenso mínimo quanto ao seu conteúdo. Mais que isso, as diferentes interpretações acerca de *qual* é a identidade de uma dada Constituição não impedem de endereçar o tema sobre como uma identidade constitucional se forma e se transforma ao longo do tempo. Ou, como afirmou Laurence H. Tribe[5], o fato de haver desacordos sobre qual é a identidade constitucional não significa que o problema da identidade constitucional não seja próprio da teoria constitucional. Significa, apenas, que se deve reconhecer a responsabilidade do intérprete que busca extrair qual é a história que uma Constituição nos conta.

No Brasil, o tema não tem sido objeto de maior exploração. O conceito de identidade constitucional não é, por aqui, desconhecido. Pelo contrário, reiteradamente é mencionado em artigos, julgados, livros e manuais. Surge, contudo, não como objeto específico de estudo, mas como argumento auxiliar ou secundário em discussões que envolvem o poder constituinte, as cláusulas pétreas ou os princípios fundamentais da Constituição. É por pretender preencher a lacuna dos estudos especificamente dedicados à identidade constitucional que esta tese se desenvolve a partir de alguns questionamentos básicos. Primeiro: o que é uma identidade constitucional? Segundo: como uma identidade constitucional se forma e se transforma? Terceiro: o que caracteriza uma crise de identidade constitucional? E, por fim: pode-se falar em uma crise de identidade constitucional no Brasil contemporâneo?

O primeiro passo nessa tese envolverá definir a ideia de identidade constitucional. A começar por esclarecimentos conceituais básicos. No capítulo 1, trata-se de três dos principais conceitos a partir dos quais os elementos da identidade constitucional serão construídos: identidade, Constituição e constitucionalismo. O objetivo deste capítulo não é conferir um sentido absoluto para esses termos – eles mesmos conceitos em disputa –e sim fixar definições que possam ser geralmente aceitas e com as quais seja possível trabalhar ao longo desse estudo.

LEVINSON, Sanford, **Constitutional faith**, Pbk. reissue, with a new afterword by the author, 2011. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2011

[5] TRIBE, Laurence H., A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role, **Harvard Law Review**, v. 97, n. 2, p. 433, 1983.

Tratarei do conceito de identidade especialmente de forma a assentar algumas premissas básicas. A primeira premissa é a de que identidades podem se referir tanto a indivíduos quanto a coletividades, e a identidade constitucional, como se verá mais adiante, é uma espécie de identidade coletiva. Isso significa que o sujeito a quem se atribui a identidade constitucional é uma comunidade constitucional, e não um ou outro indivíduo que se constitui por meio de discursos, narrativas e da imaginação social. Nessa linha, recorro tanto à ideia de comunidades imaginadas de Benedict Anderson, como também às teorias de formação das identidades como trabalhada por autores como Charles Taylor. Assim, sustento que tal como outras identidades coletivas são forjadas a partir da imaginação, dos discursos e das narrativas ao redor de uma tradição e história comuns (identidade nacional), de culturas e raças vistas como compartilhadas (identidade racial), de papéis sociais e posições ocupadas em razão de gênero (identidade de gênero); também se pode falar em uma identidade forjada ao redor dos valores constitucionais básicos. A partir do texto de uma Constituição, pode-se formar uma comunidade constitucional propriamente dita, que Michel Rosenfeld denominou o sujeito constitucional – aquele sujeito coletivo que cria, se submete e atribui sentido à Constituição. E a partir de uma dialética constante, este sujeito constitucional reconstrói e é reconstruído pelas narrativas sobre a identidade constitucional.

A segunda premissa é a de que identidades coletivas exercem uma importante função social: constroem e reconstroem laços de solidariedade entre indivíduos e grupos que compartilham a vida em sociedade, que são diferentes e que pensam diferente, em sociedades fragmentadas, cujos referenciais éticos antes unificados foram parcial ou totalmente superados. As identidades coletivas operam como um pilar de sustentação de comunidades imaginadas[6] (e, nem por isso, menos reais).

A terceira premissa é a de que identidades não são elementos estanques, nem de indivíduos, nem de coletividades. Continuidade e mudança andam lado a lado na construção e reconstrução de identidades.

Por fim, a quarta premissa é a de que o processo de construção e reconstrução de identidades coletivas envolve interações e disputas narrativas que são tanto internas quanto externas ao grupo. Internamente, os indivíduos e grupos que compõem a coletividade constantemente atribuem sentidos e conteúdos distintos a este traço unificador de sua comunidade, por vezes com recurso a elementos do passado e às aspirações futuras.

[6] ANDERSON, Benedict R. O'G, **Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism**, Rev. ed. London ; New York: Verso, 2006.

Externamente, outras coletividades disputam narrativas recíprocas sobre suas identidades, ora se diferenciando, ora se aproximando umas das outras.

Pensar os conceitos de Constituição e constitucionalismo se torna, em seguida, essencial para compreender como tais características da ideia de identidade se relacionam com o fenômeno constitucional. Quanto ao constitucionalismo, adoto a primeira perspectiva de que se trata não só de um movimento histórico que assume centralidade especialmente a partir do iluminismo e das revoluções liberais burguesas, como também (e especialmente) de uma concepção ideal de modelo de organização e limitação do Estado e de proteção do indivíduo. Nessa linha, pode-se sustentar (como aqui se sustenta) que o constitucionalismo como uma tradição compartilhada entre diferentes sociedades tem, ele próprio, uma identidade que indica passado, presente e futuro que se pretendem comuns entre essas coletividades. Em segundo lugar, afirmo que esses passado, presente e futuro se pretendem comuns porque cada sociedade que partilha da tradição do constitucionalismo tem sua própria forma de efetivar este ideal, por meio de sua própria Constituição histórica. Com isso, pode-se afirmar que, a despeito das diferentes escolhas feitas em cada Constituição histórica e geograficamente situada, a identidade do constitucionalismo funciona como um dos referenciais éticos que unificam diferentes sociedades – que reciprocamente podem se identificar como parte desta coletividade formada pela tradição do constitucionalismo. Ainda nesse sentido, a terceira perspectiva que adoto é a de que identidade do constitucionalismo tampouco é estanque, como não são as identidades em geral. Isso permite compreender, por exemplo, os diferentes movimentos ou ondas do constitucionalismo desde o constitucionalismo liberal, passando pelo constitucionalismo social e suas novas formas de manifestação como expressões da transformação da identidade do constitucionalismo ao longo das décadas.

Sobre o conceito de Constituição, esta tese parte da concepção de que a Constituição é um projeto realizado do constitucionalismo em dada sociedade, que consolida também uma "reserva de justiça"[7] cujo referencial são os ideais de Estado de Direito, separação dos poderes e proteção de direitos fundamentais. Nessa linha, essa tese assume como premissas básicas acerca do conceito de Constituição que, em primeiro lugar, a Constituição é tanto um ato fundacional de um projeto político específico, quanto um processo de construção desse projeto, que se desenvolve em diálogo com a tradição do

[7] VIEIRA, Oscar Vilhena, A constituição como reserva de justiça, **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 42, p. 53–97, 1997.

constitucionalismo. Assim, o constitucionalismo opera como ideal ético, enquanto a Constituição histórica funciona como uma tentativa de concretização de seus ideais abstratos. A relação é dialética, no entanto, porque não só a Constituição se transforma à luz dos ideais de proteção de direitos e limitação do Estado, mas também os ideais do constitucionalismo são expandidos e alterados de acordo com cada projeto histórico específico (Que forma de Estado de Direito? Quais direitos? Como o Estado é limitado?). Adicionalmente, em segundo lugar, enquanto o constitucionalismo conecta diferentes sociedades (cujas histórias, tradições e características particulares divergem), a Constituição opera como um possível elo específico (e situado histórica e geograficamente) entre indivíduos e grupos de uma dada sociedade. Nessa linha, a ela é uma das possíveis pontes pelas quais se reconecta o pluralismo fragmentário da modernidade. Em terceiro lugar, e como consequência destas perspectivas, concebe-se a Constituição igualmente como uma ordem de valores. Os projetos constitucionais realizados nessa linha buscam reunir valores básicos capazes de organizar os indivíduos e grupos de uma sociedade ao redor da Carta, direcionando suas narrativas e disputas a partir do texto ou práticas constitucionais. Ao representar também a reserva de justiça da sociedade, ela pode assumir uma centralidade que é essencial para a formação e transformação de uma real identidade constitucional. E assim, em quarto lugar, afirmo que a Constituição não pode ser tomada apenas como o texto ou documentos históricos que a compõem. Ela é fruto de uma relação também dialética entre a normatividade e a realidade (ambas a partir do referencial textual), da qual se extrai o projeto constitucional realizado e, nessa mesma linha, a identidade constitucional.

Uma vez estabelecidas estas premissas conceituais, passo ao estudo dos elementos da identidade constitucional em si. Primeiramente, realizo um esforço de organização do debate em torno do conceito da identidade constitucional, analisando como o conceito tem sido empregado no Direito constitucional comparado – com referência a documentos normativos e decisões judiciais que têm trabalhado a identidade e dela extraído determinados efeitos, bem como analisando como o conceito foi trabalhado pela teoria constitucional. No primeiro campo, destaco as teorias desenvolvidas especialmente na Índia (a partir da doutrina da estrutura básica) e na Colômbia (a partir da teoria da substituição constitucional), a partir das quais se tem reconhecido que mesmo constituições despidas de cláusulas pétreas possuem determinadas identidades cujos núcleos, uma vez violados, implicam uma forma de destruição do projeto constitucional. Ainda, a teoria da identidade constitucional na União Europeia tem servido como mecanismo de resguardo dos constitucionalismos nacionais frente ao direito comunitário, revelando aqui uma construção

dialética da identidade que se dá não no plano interno, mas no plano externo às sociedades organizadas em torno de um projeto constitucional.

Na perspectiva teórica, parto inicialmente da teoria constitucional de Carl Schmitt [8] para analisar como a identidade constitucional tem sido trabalhado no pensamento constitucional desde o século XX. Em Schmitt, como apresento a seguir, a identidade constitucional surge como parte de sua teoria sobre o poder constituinte originário e sobre a Constituição como decisão política fundamental. Especialmente relevante é a percepção de Schmitt no sentido de que a Constituição, enquanto decisão política fundamental, define as características básicas da unidade política cuja alteração não é dada aos poderes constituintes. Uma substituição destas características – que aqui podem ser lidas como representativas da identidade constitucional – exige, para o autor, a manifestação do próprio poder constituinte. É nessa linha que, após Schmitt, se desenvolve também na Alemanha a teoria dos limites implícitos à reforma constitucional, que sob fundamentos distintos (seja a teoria do poder constituinte, seja a teoria dos direitos naturais) sustentam a impossibilidade de uma Constituição ser alterada, tanto para (1) violar sua identidade, quanto para (2) negar os ideais do constitucionalismo. Adiante, discorro também sobre teorias contemporâneas da identidade constitucional, que partem não só de Schmitt ou da teoria do poder constituinte, mas também ampliam a análise do conceito. Trato, em especial, das teorias de Gary J. Jacobsohn [9] e de Michel Rosenfeld[10] sobre a identidade constitucional como discurso ou narrativa que reconecta sujeitos plurais, passado e futuro, realidade e normatividade de uma comunidade constitucional.

Assim, a partir da revisão de casos julgados no contexto da União Europeia, Índia e Colômbia e também com o recurso a autores estrangeiros e nacionais, especialmente às teorias de Carl Schmitt, Gary J. Jacobsohn, Michel Rosenfeld e Paulo Otero[11], sustento que a identidade constitucional enquanto conceito jurídico possui conteúdo, características e funções próprias.

No plano do conteúdo, a identidade constitucional se define sob três perspectivas. Sob uma perspectiva substancial, ela consiste no conjunto de valores sobre os quais se fundamenta o ordenamento jurídico constitucional. Sob a perspectiva procedimental,

---

[8] SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.
[9] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.
[10] ROSENFELD, Michel, **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**, London ; New York: Routledge, 2010.
[11] OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**. Coimbra: Almedina, 2010. 3v.

ela representa o modelo de exercício do poder político estabelecido pelo ordenamento constitucional. Sob uma perspectiva chamada relacional, ela representa a forma pela qual uma dada Constituição se diferencia e se conecta com o constitucionalismo global e o Direito internacional.

Quanto às suas características, sustento que a identidade constitucional é marcada por ser plural, social e historicamente construída e mutável. Diz-se que a identidade constitucional é plural na medida em que se constitui a partir das relações mantidas entre indivíduos, grupos e instituições plurais em uma sociedade que, pelo discurso constitucional, buscam construir elos de unidade em uma comunidade fragmentada. Assim, uma identidade constitucional adequadamente construída deve ser capaz de fundamentar uma comunidade constitucional que vincule os diferentes, sem desrespeitar suas particularidades. Nessa linha, tal identidade constitucional não é dada nem pré-definida, ela é fruto de construções sociais e históricas capitaneadas pelas próprias comunidades constitucionais em que se desenvolvem. E como consequência disso a identidade constitucional é mutável, ou seja, ela está sujeita a processos de transformações e reformulações que modificam seus traços sem com isso romper com seus compromissos básicos – em uma efetiva narrativa de continuidade.

É possível ainda estabelecer três espécies de funções que uma identidade constitucional assim pensada exerce, uma *função constitutiva*, uma *função normativa em sentido estrito* e uma *função crítica ou normativa em sentido amplo*.

A função constitutiva da identidade constitucional diz respeito a sua capacidade de estabelecer uma comunidade constitucional, cuja existência gravita em torno da Constituição. Coletividades em geral não são, na linha afirmada por Anderson, grupos concretos – à exceção, como aponta Rosenfeld,[12] de pequenos grupamentos sociais como a família. Pensar uma determinada coletividade exige recurso à imaginação, de tal modo que uma coletividade é constituída por meio do discurso que se faz sobre esta coletividade. Nessa linha, a identidade constitucional enquanto discurso e narrativa sobre os compromissos e aspirações coletivas tem a função de criar uma comunidade inexistente – a comunidade constitucional. O fato da identidade constitucional exercer uma função constitutiva da comunidade constitucional não significa nem que aquela surja do nada nem que seja imutável. No dilema do ovo ou da galinha, indivíduos e grupos sociais definitivamente precedem a identidade constitucional. São pessoas, afinal, que criam as narrativas sobre uma comunidade

[12] ROSENFELD, Michel, **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**, London ; New York: Routledge, 2010.

constitucional imaginada. Mas quando essas narrativas se difundem a ponto de serem apropriadas pela comunidade mais ampla, regida pela Constituição, surge então uma comunidade constitucional propriamente dita. E uma vez que esta existe como uma coletividade viva, essa comunidade desenvolve os discursos e narrativas sobre si, transformando-os de maneira constante com isso, também modificando o conteúdo da identidade constitucional e de outras identidades coletivas.

Além da função constitutiva, a identidade constitucional também opera uma função que denomino normativa em sentido estrito. Uma Constituição não existe apenas no plano social e político, mas se desenvolve especialmente no campo do jurídico. Nesse sentido, é necessário extrair as repercussões jurídicas que a identidade constitucional produz. Como afirmado por Gary J. Jacobsohn[13], uma identidade constitucional é mutável, mas é resistente às mudanças, e, na linha inaugurada por Schmitt, avessa à sua própria destruição. É necessário pensar como do ponto de vista jurídico, a identidade constitucional serve de obstáculo às tentativas de subversão de seus elementos caracterizados. São retomados, os estudos acerca da teoria da substituição constitucional colombiana e da teoria da estrutura básica indiana, bem como as contribuições da teoria dos limites implícitos ao poder de emenda (e em termos mais amplos, aos poderes constituídos), buscando adequá-los a uma teoria de identidade constitucional que seja operacionalizável em diferentes ordenamentos. Proponho que a identidade constitucional como norma opera em três planos de eficácia. Primeiro, a identidade constitucional tem uma eficácia interpretativa própria. Assumindo premissas básicas de interpretação constitucional, a identidade constitucional é um elemento capaz de apontar, entre diferentes interpretações possíveis de um texto ou textos normativos, uma direção adequada aos compromissos e aspirações da Constituição. Esta eficácia interpretativa da identidade constitucional tem especial relevância no contexto da interpretação das cláusulas pétreas – elas mesmas uma tentativa de representar textualmente a identidade de uma dada Constituição. Em segundo lugar, a interpretação constitucional possui uma eficácia negativa, ela invalida os atos do Poder Público (não só emendas constitucionais, como também legislação e atos do poder executivo e judiciário) capazes de romper com a estrutura básica de um ordenamento constitucional. Isso não significa, contudo, que a identidade constitucional possa criar cláusulas pétreas. Nesse caso, o uso da identidade constitucional exige um ônus de fundamentação elevado capaz de demonstrar que um dado ato ou conjunto de atos do Poder

[13] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

Público descaracterizam a Constituição não por romper com um ou outro de seus dispositivos, mas com sua própria identidade. Por fim, a identidade constitucional possui uma eficácia positiva. Essa eficácia dialoga diretamente com a teoria contemporânea do chamado Estado de Coisas Inconstitucional ou das omissões constitucionais sistêmicas. A identidade constitucional, como se verá, é representativa das aspirações e compromissos de uma Constituição que se pretendem efetivos e concretizados em uma sociedade. Neste sentido, a existência de violações e desatendimentos sistêmicos a tais aspirações permite extrair também dessa própria identidade o dever de atuação do Estado no sentido de avançar um projeto constitucional. Opera, nesse aspecto, o chamado constitucionalismo militante como identificado por Gary J. Jacobsohn[14] – a ideia de que certas constituições assumem uma postura de ativa transformações sociais e que, para ser dotada de efetividade, exige extrair da identidade constitucional a força normativa necessária para tais transformações.

Por fim, a identidade constitucional exerce uma função crítica ou normativa em sentido amplo. Aqui não se fala no emprego da identidade constitucional perante tribunais ou com o objetivo específico de produzir efeitos jurídicos com relação a um ou a outro ato do Poder Público. A função normativa em sentido amplo consiste no recurso à identidade constitucional como parâmetro normativo de análise social e política da atuação de um dado governo constitucional, ou de atos do Poder Público em geral. Enquanto discurso ou narrativa social, a identidade constitucional pode (e presumivelmente deve) ser apropriada institucional e socialmente de forma a denunciar rupturas e tentativas, servindo como instrumento de resistência e retomada do projeto constitucional.

Ao esforço de conceituação desenvolvido na Parte I soma-se a análise trazida na Parte 2 acerca da formação das identidades constitucionais. Aqui não se questiona mais o que é uma identidade constitucional, mas como ela é criada e recriada por diversas comunidades. Inicialmente, distinguirei duas correntes teóricas que abordam a formação das identidades constitucionais sob perspectivas diversas. De um lado, teorias fundacionais propõem que a formação e as transformações da identidade constitucional têm por pano de fundo mobilizações populares generalizadas em um determinado momento histórico (que Ackerman denominou momentos constitucionais), capazes de capturar as instituições de modo a constituir uma nova identidade (ou alterar a identidade existente). A essa corrente

[14] *Ibid.*

podem ser associadas a teoria clássica do poder constituinte, como exposta desde Siéyès[15], passando por Carl Schmitt[16], bem como a mais recente teoria de Bruce Ackerman[17] sobre as mutações constitucionais na Constituição norte-americana. Em contraposição a esta visão, outros autores formularam o que denomino teorias construtivistas da identidade constitucional. Para a corrente construtivista, a formação da identidade constitucional não se dá em momentos fundacionais, revolucionários ou extraordinários. Uma identidade desse tipo seria resultado de uma pluralidade de processos sociais, políticos e jurídicos que a conformam e reconformam à luz das contradições, aspirações e compromissos constitucionais. Em contraste com a ideia de ruptura subjacente a teorias fundacionais, as teorias construtivistas se fundamentam na ideia de continuidade entre a identidade passada, presente e futura. No Direito, teorias construtivistas da interpretação constitucional em sentido amplo são identificadas em autores como Ronald Dworkin[18], em sua célebre alegoria do romance em cadeira, e Carlos Santiago Nino[19], que propôs a analogia da interpretação constitucional como a construção intergeracional de uma catedral. No estudo específico da identidade constitucional, é possível situar nesta corrente, ainda, o pensamento de Gary J. Jacobsohn [20]e Michel Rosenfeld[21] que, partindo dos referenciais teóricos burkeano (Jacobsohn) e hegeliano (Rosenfeld), propuseram a construção da identidade por meio de processos históricos dialógicos ou dialéticos pelos quais a comunidade constitucional presente constrói e reconstrói seus laços com o passado e consigo mesma. Por fim, incluo também entre as correntes construtivistas a proposição de Jack Balkin[22] sobre a formação da cultura constitucional a partir da transformação de narrativas heterodoxas (*off-the-wall*) em narrativas ortodoxas (*on-the-wall*) sobre o que significa a Constituição.

Partindo deste panorama, sustento a necessidade de pensar a formação e transformação da identidade constitucional sob uma perspectiva que integre momentos fundacionais e transformações construtivas ou incrementais da Constituição. Argumento, neste sentido, que o processo de formação da identidade constitucional se desenvolve a partir da luta pela Constituição. Adotando como referenciais teóricos a luta por reconhecimento de

---

[15] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état ?** [s.l.]: Le Boucher, 2002. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=K5h2uUwWB88C>

[16]

[17]

[18]

[19] NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. 1. ed. Barcelona: Gedisa Ed, 1997.

[20] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

[21]

[22]

Axel Honneth[23] e a luta pelo Direito de Ihering, sustento que a Constituição tem o potencial de ocupar o centro de lutas sociais, políticas e jurídicas por reconhecimento. Estas lutas se desenvolvem a partir da articulação das ferramentas já postas pelo sistema constitucional, que são ressignificadas por grupos sociais de modo a garantir uma expansão tanto de direitos quanto do que se considera o sujeito constitucional. Este processo envolve agentes institucionais e não institucionais que disputam por narrativas constitucionais, por significados constitucionais e por direitos reconhecidos por uma Constituição. O produto destas diversas lutas, dos embates entre discursos heterodoxos e ortodoxos sobre a Constituição é a própria identidade constitucional. E visto que estas lutas são constantes, tal identidade é formada e transformada não só em momentos extraordinários, mas também na prática diária da vida social, política e jurídica da comunidade constitucional viva. É possível concluir sem romper com algumas premissas positivistas, que o processo de formação e transformação das identidades constitucionais envolve tanto criação quanto descoberta, rupturas e continuidades, sociedade civil e agentes estatais, esferas sociais, políticas e jurídicas.

Compreendido o processo de formação da identidade constitucional, passo a tratar do que denomino transformação e crise da identidade constitucional. Sendo a identidade constitucional mutável, mas resistente a mudanças, é necessário teorizar como essas mudanças ocorrem e como diferenciar meras transformação coerentes da identidade existente de efetivas rupturas constitucionais. Sustento, em consonância com a teoria de Jacobsohn[24], que as transformações da identidade constitucional fazem parte da própria ideia de Constituição como um processo que almeja determinados ideais do constitucionalismo. Nessa linha, as desarmonias constitucionais internas e externas fomentam, na sociedade, o impulso de transformação – as lutas pelo reconhecimento de indivíduos, grupos e demandas. Estas transformações da identidade constitucional podem envolver transformações com continuidade (transformações propriamente ditas) ou transformações com ruptura (substituição constitucional). No primeiro caso, a identidade constitucional enquanto identidade coletiva (e portanto, mutável) se adequa às mudanças de perspectivas sociais, políticas e jurídicas, adequando um ou mais de seus conteúdos sem, contudo, romper com sua individualidade, ou seja, ainda que a identidade constitucional transformada não seja idêntica à que a antecede, guarda com ela continuidade suficiente para que se possa construir uma

[23]

[24] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

narrativa no sentido de que a Constituição, em sentido material, segue sendo a mesma. No segundo caso, no entanto, a identidade constitucional transformada é de tal modo alterada em seus conteúdos que se torna impossível falar em continuidade. Como o romance que é transformado de um drama para uma comédia de terror, a Constituição que é alterada em seus valores básicos não se pode dizer que é nem idêntica nem a mesma que aquele projeto que a antecedia. Fala-se, então, em substituição constitucional parcial ou total, a depender da intensidade de tal transformação. Distingo, ainda, entre dois modelos de transformação que se pode vislumbrar a partir dos processos de lutas pela Constituição. Trata-se da transformação do tipo incremental, em que a identidade constitucional se altera a partir de um processo histórico gradual, disperso e não necessariamente coordenado, cujos momentos constitucionais não são identificáveis, e a transformação do tipo fundacional, que envolve as mudanças realizadas em momentos identificáveis, a partir de uma mobilização social visível e disseminada e por vias institucionais igualmente marcadas.

Em seguida, avalio o problema da crise de identidade constitucional. Seguindo a proposta de autores como Balkin[25] e Sanford Levinson[26], proponho que as crises de identidade constitucional devam ser pensadas como momentos de virada no constitucionalismo de um país em que a capacidade da Constituição de mediar conflitos morais ou políticos é posta em xeque. Nestas crises constitucionais a comunidade constitucional passa a contestar os consensos anteriormente firmados, avançando o questionamento se a Constituição existente é uma pela qual vale lutar. Sob a perspectiva da crise de identidade constitucional é possível ainda pensar em transformações da identidade constitucional sem crise e transformações da identidade constitucional com crise. Enquanto na primeira, os momentos de contestação generalizada não estão presentes; eles surgem na segunda. A existência ou não de crise não necessariamente define os resultados da transformação. Em ambos os casos, tanto a ruptura constitucional quanto a transformação propriamente dita poderão ocorrer. Sustento, contudo, que evitar a substituição constitucional em cenários de crise exige um processo de luta pela Constituição que envolve a reapropriação e retomada do projeto constitucional por aqueles que o defendem. Concluo a análise da formação e transformação da identidade constitucional expondo os mecanismos institucionais

---

25

26 LEVINSON, Sanford. **Constitutional faith**. Pbk. reissue, with a new afterword by the author, 2011. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2011.

que cristalizam tais transformações, notadamente, a interpretação e mutação constitucional, a emenda constitucional e a nova Constituição.

O último capítulo retoma este panorama teórico e comparativo para propor uma teoria da identidade constitucional que considera seu conteúdo, suas características e suas funções, objetivando, com isso, tornar o conceito não só útil como aplicável no debate constitucional contemporâneo. Aplicando a teoria apresentada ao caso brasileiro, pretendo identificar, inicialmente, elementos da identidade constitucional de 1988. Sem pretender esgotar o conteúdo da identidade da Constituição brasileira, proponho analisá-la a partir do marco teórico das lutas por reconhecimento para sustentar que a marca sobressalente do constitucionalismo vigente envolve a emancipação social, com o combate à discriminação e promoção da igualdade. Partindo dessa formulação, analiso dois casos de transformação desta identidade emancipatória, envolvendo a evolução nas narrativas, significados e direitos relacionados à promoção da igualdade em favor das pessoas LGBT+ e das pessoas negras no Brasil. Em seguida, pretendo analisar recentes elementos políticos, sociais e jurídicos que indicam a possibilidade de haver uma crise de identidade da Constituição de 1988 em desenvolvimento desde a primeira metade dos anos 2010. Por fim, trato das respostas que a teoria da identidade constitucional, como aqui formulada, poderia dar a tal crise – notadamente a partir da análise acerca das funções constitutiva, normativa em sentido amplo e normativa em sentido estrito da identidade constitucional.

PARTE I: CONCEITO. O QUE É IDENTIDADE CONSTITUCIONAL?

1 PREMISSAS CONCEITUAIS: IDENTIDADE, CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUIÇÃO.

O primeiro passo nesse trabalho é estabelecer os significados básicos aqui atribuídos aos três conceitos-chave que permearão esse estudo. Primeiro, trato nesse capítulo sobre o que concebo como identidade – em especial, como identidade coletiva, a partir da qual será construída a ideia de identidade constitucional. Segundo, trato do conceito de "constitucionalismo" como uma tradição jurídica fixada a partir dos ideais de Estado de Direito, separação de poderes e direitos fundamentais. Por fim, estabeleço o sentido que será atribuído ao conceito de "Constituição", pensada como um projeto concretizado do constitucionalismo no qual uma dada comunidade política estabelece as decisões fundamentais sobre sua estrutura, valores e características, dando início a um processo de construção que dialoga com os ideais do constitucionalismo. O objetivo deste capítulo não é apresentar significados definitivos para cada um dos termos, mas sim tornar expressas quais posições desenvolvidas na literatura serão adotadas nesta tese.

1.1 Identidade e identidades coletivas: constituindo "comunidades imaginadas" por meio de narrativas sociais em disputa.

Parte considerável do debate político contemporâneo tem gravitado em torno do conceito de identidade[27], especialmente com o surgimento ou ascensão dos chamados novos movimentos sociais na segunda metade do século XX[28].Feminismos e movimentos LGBT, por exemplo, passaram a pautar suas demandas políticas a partir de seus "lugares de

[27] Pietro Faraguna identifica que, nas últimas décadas, o debate constitucional europeu teve seu léxico modificado. Fazendo referência à linguagem da internet – mais especificamente, do Twitter, Faraguna sustenta que a identidade tornou-se um *trending topic* (um assunto em alta): "#identidade", cf. FARAGUNA, Pietro, A Living Constitutional Identity: The Contribution of Non-Judicial Actors, **Jean Monnet Working Paper 10/15**, p. 1–75, 2015.

[28] Para diferentes considerações sobre o tema, remeto ao relevante debate entre Nancy Fraser e Axel Honneth acerca da teoria do reconhecimento, e da obra contemporânea de Charles Taylor sobre a ética da autenticidade Cf. TAYLOR, Charles, **The ethics of authenticity**, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1992. FRASER, Nancy; HONNETH, Axel, **Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange**, London ; New York: Verso, 2003.

fala"[29] e do respeito às suas identidades sexuais e de gênero. Mas o termo não é autoexplicativo. Pelo contrário, as concepções sobre o que é uma identidade foram objeto de profundas transformações ao longo da modernidade, especialmente na discussão envolvendo a identidade individual. Em sua conhecida crítica à identidade nacional na pós-modernidade, Stuart Hall[30] traçou uma distinção entre três concepções de identidade individual, ao longo da história:[31] a identidade do sujeito do iluminismo, a identidade do sujeito sociológico e a identidade do sujeito pós-moderno.

O sujeito do Iluminismo, segundo o autor, é pensado a partir de uma unidade, um ser-o-mesmo (*sameness*). Ele (é um homem) é um sujeito centrado, indivisível, unificado a partir de um conceito de razão, na linha do afirmado por Locke e que permanece o mesmo ao longo da vida.[32] Nessa linha de pensamento, a identidade seria um dado estável da vida dos indivíduos. O sujeito sociológico, por sua vez, sucede e contrapõe-se ao sujeito do iluminismo. Na leitura de Hall, no sujeito sociológico a identidade deixa de ser uma característica imanente ao indivíduo e igualmente deixa de ser pensada como uma característica estável. A identidade do sujeito sociológico é pensada como um processo de construção. De modo que nesse paradigma, a identidade é formada a partir das relações que o indivíduo (um "Eu real") mantém com a sociedade.[33] Nesta concepção de identidade seria possível inserir, por exemplo, as teorias sobre a Constituição do Eu de Marx (relação do Eu

[29] O conceito de lugar de fala tem sido empregado especialmente nos debates políticos e sociais envolvendo grupos marginalizados no Brasil. Como aponta Djamila Ribeiro (2017), as origens da expressão não são claras na literatura, mas remetem a debates trazidos, por exemplo, pelo feminismo negro e que buscam desvelar as falsas neutralidades do discurso, reconhecendo a necessidade de se compreender seus enunciadores e de dar voz àquelas perspectivas por vezes ignoradas, cf. RIBEIRO, Djamila, **O que é lugar de fala?**, Belo Horizonte, MG: Letramento, Justificando, 2017.. No campo jurídico, a ideia de lugar de fala tem sido apropriada para afirmar a importância de pluralizar os espaços institucionais de decisão, de descortinar as escolhas substantivas que o discurso jurídico aparentemente neutro mascara em favor dos mesmos grupos marginalizados, cf. CORBO, Wallace De Almeida, "O que é lugar de fala?" e por que ele importa para o Direito?, **Revista Publicum**, v. 4, n. 1, p. 248–251, 2018. No mesmo sentido, CORBO, Wallace, Fazendo as Perguntas Certas: Os Excluídos, o Direito e a Promoção de Reconhecimento., **Revista Publicum**, v. 2, n. 5, 2017.

[30] HALL, Stuart, **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro (RJ): DP & A, 2006.

[31] Raymon Martin e John Barresi concebem ainda de uma fase anterior na teorização das identidades pessoais, atribuída ao pensamento platônico. Segundo os autores, na fase platônica, "a visão dominante era a de que o Eu, ou ao menos a partir do Eu que se pensava ser a mais elevada e sobreviver à morte corpórea, era uma simples substância imaterial", cf. MARTIN, Raymond; BARRESI, John (Orgs.), **Personal identity**, Malden, MA: Blackwell, 2003.

[32] HALL, Stuart, *op cit*. Martin e Barresi apresentam uma leitura distinta de fase lockeana. Para os autores, a visão dominante neste paradigma é a de que "o Eu deve ser entendido (...) como um processo em constante mutação de elementos psicológicos e físicos inter-relacionados". Sem prejuízo disso, os autores reconhecem esse paradigma como um que considera relações instrínsecas ao indivíduo, posteriormente superado por uma visão acerca da formação da identidade a partir de relações extrínsecas, cf. MARTIN, Raymond; BARRESI, John (Orgs.), *op cit., loc cit*

[33] HALL, Stuart, *op. cit.*

com o trabalho)[34]; Mead e, mais recentemente, Honneth (relação do Eu com o Outro – este tomado em diversos níveis de abstração)[35]; Taylor (relação do Eu com o horizonte de valores sociais)[36]; e Goffman (relação do Eu com suas representações degradantes)[37].

Por fim, o paradigma do sujeito pós-moderno adiciona um elemento à percepção de que as identidades são construídas e mutáveis. No sujeito pós-moderno, a identidade não é fruto apenas de atos conscientes do indivíduo, mas também de atos e realidades que lhe fogem ao controle. Este paradigma que parte dos trabalhos de Freud (acerca da relevância do subconsciente na formação da identidade) e de desenvolvimentos teóricos do século XX (a exemplo do estruturalismo de Foucault e do feminismo a partir da década de 1960), afirma, de um lado, que o sujeito (já esse, pela influência dos feminismos, é mulher)[38] é despido de controle sobre a constituição de sua identidade. De outro lado, esse paradigma opera uma fragmentação da identidade – antes unificada – em diversas identidades sobrepostas e formadas a partir da imaginação e da criação de narrativas sociais (não necessariamente racionais).[39]

---

[34] Como afirma Honneth, em seus Comentários aos Elementos de Economia Política de James Mill, Marx elabora sua ideia de que por meio do trabalho o sujeito afirma a si mesmo e ao outro. Confira o trecho em que essa perspectiva é esclarecida: "Suponha-se que tenhamos produzido como seres humanos. Cada um de nós teria afirmado de duas formas a si mesmo e a outra pessoa. 1) Em minha produção eu teria objetificado minha individualidade, seu caráter específico, e experimentado não apenas uma manifestação individual da minha vida durante essa atividade, mas também quando olho para o objeto eu teria o prazer individual de conhecer minha individualidade como objetiva, visível aos sentidos e como um poder além de qualquer dúvida. 2) Ao experimentar ou usar o meu produto, eu teria a experiência direta de ambos serem conscientes de terem satisfeito uma necessidade humana pelo meu trabalho, ou seja, de terem objetificado a natureza essencial do homen, e de terem assim criado um objeto correspondendo à natureza essencial de outro homem. 3) Eu teria sido para você o mediador entre você e a espécie, e teria sido reconhecido e sentido por você mesmo como uma completude da sua própria natureza essencial e como uma parte necessária de você mesmo, e consequentemente saberia ser eu mesmo confirmado ambos em seu pensamento e em seu amor. 4) Na expressão individual de minha vida eu teria diretamente criado sua expressão na sua vida, e portanto na minha atividade individual eu teria diretamente confirmado e realizado a minha natureza real, minha natureza humana, minha natureza comunal. Nossos produtos seriam tantos espelhos nos quais vemos refletida a nossa natureza essencial. Essa relação seria ainda recíproca; o que ocorre no meu interior também deve ocorrer no seu", cf. MARX, Karl**. Comments on James Mill, Éléments D'économie Politique**. Disponível em: <https://www.marxists.org/archive/marx/works/1844/james-mill/index.htm>. Acesso em: 20 jan. 2020..

[35] HONNETH, Axel, **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**.São Paulo: Ed. 34, 2011.

[36] TAYLOR, Charles. **The ethics of authenticity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1992.

[37] GOFFMAN, Erving, **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro, RJ: LTC, 1988.

[38] Como apontado por Hall, o feminismo exerceu papel central na reformulação teórica da crítica às estruturas constitutivas das identidades e na relação da sociedade com as pessoas integrantes de coletividades identitárias marginalizadas, cf. HALL, Stuart, **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro (RJ): DP & A, 2006

[39] *Ibid.*

O panorama a que a análise de Hall[40] nos conduz é o de um conceito de identidade como um elemento mutável e fragmentário dos indivíduos. Mutável na medida em que se transforma pela ação ou influências que partem do próprio sujeito, de outros sujeitos, e das estruturas sociais. Fragmentário no sentido de que na contemporaneidade, as identidades individuais não podem ser tomadas de maneira unificada. Se em algum momento da história alguém pode se identificar a partir de uma única ótica ,religiosa, nacional, étnica , o momento atual é de confluência de identidades. De sobreposições e interseções que permitem ou impõem aos indivíduos, a depender das circunstâncias, que ora adotem determinada identidade, ora outra; ou que se percebam como resultado da interação entre seus vários traços identitários.[41]

Como já antecipado, o objetivo aqui não é conferir uma resposta definitiva à questão "o que é uma identidade", mas compreender como o conceito é útil para pensar a identidade constitucional. E as reflexões acerca da identidade do sujeito moderno em Hall[42] contribuem para o quadro que se desenvolverá nas próximas páginas. Algumas premissas podem ser extraídas do esquema desenhado pelo autor.

A primeira dessas premissas é a de que identidades, ainda que inicialmente tomadas em termos de um sujeito individual, podem ser pensadas a partir de coletividades sociais.[43] De fato, na medida em que o sujeito moderno (e mesmo o sujeito que Hall denominou pós-moderno) articula suas identidades também a partir de fatores e características socialmente compartilhadas – a sexualidade, a nação, a religião etc.[44] –, permite-se falar em

---

[40] *Ibid.*

[41] Isso não significa adotar todas as formulações que têm sido associadas à pós-modernidade – notadamente a visão cética ou desconfiada das instituições e a crítica ao projeto racional da modernidade. Essa tese, pelo contrário, perfilha um caminho teórico próprio da modernidade e, especialmente, adota premissas estabelecidas desde o marco iluminista. Como se verá no item 4.2, ao acrescentar a leitura da teoria crítica de Axel Honneth à teoria da identidade constitucional, propondo lutas sociais que gravitam em torno da constituição – centro gravitacional do sistema – essa tese acaba por se alinhar à crítica de Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto no sentido de que apesar de trazer críticas relevantes às falhas da modernidade, "não se deve abdicar do projeto político-jurídico da Modernidade, mas corrigir os seus desvios e incompletudes, tornando a empreitada ainda mais abrangente e inclusiva", cf. SARMENTO; SOUZA NETO, **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**.

[42] HALL, Stuart, **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro (RJ): DP & A, 2006

[43] Kwame Anthony Appiah destaca que a própria ideia de atribuir à identidade individual características relacionadas à raça, etnicidade, nacionalidade, gênero, religião e sexualidade é recente e remete aos anos 1950. Nessa linha, segundo o autor, estas dimensões coletivas acabam por representar "tipos de pessoas", estabelecidos pela criação de rótulos. Esses rótulos são, por sua vez, objeto eles mesmos de invenção de categorias, cf. APPIAH, Anthony, **The ethics of identity**, Nachdr. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 2007. p. 65.

[44] Smith, neste sentido, destaca diversas categorias e papeis a partir dos quais o eu se constitui: gênero, território, classe social, religião. Como afirma o autor, identidades coletivas como as religiosas frequentemente reforçam e se sobrepõem a outras – Smith trata especificamente das identidades étnicas – sendo capazes de "mobilizar e

uma identidade da própria coletividade que compartilha tais qualidades.[45] Essa identidade é não só definida pela própria coletividade, como também pelas demais coletividades (os Outros coletivos) que, pelo seu olhar externo, também constituem o sujeito coletivo.[46] É essa perspectiva coletiva que será adotada nessa tese quando se fala em identidade constitucional. Uma identidade desse tipo é coletiva tanto quanto ao seu sujeito, ao seu conteúdo e à sua formação. Quanto ao sujeito, a identidade coletiva se distingue da ideia de identidade individual porque não se refere a sujeitos atomizados, mas a coletividades sociais - comunidades. Quando se fala em uma comunidade LGBT, em uma comunidade feminista ou em uma comunidade nacional, sempre se estará referindo a um grupo de pessoas que compartilham determinada concepção de si, que se identificam e são identificados por outros como compartilhando tal concepção.[47]

Da mesma forma, como se desenvolve adiante, o Eu da identidade constitucional é também um grupamento social. Esse grupamento que encontra seu referencial em uma comunidade que é primordialmente constitucional (concebida ao redor de uma Constituição) se funda a partir de justificativas diversas. Nessa linha, Rosenfeld[48] identifica a possibilidade de pensar os laços que legitimam e constituem o sujeito coletivo constitucional,

---

sustentar comunidades fortes", cf. SMITH, A.D., **National Identity**, [s.l.]: University of Nevada Press, 1991. p. 8.

[45] Como afirmado por Kwamme Athony Appiah, as identidades coletivas compartilham estruturas comuns entre si. Elas envolvem, primeiro, a disponibilidade de termos no discurso público que permitam reconhecer um indivíduo como parte do grupo. Nisto se situam, segundo o autor, termos como mulher/homem; gay/ heterossexual; negro/branco – rótulos que, a partir de estereótipos sociais, geram expectativas sobre as características e comportamentos desses indivíduos e grupos. Em segundo lugar, a identidade coletiva envolve a internalização dos rótulos por ao menos alguns dos membros desse grupo. Por fim, essa identidade coletiva envolve a existência de padrões de comportamento em relação aos membros do grupo (ou seja, envolve que pessoas se comportem com o indivíduo que é membro do grupo de determinada maneira porque ele é membro do grupo). Cf APPIAH, Anthony, **The ethics of identity**, Nachdr. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 2007. p. 65.

[46] Nesse sentido, tratando da definição de grupos étnicos, Fredrik Barth afirmou que "o elemento crítico [de sua definição é] a característica da auto-identificação de a identificação por outros. A identificação categórica é uma identificação étnica quando ela classifica a pessoa em termos de sua identidade básica, mais geral, presumivelmente determinada por sua origem e pano de fundo. Na medida em que atores usam identidades étnicas para categorizar a si mesmos e outros para o propósito de interação, eles formam grupos étnicos nesse sentido organizacional", cf. BARTH, Fredrik (Org.), **Ethnic groups and boundaries: the social organization of culture difference ; [essays presents the results of a symposium held at the University of Bergen, 23rd to 26th February 1967]**, Reissued. Long Grove, Ill: Waveland Press, 1998. p. 13. Nessa linha a ideia, sintetizada por Daniel Sarmento ao tratar da discussão sobre reconhecimento, de que "o olhar do outro nos constitui" SARMENTO, Daniel, **Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia**, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

[47] Trata-se da ideia apresentada por Frederik Barth no sentido de que "a identificação de outra pessoa como igual membro de um grupo étnico implica um critério compartilhado para avaliação e julgamento. Ela presume que os dois estão fundamentalmente 'jogando o mesmo jogo', e isso significa que há entre eles o potencial para diversificação e expansão de sua relação social para cobrir eventualmente todos os diferentes setores e domínios de atividade" BARTH (Org.), *op cit.* p. 15.

[48]

primeiro, em termos de racionalidade hipotética (a Constituição como um imperativo categórico do tipo kantiano ao redor do qual a coletividade formula suas concepções de Eu); segundo, em termos de racionalidade contrafática (uma coletividade cuja existência se legitima por um consenso acerca dos princípios constitucionais capazes de reger sua condição de pluralismo); ou, por fim, em termos contextuais, a partir da realidade histórica ou presente dos diversos grupamentos sociais que buscam construir pontes entre suas próprias identidades.[49] O que se tem, em todos os casos, é uma identidade que ultrapassa o campo individual, atribuindo-se a toda uma comunidade de indivíduos e grupos que compartilham projetos coletivos comuns e moldam seus próprios objetivos individuais à luz desse pano de fundo.[50]

A isso se soma uma segunda premissa, a de que identidades coletivas exercem a função de reconstruir pontes entre indivíduos e grupos que compartilham a vida em sociedade. De fato, como identificado por Charles Taylor, [51] o advento da modernidade e a ascensão do individualismo exacerbado fruto do iluminismo e do liberalismo causaram profundas alterações na forma como os indivíduos se relacionavam com si mesmos e com seus ambientes. Se antes a identidade individual e os valores sociais compartilhados eram definidos externamente por um deus ou por uma sociedade fortemente estamental, a ruptura do monopólio da verdade divina e de modelos sociais formalmente hierarquizados enfraqueceu laços sociais homogeneizantes. É nesse contexto de sociedades intensamente fragmentárias e plurais que uma identidade do tipo coletiva opera como instrumento de reconstrução de laços perdidos (ou nunca existentes) e de Constituição de novas comunidades.

Observem que em sociedades fragmentadas, onde indivíduos e grupos sustentam cosmovisões distintas e por vezes conflituosas, pode-se dizer que os referenciais éticos são igualmente múltiplos e não mais unificados a partir, por exemplo, da vontade

---

[49] ROSENFELD, Michel, **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**, London ; New York: Routledge, 2010.

[50] Novamente referenciando Appiah, quando atribuímos a uma pessoa certos rótulos – associados às identidades coletivas – cria-se efeitos sociais e psicológicos. Diz o autor: "essas ideias moldam as formas pelas quais as pessoas concebem a si mesmas e seus projetos. Então os rótulos operam para moldar o que modemos chamar de identificação, o processo a partir do qual os indivíduos moldam seus projetos – incluindo seus planos para suas própris vidas e suas concepções da vida boa – com referência aos rótulos disponíveis, às identidades disponíveis" Cf APPIAH, Anthony, **The ethics of identity**, Nachdr. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 2007. p. 66.

[51]TAYLOR, Charles. **The ethics of authenticity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1992

divina ou de outro ponto focal.[52] As identidades coletivas operam como mecanismos de reconciliação desse pluralismo fragmentário. Funcionam como um pilar de sustentação de comunidades imaginadas[53] (e, nem por isso, menos reais), dando sentido a uma vida e uma vivência coletiva que de outra forma talvez não o tivesse.[54] Ela é a ponte entre o passado e o presente, e nos ajuda a apontar o futuro.[55] E esta ponte é construída a partir das narrativas formuladas pelo sujeito. Ocorre que, para sujeitos coletivos, ou seja, para grupamentos sociais que buscam construir uma identidade coletiva, a construção de pontes não se limita à biografia individual. Mais que isso, uma identidade coletiva, em seu conteúdo, tenta endereçar as questões "o que somos" e "o que nos distingue", criando pontes entre pessoas que poderiam, de outra forma, nada ter em comum.

Por regra, a formação de identidades coletivas envolverá alguma espécie de mito, ou, para ser mais preciso, de imaginação e de construção social de narrativas e discursos.

Não basta o mero fato de um determinado grupo compartilhar certo idioma, nacionalidade, sexualidade ou sexo biológico para que surja uma comunidade. Para transformar os laços fracos de uma sociedade intensamente plural em elos de solidariedade formadores de objetivos morais, políticos e sociais comuns, é necessário somar narrativas sociais.[56] Suprimindo as diferenças e os dissensos, a narrativa busca conferir um arcabouço moral comum aos diversos indivíduos e grupos sociais, de tal forma devido ao apelo à tradição, aos princípios abstratos ou aos mitos fundacionais comuns – transformar o Nós em um Eu.[57] E neste sentido o processo de elaboração, promoção e disputa de narrativas sociais envolve um alto grau de imaginação[58] , ou para usar a expressão de Hobsbawn e Ranger, de

---

[52] Não é outra a premissa básica da teoria da justiça de John Rawls, cf. RAWLS, John, **A theory of justice**, Rev. ed. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

[53] ANDERSON, Benedict R. O'G. **Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism**. Rev. ed. London ; New York: Verso, 2006. Adiante, tratarei da comunidade constitucional como uma espécie de comunidade imaginada, aprofundando a análise deste conceito.

[54] TAYLOR, Charles, **Sources of the self: the making of the modern identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1989.

[55] JACOBSOHN, Gary J., **Constitutional identity**, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

[56] BALKIN, J. M., Constitutional redemption: political faith in an unjust world, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011.

[57] Valendo-se de referenciais teóricos distintos, mas seguindo linha semelhante, confira-se CARDINALI, Daniel Carvalho, **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. Igualmente: GOMES, Juliana Cesario Alvim, **Por um constitucionalismo difuso**, Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016.

[58] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.

invenção[59]. Inventam-se coletividades, imaginam-se mitos fundacionais comuns, criam-se tradições novas (sustentando-as como imemoráveis) e com isso os diversos e fragmentários Eu (ou as plurais comunidades existentes em um determinado limite geográfico) podem compartilhar, no imaginário, um lugar de pertencimento comum e laços de solidariedade recíprocas.[60] Traduzindo em termos mais concretos, as narrativas sobre identidades coletivas, como a identidade nacional e a identidade constitucional permitem às pessoas que nada têm a ver umas com as outras verem-se reciprocamente como iguais que partilham uma tradição jurídica (identidade do constitucionalismo), uma tradição cultural (identidade nacional) ou um conjunto de valores políticos e jurídicos específicos (identidade da Constituição) e, portanto, como iguais membros de um mesmo grupo social.

É central às identidades coletivas, o recurso a instrumentos narrativos[61] que funcionam para conferir unidade a algo que é fragmentário: conferir sentido a algo que pode não o ter claramente definido e conferir identificação comum a indivíduos que buscam pertencimento à coletividade. Identidades coletivas funcionam, dessa forma, como scripts pelos quais os grupos sociais definem seus projetos e contam suas histórias.[62] Mais que isso, estas narrativas conferem respostas comuns às perguntas existenciais básicas[63] – como a pergunta sobre o porquê de coletividades em conflito conviverem em harmonia. Isso permite ir além do modelo de convivência coletiva a que Rawls se referiu como *modus vivendi*[64] ,em que os grupos divergentes coexistem por razões meramente estratégicas e voltadas à autopreservação.

---

[59] HOBSBAWM, E. J; RANGER, T. O. (Terence O.), **A Invenção das tradições**. Rio de Janeiro (RJ): Paz e Terra, 2008.

[60] Nessa linha a formulação de Benedict Anderson, que analisa a nação a partir do conceito de comunidade imaginada, analisado adiante, cf. ANDERSON, Benedict R. O'G. **Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism**. Rev. ed. London ; New York: Verso, 2006. .

[61] Michel Rosenfeld, tratando especificamente da identidade constitucional, identifica entre os instrumentos narrativos a negação, a metáfora e a metonímia, cujos mecanismos de operação serão melhor apresentados no item 4.1.2 adiante, cf. ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010. (Discourses of law)

[62] APPIAH, Anthony, **The ethics of identity**, Nachdr. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 2007. p. 22.

[63] No plano individual, Taylor parece apontar esta função da identidade ao afirmar que "It has often been remarked that making sense of one's life as a story is also, like orientation to the good, not an optional extra; that our lives exist also in this space of questions, which only a coherent narrative can answer. In order to have a sense of who we are, we have to have a notion of how we have become, and of where we are going", cf. TAYLOR, Charles. **Sources of the self: the making of the modern identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1989.

[64] John Rawls se referiu à ideia de *modus vivendi* como aquelas hipóteses em que grupos de pessoas convivem em uma sociedade não por compartilharem concepções comuns de justiça, mas por razões puramente pragmáticas. Esse tipo de união fundada em modus vivendi, contudo, não é visto pelo autor como estável, o que impede que forme uma estrutura básica de sociedade em que a estabilidade é central, cf. RAWLS, John, **Political liberalism**, Expanded ed. New York: Columbia University Press, 2005. p. 458.

Transposta para o plano constitucional, essa identidade coletiva tenta dar uma solução unificadora e harmonizadora ao fato do pluralismo apontado há muito também por Rawls.[65] Se uma sociedade fosse plenamente homogênea (tanto com relação a suas coletividades quanto indivíduos), pouca utilidade teria uma Constituição que limitasse o poder ou definisse objetivos coletivos com os quais já estão todos plenamente de acordo.[66] A Constituição opera como o possível elo social entre indivíduos e grupos que de outra forma não teriam um horizonte ético de identificação compartilhados.[67] Nessa linha, a sujeição e a autoria de uma mesma Constituição podem gerar nos indivíduos e coletividade plural a percepção de estarem relacionados entre si. Este papel das identidades coletivas como narrativas que contam histórias e formatam projetos comuns, justificando a existência e manutenção do grupo social, pode ser ainda mais relevante no contexto paradoxal de erosão e fortalecimento das identidades nacionais, que fundamenta com maior clareza um certo patriotismo constitucional,[68] que constrói as pontes entre visões fragmentárias e destoantes de mundo.

Terceira premissa conceitual acerca da ideia de identidade é a de que, diferente do afirmado pelo paradigma do sujeito do iluminismo, quando me refiro à identidade, não trato de uma característica imanente ou estável. Pelo contrário, dialogando com as duas

---

[65] Para Rawls, "um element básico da democracia é o fato do pluralismo razoável – o fato de que uma pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis conflitantes, religiosas, filosóficas e morais, é o resultado normal de sua cultura de instituições livres", cf. *Ibid*. p. 441.

[66] ROSENFELD, Michel **.The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010. (Discourses of law)

[67] Sobre a perda dos horizontes éticos comuns na modernidade, confira-se novamente TAYLOR, Charles, **Sources of the self: the making of the modern identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1989. Para Taylor, a modernidade teria gerado três mal-estares: o esvaecimento de horizontes morais, o eclipse dos fins diante da razão instrumental e a perda de liberdade. Um "horizonte", segundo Taylor, nada mais é que um "pano de fundo de inteligibilidade" a partir do qual as coisas tomam importância. Com a modernidade e o foco no individualismo exacerbado, ter-se-ia perdido a percepção de que há horizontes dados na sociedade que definem aquilo que é importante para a construção do Eu. A proposta de uma ética de autenticidade elaborada por Taylor figura como uma resposta a este mal-estar. Por esta proposta, o autor busca demonstrar que a reconstrução e reconhecimento destes horizontes é essencial para conferir o significado perdido e salvar-nos da trivialização da vida.

[68] Segundo Habermas, "A existência de sociedades multiculturais, tais como a Suíça e os Estados Unidos, revela que uma cultura política construída sobre princípios constitucionais não depende necessariamente de uma origem étnica, linguística e cultural comum a todos os cidadãos. Uma cultura política liberal forma apenas o denominador comum de um patriotismo constitucional capaz de agudizar, não somente o sentido para a variedade, como também a integridade das diferentes e coexistentes formas de vida de uma sociedade multicultural", cf. HABERMAS, Jürgen, **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 289. Na síntese de Gisele Cittadino, o patriotismo constitucional é "uma forma de identificação cívica para os cidadãos daquelas sociedades que não podem confiar antropologicamente em suas próprias tradições. Quando não se pode recorrer a uma identidade política sustentada por uma história marcada por êxitos, uma identidade cívica baseada em compromissos com princípios constitucionais democráticos e liberais pode garantir a integração e assegurar a solidariedade, cf. CITTADINO, Gisele, Patriotismo constitucional, cultura e história. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 31, n. jul/dez, p. 58–68, 2007.

últimas concepções de identidade apresentadas por Hall, nesta tese a identidade é pensada como fruto de processos constantes de (trans)formação[69] – de construção e reconstrução.[70] Estes processos se desenvolvem de maneira fragmentária, na medida em que ocorrem em espaços múltiplos, envolvendo indivíduos e grupos diversos e, portanto, contrapondo uma pluralidade de identidades. Igualmente, a formação dessas identidades opera de maneira dialética – em que as identidades em jogo dialogam, conflitam ou se conformam à luz da realidade e de outras identidades contrastantes.

E essa é a quarta premissa conceitual sobre identidade, o processo de construção e reconstrução de identidades coletivas envolve interações e disputas narrativas que são tanto internas quanto externas à coletividade identificada. Quanto à sua formação, as identidades coletivas se aproximam das identidades individuais, na medida em que ambas são formadas por processos de negação e conflito. Pela negação, o Eu se define em contraposição a um Outro. Ou seja, sou um sujeito dotado de uma identidade própria porque me diferencio do Outro, dotado de uma identidade que não é a minha.[71] No plano das identidades coletivas, o Outro negado consiste nas demais identidades coletivas que com elas coexistem ou a elas precedem (identidades nacionais, identidades de gênero, identidades raciais etc.).

Nada obstante, exatamente porque se voltam para sujeitos plurais, as identidades coletivas operam processos de formação interno e externo próprios que se distinguem das identidades individuais e que também são marcados pelo conflito. Internamente, identidades coletivas não surgem puramente no plano da racionalidade ou do subconsciente de um sujeito, mas sim a partir das disputas conceituais, interpretativas e

---

[69] Barth exemplifica casos que envolvem até mesmo a mudança de identidades coletivas étnicas. Segundo o autor, por vezes grupos étnicos que possuem identidades próprias se incorporam uns aos outros ou passam por processos de assimilação, desde que presentes os "mecanismos culturas para implementar a incorporação" e "o incentivo de óbvias vantagens" para o grupo que lidera a assimilação. Cf. BARTH, Fredrik (Org.). **Ethnic groups and boundaries: the social organization of culture difference ; [essays presents the results of a symposium held at the University of Bergen, 23rd to 26th February 1967]**. Reissued. Long Grove, Ill: Waveland Press, 1998.pp. 23-24

.

[70] Novamente retomando Taylor, ao desenvolver sua teoria sobre a ética da autenticidade, o autor reforça como a formação de uma identidade individual envolve reconhecer os horizontes de valor existentes e a partir dos quais tal identidade é formada (seja acolhendo-os, seja contrapondo-se a eles) em um processo que envolve criação e construção, além da própria descoberta, cf. TAYLOR, Charles. **The ethics of authenticity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1992. P.66

[71] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010. Esse processo de individualização do Eu e formação de sua identidade é retomado por Honneth ao analisar o pensamento de Georg Mead ,que identificou este processo de negação na primeira etapa do desenvolvimento da identidade individual, quanto a criança deixa de perceber a mãe como extensão de si próprio (e vice-versa), negando-a e formando um sentido inicial de Eu dotado de capacidades e desejos próprios, cf. HONNETH, **Luta por conhecimento**.

narrativas travadas entre os sujeitos que compõem determinado grupamento social. A formação de uma identidade nacional envolverá disputas sobre que elementos são relevantes para caracterizar uma nação como conceito (idioma, religião, etnia[72]) e sobre quais deles caracterizam uma nação em específico (qual idioma, qual religião, qual etnia). Mais uma vez transpondo a discussão para o plano constitucional, mesmo que se considere que há algo de mínimo que uma Constituição ideal deva ter (por exemplo, a separação dos poderes), enquanto conceito social a ideia de Constituição está em constante disputa interpretativa (ampliando, restringindo ou alterando o ideal normativo).[73] Da mesma forma, a própria identidade constitucional (particular) está sujeita às disputas entre grupos sociais quanto ao que particulariza uma dada Constituição histórica.

No plano externo, uma identidade coletiva se relaciona também com outras identidades inicialmente negadas, por meio de um processo de retomada e reconstrução.[74] Assim, por exemplo, se por um lado a identidade do constitucionalismo historicamente nega a identidade do absolutismo ,ambas aplicáveis a coletividades políticas que compartilham certa tradição de regime de governo , por outro o constitucionalismo se apropriou ele mesmo de elementos do absolutismo na sua formação. Um exemplo mais evidente é o conceito de soberania que o constitucionalismo apropria e reconstrói na discussão envolvendo a teoria do poder constituinte. Da mesma forma, uma dada identidade constitucional aplicável a uma comunidade constitucional específica, ainda que negue identidades constitucionais que a precederam ou outras identidades coletivas (e.g. uma identidade nacional), com elas dialoga na formação de seu próprio sentido. Um dos mais recorrentes exemplos de tal diálogo histórico, no contexto brasileiro, está na incorporação do mandado de segurança como remédio constitucional e cuja origem encontra-se no ordenamento constitucional de 1891[75] que, não se duvida, foi marcado por uma identidade substancialmente distinta, por exemplo,

---

[72] RENAN, Ernest, **Qu'est-ce qu'une nation?**, Marseille: Le Mot et le Reste, 2007.
[73] LEVINSON, Sanford, **Constitutional Faith**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2011.
[74] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.
[75] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco, **Curso de direito constitucional**, São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2012. A despeito desta origem histórica, que remete à chamada doutrina brasileira do habeas corpus, Jane Reis destaca que desde a supressão da doutrina encabeçada por Rui Barbosa, em 1926, o ordenamento jurídico jamais restabeleceu um mecanismo processual semelhante ao *habeas corpus* para fins de tutela de outros direitos fundamentais, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, O judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades, **RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 0, n. 29, 2016.

da identidade constitucional formada a partir da Carta de 1988.[76] Da mesma forma, o princípio da laicidade, próprio do constitucionalismo enquanto movimento global, assume no contexto francês um conteúdo e características que são diretamente influenciados pelos discursos acerca da própria identidade nacional francesa.[77]

Como conclusão, pode-se tomar o conceito de identidade (coletiva) a ser explorado nesta tese como um elemento que unifica indivíduos e grupos fragmentados por meio de narrativas sociais que estabelecem projetos e valores compartilhados. Identidades, na perspectiva aqui adotada, estão sujeitas a constante construção e reconstrução, precisamente porque as narrativas que as formam estão igualmente sujeitas a disputas sociais. Apesar de não haver nada de imanente ou imutável nas identidades coletivas, demonstra-se mais adiante que também não são elas absolutamente flexíveis , de tal modo que há limites para as mudanças que uma mesma identidade pode sofrer sem que se converta em outra totalmente diferente.

1.2 **Constitucionalismo.**

A conexão entre a ideia de identidade e a de Constituição depende, por fim, de atribuir um sentido mínimo ao que se pensa como Constituição e, nessa linha, constitucionalismo. Não se pretende – nem os limites do recorte proposto nessa tese permitem – analisar com definitividade os diversos elementos de características dos constitucionalismos, como realizado, por exemplo, por Maurizio Fioravanti.[78] Tampouco se busca uma sistematização exaustiva do conceito de Constituição, como trabalhado por autores

[76] Seja sob a perspectiva dos direitos fundamentais, da federação, da separação dos poderes ou do sistema de governo, as distinções entre a Constituição de 1988 – em sua característica analítica e inspirada no constitucionalismo social do pós Segunda Guerra – e a Constituição de 1891 – redigida com inspiração no modelo norte-americano – são substanciais. Não só em características, também as constituições se distinguiram substancialmente em sua capacidade de constituir a comunidade constitucional. Nesse sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto e Christian Edward Lynch destacaram a inefetividade do constitucionalismo de 1891, notadamente em razão da "perpetuação do estado de sítio durante a Primeira República" LYNCH, Christian Edward Cyril; NETO, Cláudio Pereira de Souza, O constitucionalismo da inefetividade: a Constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio, **Quaestio Juris**, v. 5, n. 2, p. 85–136, 2012.p. 117.

[77] Sobre as diferentes leituras do princípio da laicidade, confira-se PIRES, Thiago Magalhães, **Entre a cruz e a espada: liberdade religiosa e laicidade do Estado no Brasil**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

[78] FIORAVANTI, Maurizio, **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**, Madrid: Trota, 2007.

desde Carl Schmitt.[79] O que se pretende aqui é desfazer qualquer confusão inicial quanto ao conteúdo que aqui se atribui a conceitos essencialmente disputados. Os capítulos seguintes somarão elementos a estes conceitos na medida em que os processos de construção, formação e transformação da identidade constitucional sejam esclarecidos.

O ponto de partida para pensar o constitucionalismo nessa tese é a ideia de que se trata de movimento político e jurídico que assume papel relevante já na modernidade especialmente com as revoluções liberais do século XVIII que pretenderam pôr termo aos regimes absolutistas. O mencionado estudo de Maurizio Fioravanti[80] sobre o tema identificou movimentos constitucionais que precederam estas revoluções , e mesmo o modelo inglês não poderia ser situado especificamente em um contexto revolucionário. Mas do ponto de vista de narrativas históricas, predomina entre os estudiosos do Direito constitucional uma leitura relativamente unificada de movimentos pela Constituição ocorridos e desenvolvidos em países absolutamente distintos entre si.

E ao pensar o constitucionalismo como um movimento global, dá-se o primeiro passo em termos de narrativa histórica para construir entre as diversas sociedades que compartilham esta tradição, uma identidade comum. Quando se fala no constitucionalismo e seus "modelos" – americano, francês e inglês, para restringir-nos ao básico[81] – se estabelece entre diferentes países (EUA, França, Reino Unido e todos os demais países que são vinculados a esse movimento) um elo que não é nem natural nem preexistente.[82] De fato, não há identidade absoluta entre os modelos americano, francês e inglês de constitucionalismo. Para limitarmo-nos a alguns elementos básicos e centrais, veja que o modelo inglês é marcado pela ausência de um documento constitucional propriamente dito (de que se extrai a caracterização do constitucionalismo inglês como não-escrito). Trata-se da perspectiva oposta aos modelos americano e francês, que estabelecem a Constituição como um documento escrito. Mas enquanto o modelo francês resiste a ver a Constituição como norma jurídica ao longo de seus primeiros séculos, o modelo americano rapidamente reconhece a natureza

[79] SCHMITT, Carl, **Teoría de la Constitución**, Madrid: Alianza, 1992.
[80] FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trota, 2007.
[81] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio, **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
[82] Carlos Santiago Nino destaca como a ausência de uma constituição escrita e de controle de constitucionalidade sobre a legislação na Inglaterra levou especialistas a afirmarem que sequer se pode falar, alin, na existência de uma constituição. NINO, Carlos Santiago, **La constitución de la democracia deliberativa**, 1. ed. Barcelona: Gedisa Ed, 1997.p. 15.

jurídica do documento constitucional.[83] Só é possível incluir estas diferentes manifestações políticas na trajetória história se for possível estabelecer uma narrativa do constitucionalismo – imaginar o constitucionalismo apesar das diferenças, estabelecendo uma ponte que conecta histórias de sociedades substancialmente diferentes (e cujas experiências constitucionais são substancialmente distintas).

Mais do que um evento histórico de proporções transnacionais, o constitucionalismo opera também no campo axiológico. Pensado em um nível alto de abstração, já em sua origem a ideia de constitucionalismo caminha junto aos atributos de limitação da atuação do Estado e de proteção dos indivíduos.[84] De tal modo que no campo dos valores, o constitucionalismo não só cria um passado comum (em termos de narrativa histórica), como também opera enquanto ponte que conecta valores compartilhados por sociedades que têm, cada uma suas particularidades próprias. Sejam italianos, colombianos ou brasileiros, ao atribuir aos diferentes povos e países a adesão ao constitucionalismo, também a eles se atribui a crença nestes princípios gerais de limitação do Estado e de proteção do indivíduo.[85] A identidade do constitucionalismo como identidades em geral é o que permite às diferentes coletividades se identificarem a si mesmas e umas às outras como Estados constitucionais. É nessa linha que, seguindo Lon Fuller e Burke, Jacobsohn[86] afirma que uma autoridade que não estabelece liberdades vinculadas à tradição constitucional representada,

---

[83] SARMENTO; SOUZA NETO, *op. cit.*

[84] Tratando do pensamento de autores franceses e ingleses que estabelecem as doutrinas associadas ao constitucionalismo, Fioravanti destaca a proteção de direitos e a forma moderada de governo como características centrais a estes diversos pensadores, cf. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trota, 2007.. No mesmo sentido, cf. ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010; JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010. .Seguindo desenvolvimentos mais recentes, Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto adicionam ainda a ideia de democracia e autogoverno (que nem sempre fizeram ou fazem parte dos ideais de constitucionalismo compartilhados em diferentes sociedades), cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio, **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[85] De acordo com a robustez que se atribua à ideia de constitucionalismo, mais ou menos elementos irá conter. Nino, a este respeito, distinguiu entre oito concepções de constitucionalismo, desde a menos robusta – limitada a ideia de Estado de Direito – até a mais robusta – que exige a presença de uma constituição, restringe as leis sujeitas à sua supremacia, agrega a separação de poderes e a independência judicial, adota uma dimensão dos direitos individuais, inclui a previsão de controle de constitucionalidade, estabelece um governo democrático e considera um modelo particular desta democracia NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. 1. ed. Barcelona: Gedisa Ed, 1997. p. 16.

[86] JACOBSOHN, *op cit, loc cit*. Parece ser também nesse sentido que José Afonso da Silva falou em regimes anticonstitucionais, referindo-se a movimentos autoritários, cf. SILVA, José Afonso, Luta pela Constituição, *in*: **Cadernos de Soluções Constitucionais**, São Paulo: Malheiros, 2003.

por exemplo, pela Magna Carta, não pode ser considerada constitucional[87] – ou, para usar a expressão de José Afonso da Silva, é uma autoridade anticonstitucional[88].

O constitucionalismo é um ideal que propõe horizontes éticos comuns no plano internacional. Ou seja, ele opera não só no plano tentativamente descritivo (constitucionalismo como um movimento que existiu e existe), mas também no plano da normatividade política (constitucionalismo como ideal). É isso que permite afirmar, com Rosenfeld e Jacobsohn, a existência de uma identidade do constitucionalismo, pensado como tradição e prática políticas e jurídicas comuns a diversas sociedades.[89]

Enquanto identidade atribuída a grandes coletividades, a identidade do constitucionalismo está sujeita a mudanças constantes. Essas modificações são possíveis porque, também no plano internacional, o pluralismo testa os limites do constitucionalismo, ora buscando lhe atribuir mais elementos básicos, ora testando o significado daqueles que já estão postos. A forma como cada sociedade ou grupo de sociedades concebe o constitucionalismo permite uma construção dialética da identidade do constitucionalismo. Isso é representado, por exemplo, pela discussão que envolve as migrações, importações e transplantes de modelos, conceitos e instituições constitucionais.[90] Em um nível mais básico de teorização, parte do que permite legitimar tais medidas é precisamente o fato de que a despeito de todas as diferenças nacionais, étnicas, históricas e sociais que possam marcar as particularidades de sociedades e ordenamentos jurídicos distintos, há uma ponte que os conecta e pela qual as normas jurídicas podem transitar. E essa ponte não só é capaz de fazer transformar constituições (a partir de elementos originários de outros ordenamentos), mas também opera para alterar o próprio ideal normativo do constitucionalismo.

---

[87] Isso não significa ignorar o debate existente acerca da possibilidade de se cogitar de um constitucionalismo "iliberal". Li-Ann Thio sustenta essa possibilidade na medida em que se pense uma prática constitucional que, diferente da proposta liberal, não seja neutra quanto a visão substantivas do bem, nem esteja centrada em direitos individuais – e sim, por exemplo, em outras formas de limitação do poder, cf. THIO, Li-Ann, **Constitutionalism in Illiberal Polities**, [s.l.]: Oxford University Press, 2012. Conquanto o debate seja proveitoso, o recorte conceitual desta tese pressupõe um constitucionalismo (e constituições) situado em sociedades capitalistas que se desenvolveram a partir do modelo liberal-burguês. É nestes sistemas que se situará a teoria da luta pela constituição desenvolvida no capítulo 4 que, partindo de formulações da teoria crítica, identificará no constitucionalismo assim pensado os caminhos para a emancipação social.

[88] SILVA, José Afonso. Luta pela Constituição. *In*: **Cadernos de Soluções Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

[89] Peter Häberle fala em um "espírito das constituições" em contraposição ao "espírito de configuração muito individual dos diversos 'povos' que vivem conforme e abaixo da constituição" cf. HÄBERLE, Peter, **El Estado constitucional**, [s.l.]: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016..

[90] Sobre o tema, confira-se: FREIRE, Alonso, Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico, **Revista Publicum**, v. 2, n. 1, 2016; SARMENTO, Daniel, Interpretação constitucional cosmopolita, **Jota**, 2016.

Pense na conhecida classificação do constitucionalismo em seus modelos liberal ou liberal-burguês, social e, mais recentemente, social e democrático.[91] Aqui, mais uma vez, ingressa-se no campo da construção de narrativas históricas que conectam diferentes modelos de constitucionalismo surgidos a partir de experiências específicas. De toda forma, o que se percebe é que, em sua origem, os ideais de limitação do estado e proteção de direitos fundamentais eram predominantemente pensados em uma perspectiva liberal. O ideal normativo, portanto, era concretizado a partir de uma determinada lente que vinha a ser compartilhada pelas mais relevantes manifestações do constitucionalismo à época, notadamente os modelos americano, francês e inglês. Já caminhando para o início do século XX, no entanto, outras experiências e exigências sociais surgidas nas mais diferentes sociedades em momentos distintos, como no México e na Alemanha[92] expandem estes ideais normativos, incorporando aos objetivos genéricos de "limitação do estado e proteção do indivíduo" novas exigências , por exemplo, organização democrática do estado, proteção de direitos sociais, promoção da igualdade. Assim, não só mudam as constituições históricas que existem em cada sociedade, como também o próprio movimento e ideal do constitucionalismo se modifica em seu conteúdo.

Chega-se a três proposições tidas como premissas teóricas acerca do constitucionalismo. Primeiro, o constitucionalismo pensado em sua concepção ideal (uma aspiração à limitação do Estado e à proteção do indivíduo) opera como uma identidade coletiva que conecta passado, presente e futuro de sociedades distintas. Segundo, o constitucionalismo opera, em cada uma das sociedades que conecta, como um horizonte ético próprio ,no sentido de que o constitucionalismo aponta a necessidade de se efetivar seus ideais, ainda que pensados nos termos de alta abstração ou generalidade. Terceiro, ao conectar diferentes sociedades, a identidade do constitucionalismo também se abre à transformação dialética, de tal modo que as diferentes manifestações do constitucionalismo em diversos ordenamentos jurídicos se influenciam reciprocamente e permitem expandir o próprio ideal normativo , por exemplo, conferindo maior concretude ao significado de "limitação do estado e proteção do indivíduo".

---

[91] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio, **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[92] Refiro-me, aqui, aos modelos adotados pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919.

1.3 **Constituição**

É comum afirmar que o conceito de Constituição remete ao pensamento filosófico antigo.[93] Schmitt, retomando Aristóteles, sustenta nesse sentido que a Constituição pode ser inicialmente pensada como a própria configuração de uma realidade política específica.[94] E, por consequência, toda unidade política possuiria, nessa linha argumentativa, uma Constituição. Não é disso que se fala quando se trata de Constituição neste trabalho.

Em um sentido inicial, fala-se em Constituição, como a concretização do constitucionalismo enquanto conceito ideal. Cabe referir-se à distinção traçada por Carlos Santiago Nino[95] entre a Constituição histórica (por vezes um documento escrito) e a Constituição ideal (seja a Constituição ideal de direitos, seja a Constituição ideal de poder). Enquanto a Constituição ideal se aproxima do que já foi tratado como o constitucionalismo em si, a Constituição histórica corresponde ao feito bem-sucedido de estabelecer um processo de legitimação e reconhecimento da ordem jurídica da sociedade. Um processo, vale dizer, que almeja a Constituição ideal. Dito de outra forma, e mantendo-se na perspectiva de Nino, a Constituição é aqui pensada não como um documento, mas como um processo necessário, no contexto de democracias constitucionais para que uma determinada sociedade se desenvolva em direção a uma Constituição ideal de direitos (ou seja, ao constitucionalismo enquanto ideal). Constituição, nessa linha, não é apenas a configuração de uma realidade política como existe – ela é, pelo contrário um substantivo verbal, para usar a formulação de Hannah Pitkinque aponta para a ação ou atividade de constituir, isso é, de fundar, enquadrar, moldar algo novo". A Constituição é algo que se faz.[96]

Esta concepção só é possível se superadas ou consideradas as demais proposições acerca do que é descritivamente uma Constituição. A teoria da Constituição, que remete novamente ao pensamento de Carl Schmitt[97], se ocupou no último século de conferir um determinado significado à expressão, de modo a definir os elementos e as funções do texto

---

[93] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.
[94] SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992. Nessa linha, o primeiro sentido apontado por Hannah Pitkin acerca do conceito de constituição como "a composição fundamental, as partes constituintes de algo ou como elas são agrupadas, seu quadro característico ou natureza" PITKIN, Hanna Fenichel, The Idea of a Constitution, **Journal of Legal Education**, v. 37, n. 2, p. 167–169, 1987.p. 167.
[95] NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. 1. ed. Barcelona: Gedisa Ed, 1997.
[96] PITIKIN, H. F. (1987). Idea of a Constitution, **The. J. Legal Educ**., *37*, 167.
[97] SCHMITT, *op cit.*

constitucional. Segundo Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto[98], diversas concepções sobre o que é uma Constituição se desenvolveram a partir do idealismo constitucional do final do século XVIII. Como proposto pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e no pensamento de Benjamin Constant, o idealismo constitucional atribuía às constituições um conteúdo específico (e especificamente liberal e burguês) de limitação do estado e proteção das liberdades individuais. As transformações históricas que sobrevieram nos séculos XIX e XX trouxeram para as constituições não só novos temas, como também alteraram o próprio conteúdo das ideias de limitação do Estado e de direitos individuais. Disso se sucederam algumas relevantes críticas e novas proposições. Como crítica à existência de textos constitucionais que eram mero "pedaço de papel" que em nada se verificaram na realidade, Ferdinand Lassalle formulou sua conhecida concepção da Constituição como os "fatores reais de poder" do Estado[99]. Kelsen, por outro lado, propôs uma análise da Constituição no contexto de uma teoria pura do Direito. Em sua concepção positivista normativista, a Constituição é definida por ser a norma hierarquicamente superior em um dado ordenamento jurídico, que define o processo de elaboração de leis e atos normativos e que submete sua eficácia à compatibilidade entre estes e o texto constitucional.[100] O próprio Carl Schmitt[101], contrapondo-se ao idealismo e normativismo constitucionais, propôs conceber a Constituição como decisão política fundamental, tomada pelo titular do poder constituinte com consciência política e com o objetivo de fundar a unidade política.[102] Tanto em Lassalle quanto em Kelsen e Schmitt, a resposta à pergunta sobre o que é uma Constituição se distancia substancialmente de conteúdos ideais e morais básicos. Seja porque tais conteúdos seriam fantasiosos diante de uma realidade que não os concretiza seja porque as considerações políticas e morais não são relevantes, na perspectiva de uma teoria positivista do Direito, para definir a norma jurídica superior, seja porque a

---

[98] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio, **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
[99] LASSALLE, Ferdinand, **A essência da constituição**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
[100] KELSEN, Hans, **Teoria geral do direito e do estado**, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
[101] SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.
[102] Relevante, nesse sentido, a sintética definição que Schmitt atribuiu à soberania como o poder de decidir sobre o estado de exceção, ou seja, de decidir em caso de conflito e independentemente de normas jurídica. O conceito de decisão política e de estado de exceção são centrais à concepção constitucional de Schmitt. Para o autor, a própria constituição pode apontar quem é autorizado a decidir e, em seu estudo acerca da guarda da constituição, Schmitt identificaria no Führer tal poder, com fundamento no artigo 48 da Constituição de Weimar. Nesse sentido: SCHMITT, Carl *et al*, **Teología política**, Barcelona: Trotta, 2009; SCHMITT, Carl; MOREIRA, Luiz, **O guardião da constituição**, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

decisão política fundamental é ilimitada e, portanto, não se sujeita a conteúdos pré-estabelecidos.

Pensar a Constituição como um projeto concretizado do constitucionalismo que estabelece um processo de efetivação deste ideal normativo exige, em algum grau, recorrer criticamente tanto ao idealismo constitucional, como também às teses fundamentais de Lassalle, Kelsen e mesmo Schmitt.

Inicialmente, essa tese não se afasta totalmente da ideia Schmittiana de que a Constituição é adotada pelo poder constituinte politicamente consciente com o objetivo de estabelecer a unidade política.[103] Conquanto o aspecto da consciência seja questionável, notadamente diante das transformações incrementais pelas quais passa a Constituição e que serão objeto de análise no item 5.2.1, não há como pensar identidade constitucional sem enxergar na Constituição o meio pela qual a comunidade política é capaz de expressar suas características básicas. Disso é possível extrair, ainda com algum grau de abstração, que a Constituição é uma decisão que define um projeto político de sociedade. Mas para conciliar essa concepção de Constituição com a ideia de identidade constitucional que será posteriormente desenvolvida, é necessário enfrentar dois pontos inconciliáveis com a tese de Schmitt.

O primeiro é o de que a Constituição possa ser Constituição pelo mero ato de decisão e independentemente de seu conteúdo. Como visto, falar na existência de uma Constituição exige estabelecer um elo entre esta manifestação e o contexto mais amplo do constitucionalismo. Ainda que seja inevitável a distância entre o constitucionalismo ideal em quaisquer de suas concepções em constante transformação e uma dada Constituição histórica, a relação dialética entre ambas é essencial e só é possível quando se possa estabelecer entre eles uma gramática comum pela qual o constitucionalismo transforme e seja transformado pela Constituição. Retomando as lições de Jacobsohn[104], à existência de um documento ou prática autoproclamados constitucionais, mas que não sejam reconduzíveis à tradição do constitucionalismo pode se denominar qualquer coisa menos constitucional[105]. Nesse sentido essa tese não refuta as premissas do idealismo constitucional. Não para afirmar que uma

---

[103] Nessa linha, Schmitt refuta o positivismo kelseniando afirmando que o ordenamento jurídico não se fundamenta em uma norma, e sim em uma decisão, cf. SCHMITT, Carl; VILLACAÑAS BERLANGA, José Luis; CONDE, Francisco Javier; *et al*. **Teología política**. Barcelona: Trotta, 2009.

[104] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

[105] Ibid.; SILVA, José Afonso. Luta pela Constituição. *In*: **Cadernos de Soluções Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

Constituição só pode ser pensada como tal quando tenha um conteúdo específico, porque os ideais do constitucionalismo são formados em alto nível de abstração, os projetos passíveis de construção são diversos.[106] Uma Constituição não deixa de sê-lo por adotar uma ou outra concepção do que significa "proteção do indivíduo" ou "limitação do estado", mas sim para reconhecer que a Constituição ideal é elemento de todo constitucionalismo. O idealismo constitucional é acolhido na medida em que confere um núcleo de sentido para o ideal de Constituição que, por sua vez, permite estabelecer o elo entre as sociedades inseridas no contexto do constitucionalismo. Com isso, pode-se fomentar a relação dialética entre o ideal e o real, avançando a concretização dos objetivos de limitação do Estado e proteção do indivíduo.[107] Assim é que, nesta tese, a Constituição é pensada como o projeto concretizado dos ideais do constitucionalismo segundo as particularidades históricas de dada sociedade (a Constituição histórica a que se refere Nino).[108]

O segundo ponto de divergência com a tese schmittiana, que será mais bem abordado no capítulo 4, diz respeito à ideia de que a decisão política fundamental tem caráter fundacional e momentâneo. Em Schmitt, o respeito à Constituição, a despeito de todas as transformações formais que possa surgir, implica a constante retomada da decisão que a funda e fundamenta. Este retorno constante ao passado, ao momento fundacional, tem por consequência manter uma identidade estanque do estado constitucional.[109] Mas como já afirmado, se uma Constituição é dotada de uma identidade de natureza coletiva, sua transformabilidade é característica inafastável. Dito de outra forma, conquanto possa ser tomada como uma decisão política fundamental, no sentido de que fundamenta a unidade política e determina os conteúdos básicos do estado constitucional, a Constituição nem pode

---

[106] Nessa linha, compromissos constitucionais se configuram por vezes como acordos incompleta ou insuficientemente teorizados que repousam sobre abstrações quando a sociedade mais ampla não é capaz de concordar em termos de teoria ou particularidades. Neste sentido: SUNSTEIN, Cass R, Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law, **Social Research**, v. 74, n. 1, p. 1–24, 2007.

[107] Essa também parece ser a linha adotada por Carlos Santiago Nino quando afirma que uma constituição nem é legítima, nem pode ser utilizada para justificar ações e decisões quando careça de um conteúdo básico. Cf. NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. 1. ed. Barcelona: Gedisa Ed, 1997.

[108] Não se pode ignorar que, ao restringir o significado de Constituição dessa forma, estão excluídos outros modelos e, ao menos parcialmente, concepções sobre o que é uma Constituição. É importante relembrar, no entanto, que a definição aqui exposta tem um objetivo metodológico: estabelecer o recorte em que a teoria da identidade constitucional é pensada. Para "constituições" que por qualquer razão não se inserem no contexto do constitucionalismo – ainda que possam ser, por exemplo, constituições em sentido jurídico-normativo – a ideia de luta pela constituição que será desenvolvida no item 4.2 poderá não ser aplicável – notadamente porque tais lutas buscam a expansão da inclusão e reconhecimento constitucional em diálogo não só com aquilo que se denomina "constituição" em uma sociedade, como também com os ideias do constitucionalismo que traz em si a abertura para a expansão do direito e dos sujeitos de direito. Este ponto será esclarecido no mencionado item.

[109] SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.

abrigar todo e qualquer conteúdo imaginável por dado povo (sob pena de não se configurar como Constituição propriamente dita), nem se constitui apenas em um momento único, mas sim (e também) por meio de um processo.

Esta perspectiva foi bem apreendida por teóricos do constitucionalismo alemão pré e pós-guerra. Nesse sentido, as propostas de Rudolph Smend e de Hermann Heller[110] de pensar a Constituição a partir de uma inter-relação entre a norma e a realidade lançaram as bases para reconectar as premissas lassallianas e kelsenianas, permitindo conceber a Constituição como um projeto que não é meramente fundacional, mas também sujeito a construção e reconstrução constantes.[111] É no pós-guerra que Konrad Hesse formula sua teoria da força normativa da Constituição que coordena diferentes ideias que serão adotadas ao longo desta tese acerca do conceito de Constituição.[112]

Em seu trabalho seminal sobre o tema, Hesse partiu da tese de Lassalle acerca da Constituição como fatores reais de poder para propor uma teoria que busca superar a ideia de que a distância entre realidade e normatividade seria "necessária e imanente" e impossível de se eliminar. Para Hesse, pelo contrário, a normatividade e a realidade existem em uma relação de "condicionamento recíproco". E esse condicionamento recíproco é viabilizado por meio de uma "vontade de Constituição" que existe na consciência geral, no sentido de reconhecer a Constituição como legitimada, enquanto "dever ser", não apenas pela realidade. E por meio dessa vontade de Constituição é que se adotam os atos de decisão necessários para

---

[110] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio, **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.. Peter C. Caldwell aponta, ainda, como o pensamento de ambos autores – inclusive a partir de argumentos protofascistas – acabou por lançar as bases para o pensamento constitucional democrático do pós-1949, cf. CALDWELL, Peter C, **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory & Practice of Weimar Constitutionalism**, Durkham, Londres: Duke University Press, 1997.

[111] É certo que as teorias de Rudolf Smend e Hermann Heller não se confundem. O primeiro autor, que desenvolveu sua teoria de constituição como integração, identificou a partir de premissas hegelianas os fundamentos para refutar a teoria do Estado como sustentada por Kelsen (o Estado concebido a partir do conjunto de normas jurídicas). Nessa linha, Smend pensou a Constituição como um mecanismo de integração dos indivíduos em um Estado, a partir de processos de construção e reconstrução que gravitam em torno de valores e ideais. Escrevendo na década de 20, no entanto, Smend viu no facismo italiano um exemplo de sua conceito de integração, ao passo que identificava na figura do líder (führer) um representante de tal fenômeno. De outro lado, Heller aproximou-se do conceito de Estado em Schmitt, como um poder soberano internamente, para sustentar que tal soberania não repousa em órgãos específicos, nem é representada puramente pelo direito positivo, mas sim formada a partir de uma unidade dialética entre vontade e norma. A ideia central a Heller, é a de organização como uma estrutura organizada para atuação que permite, por sua vez, a cooperação entre indivíduos e grupos que fazem parte do Estado. Ambos autores, Smend e Heller, no entanto, guardaram entre si semelhanças em sua percepção do estado como um "processo social contínuo", para usar a síntese de Caldwell, cf. CALDWELL, *op cit.*

[112] HESSE, Konrad, A Força Normativa da Constituição, *in*: **Temas fundamentais do Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123–146.

efetivar o projeto constitucional – transformando a realidade e também a própria Constituição, em uma relação dialética.

Esta caminhada por diferentes teorias acerca do que qualifica uma Constituição permite-nos estabelecer a premissa conceitual que perpassará este trabalho, a de que uma Constituição é um projeto que apesar de instaurado por decisões fundacionais, se desenvolve e se transforma ao longo do tempo. Transforma-se em dois sentidos, primeiro, dialogando com o ideal de constitucionalismo que pretende criar elos entre as diferentes sociedades situadas nesta tradição (e nesta identidade). Segundo, se transforma por meio das relações sociais que ela rege, que são capazes de ressignificar o projeto constitucional, transformando uma identidade que não é, como visto, estanque.[113]

E precisamente por ser um projeto fundado por uma coletividade com o objetivo de estabelecer a direção e o sentido da unidade política, a Constituição como aqui pensada – assim como o constitucionalismo – se caracteriza por ser ela também uma ponte que busca conectar diferentes indivíduos e grupos sociais. Como já mencionado, o fato do pluralismo identificado por Rawls é comum a parte substancial das democracias constitucionais modernas. Nesse contexto, uma Constituição ostenta o potencial de formar os elos perdidos (ou nunca antes existentes) de uma tal comunidade fragmentada.[114] Para isso, o projeto constitucional realizado a partir da tradição do constitucionalismo lança mão de uma ordem básica de valores, que dialogam com o constitucionalismo ideal, mas se adequam às realidades e particularidades de cada sociedade[115],ao redor do qual se pretende que se desenvolva o processo de construção e reconstrução dos significados constitucionais. A mera previsão textual destes valores, no entanto, não assegura que a Constituição efetivamente exercerá esse papel de criar uma nova identidade coletiva unificadora. A "vontade de Constituição" a que se refere Hesse é essencial para que a Constituição ela seja apreendida pela sociedade e para que as vidas social, política e jurídica passem a orbitar a seu redor.

Extraem-se, com isso, as quatro proposições básicas sobre o significado de Constituição que será adotado e objeto de estudo nessa tese: (1) a Constituição é tanto um ato

---

[113] Também é adequada, portanto, a leitura de Haberle no sentido de que a constituição não se resume no "esqueleto das normas", incluindo também a cultura e o ambiente político, as opiniões e práticas da sociedade constitucional, cf. HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. [s.l.]: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4291/19.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2020.

[114] Nesse aspecto a constituição pode, de fato, ser pensada como um mecanismo de integração social, para nos valermos do conceito de Smend.

[115] Uma apresentação profunda da teoria da constituição como ordem de valores no direito alemão é encontrada em SARMENTO, Daniel, **Direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

fundacional de um projeto político específico quanto um processo de construção desse projeto político, que se desenvolve partindo da tradição do constitucionalismo e de seus ideais e que com ele dialoga constantemente. (2) Enquanto o constitucionalismo conecta diferentes sociedades (cujas histórias, tradições e peculiaridades divergem), a Constituição opera como um possível elo específico e situado entre indivíduos e grupos de uma dada sociedade. Uma vez que se desenvolva o compromisso de uma dada sociedade com seu projeto constitucional, torna-se possível a construção de uma identidade coletiva ao redor deste projeto, transformando-se a Constituição em uma ponte de reconexão no contexto do pluralismo fragmentário. (3) A Constituição reúne uma ordem de valores. Os projetos constitucionais realizados nessa linha buscam reunir valores básicos capazes de organizar os indivíduos e grupos de uma sociedade ao redor da Constituição, direcionando suas narrativas e disputas a partir do texto ou práticas constitucionais.[116] A centralidade (real ou possível) da Constituição é essencial neste sentido, para que se fale em uma efetiva identidade constitucional. E assim (4) a Constituição não pode ser tomada apenas como texto. Ela é fruto de uma relação também dialética não só entre o constitucionalismo ideal e a Constituição histórica, como também entre a normatividade e a realidade de dada sociedade. Dessas relações dialéticas é de onde se extrai o projeto constitucional realizado que permite identificar uma identidade constitucional específica.

[116] Não se deve correr o risco de superestimar o texto. Como afirma Michelman, os desacordos e debates dentro de uma sociedade acerca da constituição não se limitam aos desacordos sobre as palavras dos documentos constitucionais. Pelo contrário, as disputas de narrativas por vezes vão se voltar para a ideia de constituição MICHELMAN, Frank I., Morality, Identity and "Constitutional Patriotism", **Ratio Juris**, v. 14, n. 3, p. 253–271, 2001. p. 266.

2 IDENTIDADE CONSTITUCIONAL: LIÇÕES DE DIREITO COMPARADO E DA TEORIA CONSTITUCIONAL.

Uma vez estabelecido o recorte conceitual dessa tese, passa-se ao cerne da primeira questão aqui posta: o que é a identidade constitucional? Em perspectiva histórica, uma pergunta posta nestes termos é relativamente recente. Os trabalhos dedicados ao conceito de identidade constitucional datam ainda de meados da década de 1990 e especialmente da década de 2000 nos Estados Unidos e na Europa.

Por outro lado, a discussão em torno da qual gravita o conceito de identidade constitucional não é tão recente. A pergunta acerca de quais são os traços básicos de um ordenamento constitucional e quais as suas repercussões no campo da teoria da Constituição remete a debates travados nas primeiras décadas do século XX e aprofundados em diversos ordenamentos jurídicos especialmente a partir da década de 1970. O objetivo deste capítulo é desenvolver um esforço de organização destas discussões , nem sempre postas em termos de "identidade constitucional" de modo a permitir, mais adiante, extrair de suas principais proposições um conceito adequado e operacionalizável de identidade constitucional.

2.1 Identidade constitucional no Direito constitucional comparado.

O recurso ao estudo comparado tem sido crescente no Direito constitucional contemporâneo.[117] Em parte, essa ascensão se deveu às transições para o constitucionalismo democrático que desde os anos 1980, ocorreram em países do Leste Europeu e da América do Sul, levando estas novas democracias a buscarem em outras experiências a inspiração para suas próprias constituições.[118] Hoje, não raro, estudos e decisões nacionais se valem de institutos, jurisprudência e teorias estrangeiras para compreender fenômenos jurídicos semelhantes e extrair das experiências de outros países as possíveis direções para problemas internos.[119] Em um certo sentido, esse tipo de importação ou migração de ideias constitucionais é possível precisamente porque, a despeito das realidades históricas que

[117] Por todos, veja-se HIRSCHL, Ran, **Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law**, Oxford: Oxford University Press, 2014.
[118] ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András, **Introduction**, [s.l.]: Oxford University Press, 2012. p. 1.
[119] Rosenfeld destaca, nesta linha, que um dos principais usos do direito constitucional comparado diz respeito ao o recurso ao material constitucional estrangeiro no processo de elaboração de constituições nacionais e no processo de interpretação constitucional, cf. *Ibid*. p. 9.

conformam uma dada comunidade constitucional, os diversos países que adotaram o modelo de Estado Constitucional de Direito compartilham, eles também, o que aqui se denominou a identidade do constitucionalismo. A ideia de que países tão distintos em termos de história, geografia e população como os Estados Unidos, Alemanha e Colômbia compartilham os objetivos mais abstratos de limitação do poder e proteção de direitos fundamentais permite olhar para cada uma destas distintas realidades em busca do significado desses ideais. Esse diálogo permitido pela identidade do constitucionalismo – o chamado cosmopolitismo constitucional[120] – é o que nos abre as portas para buscar em experiências estrangeiras os elementos que têm sido compreendidos como caracterizadores de um conceito adequado de identidade constitucional.

Observem que por particularidades históricas ou mesmo teóricas, nem todos os países compartilham da expressão "identidade constitucional" com a mesma centralidade que aqui se concebe. Exemplo eloquente disso é o caso indiano, analisado adiante, em que apesar da referência pontual à ideia de identidade, a teoria aqui pensada em termos de identidade constitucional se desenvolveu a partir da doutrina da "estrutura básica" da Constituição. Significa dizer que em algum grau é necessário nessa etapa desprender-se de expressões dadas, buscando no conteúdo dos conceitos jurídicos os elementos suficientemente semelhantes para entender como cada uma das experiências constitucionais estudadas trabalhou a ideia de identidade constitucional.

A escolha dos casos a seguir se justifica, primeiro, a partir da revisão da literatura que tem indicado os casos tidos por exemplificativos do uso do conceito de identidade constitucional. A Índia se destaca como democracia constitucional comumente considerada referência no desenvolvimento de um conceito desse tipo, a partir de sua teoria da estrutura básica.[121] A teoria da estrutura básica, por sua vez, remete a uma discussão teórica mais abrangente acerca das chamadas normas constitucionais inconstitucionais. E o caso da Colômbia desponta como igualmente relevante a partir da teoria da substituição constitucional ali desenvolvida.[122] Ambas as teorias, como se verá a seguir, são capazes de fato de contribuir com elementos para compreender a ideia de identidade constitucional, além de contribuírem

---

[120] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio, **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
[121] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.
[122] ROZNAI, Yaniv, **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers**, First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017.

em sentido mais amplo para o desenvolvimento de um estudo comparativo atento às experiências do sul global[123] e do constitucionalismo periférico.

Não seria possível desenvolver o tema da identidade constitucional ignorando a recente experiência europeia. De fato, a revisão bibliográfica sobre o conceito de identidade constitucional aponta o caso europeu , tanto no plano nacional, quanto no plano comunitário como centro de uma acalorada discussão envolvendo as relações entre a União Europeia e os Estados Membros, e como essa tensão se projeta para a identidade constitucional de cada um desses países. Assim, soma-se ao estudo do caso indiano e colombiano também o estudo dos casos europeus, de modo a obter-se uma visão ampla das considerações atuais sobre identidade constitucional, envolvendo tanto as limitações internas ao exercício do poder político quanto a proteção externa ou internacional das constituições históricas postas.

2.1.1 A Constituição como uma "herança preciosa". A doutrina da estrutura básica da Constituição na jurisprudência indiana.

A Constituição Indiana completa em breve70 (setenta) anos. Promulgado em 26 de janeiro de 1950, o Texto Constitucional desponta até hoje no constitucionalismo comparado como representativo de um projeto de transformação de uma sociedade substancialmente desigual em uma comprometida com os direitos fundamentais e a dignidade humana. Ou, como afirma Mark Tushnet, a Constituição da Índia exemplifica a tentativa de "desenhar uma Constituição secular e democrática para uma sociedade altamente estratificada e religiosamente pluralista".[124]

Segundo Elkins, Ginsburg e Melton, o processo constituinte na Índia contou com uma ampla representação dos diversos grupos sociais que integravam o país no período pós-colonial. E ciosos de uma sociedade com base hierarquizada, tais atores políticos pressionaram pela elaboração de uma Constituição detalhista em termos de direitos fundamentais, com uma agenda declaradamente transformativa e que buscou fortalecer a

[123] Aqui vale resgatar a crítica posta por Roberto Gargarella "[a]o fato de que o constitucionalismo latino-americano não tem sido objeto de atenção acadêmica e pública sistemáticas" cf. GARGARELLA, Roberto, **Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution**, New York, NY: Oxford University Press, 2013.. É este tipo de desconforto que se pretende romper a partir do estudo da jurisprudência destes países – ruptura esta que, como se verá a seguir, conduzirá a frutos substanciais.

[124] TUSHNET, Mark, The Possibilities of Comparative Constitutional Law, **The Yale Law Journal**, v. 108, n. 6, p. 1225, 1999. p. 1271.

atuação do poder judiciário em sua efetivação.[125] Neste contexto, a Suprema Corte da Índia tem sido identificada como uma das instituições mais relevantes na consecução da agenda transformacional – proferindo decisões desde a década de 1960 que, segundo Tushnet, buscam proteger os objetivos emancipatórios constitucionais ainda que distanciadas da trajetória histórica e social daquele país.[126]

Apesar de possibilitar o controle de leis e atos do poder público pelo judiciário, uma das características da Constituição indiana foi não prever, em nenhuma parte de seu texto, cláusulas pétreas que excluíssem a possibilidade de reforma de seus elementos fundamentais. E com isso também a Constituição indiana deixou de viabilizar, ao menos textualmente, a revisão judicial de emendas constitucionais. De fato, a redação do artigo 368 da Índia prevê de maneira ampla o poder do Parlamento para emendar a Constituição por meio de "adição, variação ou revogação de qualquer dispositivo desta ". A despeito disso, em 1973, a Suprema Corte da Índia decidiu que o poder de emenda à Constituição encontra limites no que denominou "estrutura básica da Constituição". Para melhor entender a teoria da estrutura básica e sua repercussão, alguns antecedentes são relevantes.

A própria existência de um modelo de controle judicial de emendas à Constituição era discutível nos termos do texto de 1950. Como identifica Krishnaswamy[127], o Artigo 13 (2) da Constituição da Índia estabelecia que "o Estado não editará nenhuma lei que retire ou restrinja os direitos conferidos nesta Parte [da Constituição] e qualquer lei editada em violação a esta cláusula será, nos limites dessa violação, nula". O fato de o dispositivo mencionar "leis" e não emendas, no entanto, gerou um primeiro embate acadêmico e judicial sobre a possibilidade de emendas estarem sujeitas à revisão por cortes.[128] No caso Golaknath v. Estado de Punjab[129], a Suprema Corte da Índia definiu a questão,[130] afirmando que o poder de emenda se inseriria no âmbito do poder legislativo em geral , emendas, portanto, seriam

---

[125] ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James, **The Endurance of National Constitutions**, Cambridge; New York; Melbourne; Madrid; Cape Town; Singapore: Cambridge University Press, 2009.p. 152.
[126] TUSHNET, Mark, The Possibilities of Comparative Constitutional Law, **The Yale Law Journal**, v. 108, n. 6, p. 1225, 1999.
[127] KRISHNASWAMY, Sudhir, **Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine**, [s.l.]: Oxford University Press, 2011.
[128] Chandrachud destaca, nessa linha, que as primeiras manifestações da Suprema Corte foram, na verdade, avessas à ideia de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, cf. CHANDRACHUD, Chintan, Constitutional Falsehoods: The Fourth Judges Case and the Basic Structure Doctrine in India, *in*: **An unamendable constitution?**, New York, NY: Springer Berlin Heidelberg, 2018..
[129] ÍNDIA, Suprema Corte da Índia. GOLAKNATH v. ESTADO DE PUNJAB, julg. em 27 de Fevereiro de 1967.
[130] Segundo Krishnaswamy, em um caso anterior (Sankari Prasad v. União da Índia), a Corte já desenvolvera um primeiro argumento fraco nesse sentido.

"leis" para os fins do Artigo 13 (2), não podendo violar direitos fundamentais e estando igualmente sujeitas ao controle jurisdicional.[131]

O caso Golaknath já indicava, como aponta Yaniv Roznai[132], uma influência na Suprema Corte indiana do pensamento alemão acerca da limitação ao poder de emenda, especialmente na forma desenvolvida por Dietrich Conrad. E de fato, pouco após a decisão em Golaknath, Conrad publicou uma análise comparativa do julgado à luz do modelo alemão no *The Indian yearbook of international affairs*. Em seu artigo, o professor da Universidade de Heidelberg aprofundou uma teoria de limites implícitos ao poder de emenda a partir da premissa básica de que o poder de emenda não engloba o poder de destruir uma Constituição.[133] Conrad afirmou a ideia de que a Constituição tem elementos básicos que, se alterados, importam uma destruição do tecido constitucional como um todo. Não significa, para o autor alemão, que tais princípios sejam "sacrossantos", ou seja, Conrad rejeita uma tese firmada sobre premissas de direito natural , mas sim que tais dispositivos, se alterados, implicariam a transformação da Constituição como um todo, o que não seria dado ao poder legislativo como organizado na Índia.[134] Conrad conclui com três proposições básicas: (1) uma emenda não pode revogar uma Constituição; (2) uma emenda não pode gerar o efeito de revogar ou rever totalmente a Constituição; e (3) mesmo as alterações parciais vão fugir ao poder de emenda se seus efeitos sobre o contexto constitucional como um todo são tão profundos que a identidade da Constituição é, ela mesmo, desfigurada.[135]

O fato é que desde a decisão em Golaknath, a Suprema Corte da Índia se colocou em direta oposição ao projeto político da então primeira-ministra Indira Gandhi, que em resposta à decisão buscou alterar a redação do artigo 368 de forma a tornar amplos e em

---

[131] O argumento desenvolvido pela Corte era um pouco mais complexo. Para o tribunal, o fato de o artigo 368 então estabelecer um procedimento de emenda e não um poder de emenda, implicaria reconhecer que o poder de emenda não seria autônomo na Constituição indiana, decorrendo, sim, de competências legislativas residuais. Além disso, a proximidade entre o processo de elaboração de emendas e o processo de elaboração de leis seria mais um indicativo da natureza legislativa de emendas. Como identifica Krishnaswamy, apesar de ambos os fundamentos serem discutíveis, fato é que a decisão da Corte levou o Parlamento a editar uma emenda expressamente prevendo, no artigo 368, o subtítulo "Poder do Parlamento para emendas a Constituição e seu processo".

[132] ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers**. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017.

[133] CONRAD, Dietrich, Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power, **The Indian yearbook of international affairs**, p. 375–430, 1970.

[134] Esse aspecto é relevante, pois Conrad concebe a possibilidade de a constituição organizar o poder constituinte de forma a dar espaço para sua transformação por um processo específico. No entanto, tendo em vista que a constituição indiana atribui o poder de emenda ao poder legislativo – e não a um órgão constituinte – impediria esse tipo de alteração dos elementos básicos da constituição por meio da emenda.

[135] CONRAD,*op cit.*

termos textuais expressos os poderes de emenda do Parlamento.[136] A figura de Indira Gandhi é ainda hoje controversa. Martha C. Nussbaum descreve Gandhi como uma populista que, no entanto, contou com considerável apoio político e popular:

> Vastamente admirada e amada, por muitos até adorada, ela governava com uma forte maioria parlamentar. Mas ela não confiava nos lentos processos protetivos de direitos que seu pai havia estabelecido. Ansiosa e algo autoritária em personalidade (...) ela queria mais poder do que a democracia lhe permitia ter. Quando alguns de seus planos ambiciosos para combater a pobreza e o crescimento populacional começaram a se mostrar impopulares, ela se tornou ciosa da própria democracia.[137]

Balagopal, por sua vez, situa Gandhi no contexto da crise econômica e política enfrentada pelo sistema pós-colonial cujo pacto central entre elites dominantes e classes populares parecia ruir. Nessa linha, Indira Gandhi assumira o poder com a agenda de retomada econômica e de apoio popular, fortalecendo a aliança com a União Soviética, reprimindo manifestações populares e decretando o regime de emergência que durou de 1975 a 1977.[138]

O fato é que após assumir o poder, Gandhi se colocou em rota de colisão com a decisão de Golaknath. Para superar o entendimento da Corte, o Parlamento então aprovou a 24ª Emenda à Constituição da Índia, estabelecendo o poder de emenda também com relação aos direitos fundamentais. O artigo de Dietrich Conrad seria retomado, em 1973, quando a 24ª Emenda foi levada à apreciação da Corte no caso Kesavananda Bharati v. Estado de Kerala[139]. Neste caso paradigma, a Suprema Corte estabeleceu, por maioria, as premissas principais da teoria da estrutura básica da Constituição.

Parte substancial da teoria se sustenta sobre o conceito de emenda à Constituição. Para o Presidente da Corte, "a expressão 'emenda a esta Constituição' do Artigo 368 significa qualquer acréscimo ou mudança em quaisquer das disposições da Constituição dentro dos amplos contornos do Preâmbulo e da Constituição, para realizar os objetivos do Preâmbulo e dos Princípios Diretivos". Isso não significaria, no entanto, que alguns

---

[136] ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers**. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017.
[137] NUSSBAUM, Martha Craven, **The clash within: democracy, religious violence, and India's future**, Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2007.p. 126.
[138]BALAGOPAL, K, **Leaders beyond media images**, [s.l.]: Perspectives, 2013.
[139] ÍNDIA. Suprema Corte da Índia. **Kesavananda Bharati v. Estado de Kerala**, julg. em 23 de março de 1973.

dispositivos da Constituição não poderiam ser alterados – mas sim que o fundamento básico e a estrutura da Constituição deveriam permanecer os mesmos.

Na mesma linha, os juízes Hedge e Mukherjeajj sustentaram a impossibilidade de pensar que os autores da Constituição, após realizarem sacrifícios para atingir certos ideais, estabeleceriam os mecanismos para sua própria destruição. Segundo os julgadores, a não seria um mero documento político mas um documento essencialmente social, no sentido de que:

> [A Constituição] é baseada em uma filosofia social e toda filosofia social, como toda religião, tem dois elementos principais: o básico e o circunstancial. O primeiro segue constante, enquanto o segundo está sujeito a mudança. O núcleo de uma religião sempre se mantém constante, mas as práticas associadas a ela podem mudar. Da mesma forma, uma Constituição como a nossa contém certos elementos que são tão essenciais que não podem ser mudados ou destruídos. E em todo caso, não podem ser destruídos por dentro. Em outras palavras, não se pode usar a Constituição para destruir ela mesma.[140]

A adoção da teoria firmada por Conrad em seu artigo ficou expressa no voto do juiz Khanna. Apesar de fazer ressalvas ao artigo de Conrad, o juiz consignou como substancialmente correta a tese de que qualquer corpo a quem se atribui o poder de emenda, ainda que verbalmente se possa dizer titular de um poder ilimitado, não poderia alterar os próprios pilares fundamentais de sua autoridade constitucional. Nessa linha, o juiz entendeu que a Constituição seria um sistema vivo e orgânico que assim como o corpo humano, se desenvolve mas sua estrutura básica permanece a mesma.

A decisão em Kesavananda, ao mesmo tempo que afirmou o poder da Suprema Corte para analisar a constitucionalidade de emendas, afirmou ainda assim a validade da 24ª Emenda ao afirmar que os direitos fundamentais não seriam intangíveis nos limites do respeito à estrutura básica da Constituição. Com isso, superou-se o precedente de Golaknath – como pretendia Indira Gandhi –, sem tornar irrelevante o papel da Corte.[141]

Como aponta Roznai, o julgamento de Kesavananda, por maioria de 7 votos a 6, firmou a proposição principal da teoria da estrutura básica, a de que o poder de emenda não

---

[140] ÍNDIA. Suprema Corte da Índia. **Kesavananda Bharati V. Estado De Kerala**, julg. em 23 de março de 1973.

[141] CHANDRACHUD, Chintan. Constitutional Falsehoods: The Fourth Judges Case and the Basic Structure Doctrine in India. *In*: **An unamendable constitution?** New York, NY: Springer Berlin Heidelberg, 2018.

inclui o poder de alterar a de forma a alterar sua identidade.[142] Mas o que seria a estrutura básica permaneceu em aberto.[143]

Mais uma vez em resposta à decisão da Suprema Corte, Gandhi pressionou pela aprovação da 42ª Emenda à Constituição Indiana.[144] Entre outras providências, a emenda pretendia conferir ao Parlamento poder expresso para emendar quaisquer partes da Constituição, sem possibilidade de revisão judicial. Mais uma vez, o ato capitaneado por Gandhi foi levado à análise da Suprema Corte Indiana[145] no caso Minerva Mills Ltd. V. União da Índia.[146] Neste julgamento, a Corte reafirmaria sua teoria, invalidando a emenda constitucional e destacando, nas palavras do Juiz Chandrachud, a "música tema" de Kesavananda:

> Emendem como quiserem até o solene documento que os pais fundadores confiaram a seus cuidados, pois vocês sabem das melhores necessidades de sua geração. Mas a Constituição é uma herança preciosa e, portanto, vocês não podem destruir sua identidade.[147]

A teoria da estrutura básica definida em Kesavananda e Minerva faz constante referência à ideia de identidade constitucional. Na conclusão de seu voto em Kesavananda, o então presidente da corte afirmou que o Parlamento não pode, via emenda, alterar elementos fundamentais da Constituição de modo a destruir sua identidade, podendo, no entanto, alterar

---

[142] ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers**. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017.

[143] Mesmo em Minerva Mills Ltd. V. União da Índia, em que a teoria foi novamente afirmada, não restaram claros quais seriam os elementos a compor a estrutura básica. No entendimento da Corte, "em cada caso em que surja a questão sobre se um elemento particular da Constituição é parte de sua estrutura básica, isso deverá ser determinado considerando vários fatores, como a posição deste elemento particular na estrutura da Constituição, seu objeto e seu propósito e a consequência de sua negação sobre a integridade da Constituição como instrumento fundamental do governo do país" (ÍNDIA. Suprema Corte da Índia. **Minerva Mills Ltd V. União Da Índia**, julg. em 31 de julho de 1980). Nesse sentido, Chandrachud afirma que a Suprema Corte Indiana definiu os elementos básicos da constituição naquele país em um alto nível de abstração, "fundamentando-se em meta-princípios como democracia, estado de direito, controle de constitucionalidade, separação dos poderes e republicanismo". CHANDRACHUD, Chintan. Constitutional Falsehoods: The Fourth Judges Case and the Basic Structure Doctrine in India. *In*: **An unamendable constitution?** New York, NY: Springer Berlin Heidelberg, 2018, p. 120

[144] NUSSBAUM, Martha Craven. **The clash within: democracy, religious violence, and India's future**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

[145] Para Tushnet, no entanto, mais que a resistência da Suprema Corte Indiana, teria sido a resistência política em geral que acabaria pondo termo ao regime estabelecido por Indira Gandhi, cf. TUSHNET, Mark V., **Taking the Constitution away from the courts**, Princeton, N.J: Princeton University Press, 1999.p. 219.

[146]ÍNDIA. Suprema Corte da Índia**. Minerva Mills Ltd V. União Da Índia**, julg. em 31 de julho de 1980. Destaque-se que, a esta altura, a Suprema Corte já sofrera alterações em sua composição. Roznai aponta, nesse sentido, uma resposta incisiva de Indira Gandhi à afirmação do poder da Suprema Corte para controlar emendas, interferindo inclusive na própria estrutura interna da Corte.

[147] *Idem.*

quaisquer disposições constitucionais dentro deste limite. No mesmo caso, os juízes Shelat e Grover identificaram que a questão posta perante a Corte era saber se o poder de emenda permite alterar a Constituição de tal forma a levar a uma "perda de identidade" da Constituição. E mais:

> Como a Constituição tem uma identidade própria, uma emenda, editada sob um poder ainda que estabelecido de maneira gramaticalmente ampla, não pode ser tal que levaria a Constituição a perder seu caráter e natureza. Em outras palavras, uma emenda não pode ser tal que desnude a Constituição de sua identidade.[148]

Por sua vez, o juiz Jaganmohan Reddy afirmou que o poder de emenda não é amplo o suficiente para revogar ou provocar efeitos similares à destruição dos elementos essenciais da estrutura básica da Constituição, o que destruiria sua identidade. [149] O juiz Khanna afirmou, na mesma linha, que "a palavra 'emenda' postula que a velha Constituição sobrevive sem perda da sua identidade apesar da mudança, e continua mesmo que tenha sido submetida a alterações", de modo que não se poderia conceber a eliminação da estrutura básica da Constituição que gerasse a perda de sua identidade. [150] Em Minerva, o Juiz Chandrachud afirmou que "conferir o direito de destruir a identidade da Constituição em conjunto com a disposição de que nenhuma Corte poderá analisar a validade de tal destruição parece um caso claro de transgressão dos limites do poder de emenda". [151]

Note-se que a teoria da estrutura básica da Constituição, como desenvolvida pela Corte indiana, demonstra duas principais preocupações, primeiro, ela atua no campo teórico e normativo para afirmar a existência de limites implícitos ao poder de emenda, em um contexto constitucional que carece de limites explícitos ao constituinte derivado. Aqui, a teoria encontra sua crítica mais forte, a de que a Corte teria falhado em definir com clareza quais seriam tais limites implícitos.[152] Em outras palavras, quais são os elementos básicos ou a estrutura básica da Constituição que uma vez alterados implicariam a destruição de sua identidade? Em um esforço teórico desenvolvido a partir da jurisprudência indiana, Krishnaswamy sustenta que a estrutura básica deve ser pensada a partir de dois parâmetros:

---

[148] *Idem.*
[149] *Idem.*
[150] *Idem*.
[151] ÍNDIA. Suprema Corte da Índia. **Minerva Mills Ltd V. União Da Índia**, julg. em 31 de julho de 1980.
[152] CHANDRACHUD, Chintan. Constitutional Falsehoods: The Fourth Judges Case and the Basic Structure Doctrine in India. *In*: **An unamendable constitution?** New York, NY: Springer Berlin Heidelberg, 2018.

(1) como regras constitucionais que são centrais a integridade da Constituição indiana em específico (e não genericamente como essenciais a todas as constituições) e (2) como regras constitucionais que são fundamentais aos dispositivos constitucionais existentes, ainda que imperfeitos (e não como regras que seriam, em tese, as melhores possíveis).[153]

Segunda preocupação da estrutura básica da Constituição diz respeito ao campo institucional. Neste, a teoria afirma a competência do poder judiciário para proteger a identidade constitucional, controlando a validade de emendas constitucionais que interfiram na estrutura básica da Constituição. Neste sentido, Joel Colón-Rios[154] identificou a teoria da estrutura básica da Constituição como a "destruição do último traço de soberania do parlamento", ao estabelecer não só o poder de controle judicial sobre leis inconstitucionais, como também de controle de emendas à Constituição.[155] Mas, como apontou o autor, a teoria da estrutura básica, uma vez aplicada a determinadas constituições que prevemos mecanismos para sua substituição, pode gerar um tipo de controle fraco de estrutura básica que resguarda o poder do povo de dar a última palavra sobre seu ordenamento constitucional.[156] Exemplo desse tipo de controle, como parece ser a leitura de Colón-Rios, é o que se desenvolveu no contexto colombiano, sobre o qual se passa a tratar a seguir.

2.1.2 Identidade constitucional como limite de competência do poder constituinte derivado A teoria da substituição constitucional na Colômbia.

Em linha semelhante ao que ocorreu na Índia, também na Colômbia a abordagem acerca da identidade constitucional se desenvolveu pela construção jurisprudencial. E também no caso colombiano, a discussão se deu no âmbito do controle de constitucionalidade de normas constitucionais. O primeiro julgado nesse sentido consistiu na

---

[153] KRISHNASWAMY, Sudhir. **Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine**. [s.l.]: Oxford University Press, 2011.

[154] COLÓN-RÍOS, Joel I, A new typology of judicial review of legislation, **Global Constitutionalism**, v. 3, n. 02, p. 143–169, 2014.

[155] Vale destacar, aqui, a preocupação de Colón-Ríos com o desenvolvimento do que denominou constitucionalismo fraco. O modelo proposto pelo professor da Universidade de Victoria busca superar modelos institucionalistas de constitucionalismo (a constituição como o aprisionamento institucional da política) e modelos radicais de constitucionalismo (a constituição como a manifestação constante e produzida por representantes eleitos da vontade popular), propondo um modelo de constitucionalismo que reconheça a supremacia constitucional sem fechar às portas a "reconstitucionalização" (COLÓN-RÍOS, Joel, **Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power**, 1. ed. [s.l.]: Routledge, 2012.

[156] COLÓN-RÍOS, A new typology of judicial review of legislation.

Sentença de 5 de maio de 1978[157], que tratava da constitucionalidade do Ato Legislativo n. 2 de 1977, que convocara uma Assembleia Constituinte para promover a reforma da Constituição então vigente. Naquele julgado a Corte Suprema de Justiça afirmara que o constituinte reformador teria o dever de (1) conservar a identidade política da Constituição, a ser protegida pela própria Corte Suprema de Justiça e (2) exercer o poder de reforma segundo o procedimento estabelecido na Carta constitucional.[158] Apesar desta decisão haver lançado as bases do que viria a ser a teoria da substituição constitucional[159], foi apenas 25 anos depois, já sob a égide de uma nova Constituição, que o Tribunal Constitucional Colombiano iria aprofundar o tema da identidade constitucional e dos limites às reformas constitucionais.

Assim como na Índia, a Constituição Política da Colômbia de 1991 não contempla cláusulas pétreas[160]. Na realidade, a Constituição limita substancialmente as hipóteses de controle de emendas à Constituição. Conforme disposto pelo artigo 379 da Carta Colombiana[161], apenas a violação ao procedimento de reforma previsto no Título XIII da Constituição permite a invalidação dos atos legislativos que envolvem as emendas constitucionais.

O procedimento de reforma previsto no texto da Constituição colombiana, por sua vez, não traz maiores limitações materiais ao poder constituinte derivado. O artigo 374 [162]da Constituição da Colômbia limita-se a prever um poder geral de reforma constitucional que é atribuído ao Congresso, a uma Assembleia Constituinte ou ao povo mediante referendo. Pelo Congresso, uma reforma deve ser aprovada em dois turnos de votação, respectivamente

---

[157] Até então, de acordo com Luis Javier Moreno Ortiz, a Corte Suprema de Justiça evitara realizar qualquer tipo de controle de atos de reforma constitucional, cf. FAJARDO ARTURO, Luis Andrés *et al*, **La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado**, [s.l.]: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2015.

[158] Em voto apartado, o Juiz Luis Carlos Sáchica acrescentou a distinção entre poder constituinte originário (tido pelo magistrado como poder político) e poder constituinte derivado (poder jurídico) para afirmar que apenas o primeiro e não o segundo poderia alterar a identidade política da nação – ou seja, efetivamente estabelecer uma nova Constituição. Nessa linha, o magistrado baseou-se ainda em uma distinção entre a Constituição política enquanto descrição das estruturas reais do povo ou da Nação e Constituição jurídica enquanto o "dever ser normativo", baseando-se nos pensamentos constitucionais de Hans Kelsen, Carl Schmitt e Lassalle.
FAJARDO ARTURO, Luis Andrés; GARCÍA LÓPEZ, Eloy; GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio; *et al*. **La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado**. [s.l.]: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2015, p. 23.

[160] *Ibid*. p. 42.

[161] COLOMBIA, Constituição Política, Artigo 379. Os atos legislativos, a convocação de um referendo, a consulta popular ou o ato de convocação da Assembléia Constituinte só podem ser declarados inconstitucionais quando forem violados os requisitos estabelecidos neste título.

[162] COLOMBIA, Constituição Política, Artigo 374. A Constituição Política pode ser reformada pelo Congresso, por uma Assembléia Constituinte ou pelo povo por referendo.

pelos quóruns de maioria simples e de maioria absoluta de cada casa legislativa (Art. 375[163]). Adicionalmente, o Congresso pode também aprovar, por maioria dos membros de cada casa, lei convocatória de Assembleia Constituinte, eleita pelo voto direto (Art. 376[164]). E, por fim, estabelecendo mecanismos mais rígidos de alteração de determinadas normas constitucionais, a Carta Magna colombiana prevê que, se assim requerido por ao menos 5% (cinco por cento) dos cidadãos, deverão ser submetidas a referendo as reformas aprovadas pelo Congresso que tratem de direitos e garantias fundamentais, de procedimentos de participação popular e do Congresso (Art. 377[165]). Para que seja aprovada, uma reforma constitucional submetida a referendo deve receber o voto afirmativo da maioria dos votantes, devendo esse número exceder, no mínimo, 25% do total do eleitorado (Art. 378[166]).

Ressalvados, portanto, o limite procedimental ao poder de emenda e a maior rigidez constitucional a que podem ser submetidas determinadas matérias, fato é que a Constituição colombiana não deixa expressamente a salvo do poder constituinte reformador nenhum tema específico. E é nesse contexto que analisando diferentes atos legislativos reformadores da Constituição, o Tribunal Constitucional Colombiano viu-se na necessidade de desenvolver uma teoria capaz de resguardar os traços distintivos do ordenamento

[163] COLOMBIA, Constituição Política, Artigo 375. O Governo, dez membros do Congresso, vinte por cento dos vereadores ou deputados e cidadãos em número equivalente a pelo menos cinco por cento do atual censo eleitoral podem submeter projetos de atos legislativos. O trâmite do projeto ocorrerá em dois períodos ordinários e consecutivos. Aprovado no primeiro deles pela maioria dos participantes, o projeto será publicado pelo Governo. No segundo período, a aprovação exigirá o voto da maioria dos membros de cada Câmara. Neste segundo período, apenas as iniciativas apresentadas no primeiro podem ser discutidas.

[164] COLOMBIA, Constituição Política, Artigo 376. Por lei aprovada pela maioria dos membros de ambas as Casas, o Congresso pode estabelecer que as pessoas por voto popular decidam se convocam uma Assembléia Constituinte com a competência, o período e a composição determinados pela mesma lei. Entender-se-á que o povo convoca a Assembléia, se aprovado por pelo menos um terço dos membros do rol eleitoral. A Assembléia deve ser eleita pelo voto direto dos cidadãos, em um ato eleitoral que não pode coincidir com outro. A partir da eleição, o poder ordinário do Congresso de reformar a Constituição durante o mandato indicado para a Assembléia cumprir suas funções será suspenso. A Assembléia adotará seus próprios regulamentos.

[165] COLOMBIA, Constituição Política, Artigo 377. Deverão ser submetidas a referendo as reformas constitucionais aprovadas pelo Congresso, quando se refiram aos direitos reconhecidos no Capítulo 1 do Título II e a suas garantias, aos procedimentos de participação popular, ou ao Congresso, se assim o solicita, dentro dos seis meses seguintes à promulgação do Ato Legislativo, cinco por cento dos cidadãos que integrem o censo eleitoral. A reforma se entenderá derrogada pelo voto negativo da maioria dos eleitores, sempre que na votação tenha participado ao menos um quarto do censo eleitoral.

[166] COLOMBIA, Constituição Política, Artigo 378. Por iniciativa do governo ou dos cidadãos, nas condições do artigo 155, o Congresso, por meio de lei que exija a aprovação da maioria dos membros de ambas as Casas, pode submeter a referendo um projeto de reforma constitucional que o próprio Congresso incorpore à lei. O referendo será apresentado para que os eleitores possam escolher livremente na agenda ou nos artigos em que votam positivamente e votam negativamente. A aprovação de reformas da Constituição por meio de referendo requer o voto afirmativo de mais da metade dos eleitores, e que esse número exceda um quarto do total de cidadãos que integram o censo eleitoral.

constitucional fundado em 1991. Essa é a teoria que aquela Corte denominou Teoria da Inconstitucionalidade por Substituição Constitucional.

Colocada em termos sintéticos, a tese por trás da teoria da substituição constitucional é a de que uma dita "reforma constitucional" que altere elementos definidores da identidade de uma Constituição não é propriamente uma *reforma*, mas uma *substituição* da Constituição. Tendo em vista que substituir a Constituição vai além da competência do poder constituinte reformador, então os atos legislativos que a pretexto de reformar a Constituição impliquem sua substituição são considerados inconstitucionais.

Esta conclusão foi fruto de mais de uma década de desenvolvimento jurisprudencial da teoria, que tem origem no julgado C-551/2003[167]. O caso tratava da constitucionalidade da Lei n. 796 de 2003, que convocou referendo para aprovação de projeto de reforma constitucional. A proposta envolvia, entre outros temas (1) o estatuto dos parlamentares; (2) a composição e eleição do Congresso, bem como o calendário eleitoral; (3) temas pertinentes aos gastos públicos; (4) temas referentes a aposentadoria em cargos públicos; (5) temas envolvendo a limitação ao direito de voto; (6) a supressão de órgãos públicos; (7) a destinação de recursos para educação e saneamento básico; (8) o saneamento de finanças públicas; (9) o regime dos partidos políticos e (10) o tratamento dispensado ao narcotráfico e à adição às drogas.

Inicialmente, a Corte Constitucional afirmou sua competência enquanto "juiz ao qual o Constituinte confiou o controle de todos os procedimentos de reforma constitucional, como guardião da integridade e da supremacia da Constituição". O Tribunal Constitucional Colombiano precisou resolver, contudo, um aparente limite à sua atuação: o artigo 241 da Constituição Política limitava o controle de lei convocatória *somente* a "vícios de procedimento em sua formação" enquanto, como já visto, o artigo 379 da Constituição não permite o controle material de atos envolvendo reformas constitucionais. O Tribunal entendeu, no entanto, que sendo a Constituição um texto harmônico, sua interpretação deveria ser sistemática, de modo que "a restrição do artigo 379 (...) não implica que a Corte não deva tomar em consideração outras normas constitucionais, que sejam relevantes para examinar a regularidade do procedimento de aprovação de um referendo para reformar a Constituição" [168].

[167] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-551/2003, julg. em 9 de julho de 2003.
[168] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-551/2003**, julg. em 9 de julho de 2003.

Em um segundo momento o Tribunal Constitucional Colombiano avançou para analisar o significado do controle de "vícios de procedimento na formação de uma reforma constitucional" (art. 241). No entendimento da Corte, apesar do controle não poder recair sobre o "conteúdo material do ato reformatório",[169] ele poderia limitar-se a um controle formal[170], permitindo-se conhecer de eventuais vícios de competência pelos quais o poder constituinte reformador extrapolasse os limites de sua atuação. E a análise de vícios de competência, na lógica adotada pelo Tribunal, envolveria também algum grau de análise do conteúdo material do ato impugnado – não para confrontar a reforma pretendida com o conteúdo da Constituição, mas para aferir se o conteúdo da reforma está ou não no rol de atribuições da autoridade reformadora.

Assim, a Corte afirmou (1) sua competência para controlar a lei convocatória do referendo; (2) a própria possibilidade de levar em conta outras normas, que não as estritamente procedimentais, para apreciar a compatibilidade do procedimento de reforma com a Constituição e (3) a possibilidade da Corte analisar o conteúdo das normas tendentes a reformar a Constituição, de modo a apreciar se tais matérias estavam ou não dentro dos limites da competência do constituinte reformador. Ao assentar tais premissas, o Tribunal avançou para a questão central ao julgado: quais são, afinal, os limites da competência do constituinte reformador?

Respondendo a esta questão, o Tribunal Constitucional buscou traçar uma distinção entre a reforma e a substituição da Constituição. Para isso, recorreu à teoria clássica do poder constituinte, identificando de um lado o poder constituinte originário – em seu papel fundacional e, portanto, insuscetível de controle judicial – e o poder constituinte derivado, cujo poder de reforma é limitado pela própria Constituição. Segundo a Corte, a inexistência de cláusulas pétreas na Constituição colombiana não transferiria ao poder constituinte derivado o poder de substituir a Constituição por outra totalmente distinta. Afirmou o Tribunal:

---

[169] Idem. A aparente inexistência de limite material ao poder de reforma colombiano é tida como "natural" pela Corte, na medida em que – segundo entendeu – toda reforma constitucional é, por definição, contrária em sentido material à Constituição vigente. Assim, "admitir que uma reforma constitucional possa ser declarada inexequível por violar materialmente a Constituição vigente equivale então a petrificar o ordenamento constitucional e anular a própria cláusula de reforma...".

[170] FAJARDO ARTURO, Luis Andrés; GARCÍA LÓPEZ, Eloy; GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio; *et al*. **La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado**. [s.l.]: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2015, p.45.

> Uma coisa é [dizer] que qualquer artigo da Constituição pode ser reformado – o que está autorizado pois nisso consiste o poder de reforma quando a Constituição não incluiu cláusulas pétreas nem princípios intangíveis de maneira expressa, como no caso da colombiana – e outra coisa é que, sob pretexto de reformar a Constituição, essa seja efetivamente substituída por outra Constituição totalmente diferente, o que desnatura o poder de reformar uma Constituição e excederia a competência do titular desse poder.[171]

A Corte concluiu que ao afirmar que "a Constituição poderá ser reformada", o artigo 374 da Carta colombiana excluiu da competência do poder constituinte derivado a possibilidade de desnaturação do ordenamento constitucional. Segundo o Tribunal, "ao limitar a competência do poder reformador a modificar a Constituição de 1991, deve entender-se que a Constituição deve conservar sua identidade em seu conjunto e a partir de uma perspectiva material, apesar das reformas que lhes sejam introduzidas".

Percebe-se que ao mesmo tempo que reconheceu a possibilidade de alteração de qualquer norma constitucional pelo poder constituinte derivado, a Corte Colombiana também afirmou que uma reforma não pode implicar a supressão da Constituição vigente ou a substituição da Constituição por uma nova. Isso sob pena de violar o próprio Título XIII da Constituição Política de 1991, que trata da reforma e não da eliminação ou substituição da Constituição(o que, como afirmou o Tribunal, poderia ter sido previsto pelo poder constituinte originário, a exemplo de outras constituições).[172] A conclusão da Corte foi no sentido de que:

> O poder de reforma, por ser um poder constituído, tem limites materiais, pois a faculdade de reformar a Constituição não contém a possibilidade de derrogá-la, subverte-la ou substituí-la em sua integridade. Para saber se o poder de reforma, incluído o caso do referendo, incorreu em um vício de competência, o juiz constitucional deve analisar se a Carta foi ou não substituída por outra, para o que é necessário ter em conta os princípios e valores que a Constituição contém e aqueles que surgem do bloco de constitucionalidade, não para revisar o próprio conteúdo da reforma comparando um artigo do texto reformador com a regra, norma ou princípio constitucional – o que equivaleria a exercer um controle material. [173]

---

[171] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-551/2003**, julg. em 9 de julho de 2003.

[172] Afirmou a Corte "Note-se, então, que o texto constitucional colombiano não estabelece cláusulas pétreas nem princípios intangíveis, tampouco autoriza expressamente a substituição integral da Constituição. E a Assembleia Constituinte bem poderia ter incorporadora essa possibilidade de mudança total ou reforma integral da Constituição, como fazem expressamente certos ordenamentos. Por exemplo, a Constituição espanhola de 1978 (...), a constituição francesa de 1848, a constituição da Suíça, a constituição argentina de 1853 ou a recente constituição da Venezuela...".

[173] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-551/2003**, julg. em 9 de julho de 2003.

Nessa linha, Mauricio Gonzáles Cuervo[174] afirma que a sentença C-551/2003 firmou o limite competencial como um "mandado de identidade material essencial", ou seja, um dever de conservação da identidade material da Constituição que faz referência à decisão tomada pela Corte Suprema de Justiça em 1978. Ocorre que apesar de exemplificar o que seria um tipo de substituição constitucional inválida, a hipotética substituição do Estado social e democrático de Direito por um Estado totalitário, por uma ditadura ou por uma monarquia, a Corte não aprofundou os elementos que permitiriam distinguir a reforma possível da substituição inconstitucional. Apesar disso a decisão C-551/2003 tornou-se o marco da teoria da substituição constitucional que seria logo em seguida desenvolvida em seus principais elementos pela Corte.[175]

Em decisões posteriores[176], o Tribunal Constitucional colombiano aprofundou a tese de que, como decorrência da distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado (ou poder reformador), a Constituição colombiana apresenta *limites competenciais*. Ou seja, que o poder fundacional de elaboração de uma Constituição (tido como um ato de soberania) não pode ser confundido com o poder outorgado ao Congresso, enquanto órgão constituído para fazer alterações na Constituição (um ato de revisão). Neste sentido, segundo o Tribunal, o poder de reforma seria um efetivo poder de manutenção da ordem constitucional vigente. adequando o ordenamento constitucional às transformações sociais sem, contudo, substituí-lo. E a partir disso, a Corte Colombiana estabeleceu um novo método de controle de atos de reforma constitucional que, em contraste com o controle de constitucionalidade ordinário, denominou "controle de substituição constitucional".

O controle de substituição constitucional parte do conceito de *insubstitutibilidade* em contraste com o conceito de intangibilidade. Este se refere às cláusulas pétreas ou a princípios constitucionais intangíveis, que, como visto, não há na Carta da Colômbia. A insubstitutibilidade, por outro lado, não implica a impossibilidade de alteração de um ou outro princípio ou regra constitucional. Ela exige diversamente uma interpretação

---

[174] FAJARDO ARTURO, Luis Andrés; GARCÍA LÓPEZ, Eloy; GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio; *et al*. **La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado**. [s.l.]: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2015.

[175] Neste sentido, no caso C-1040/2005, a Corte expressamente consignou que |na Sentença C-551 de 2003 nem se esgotou a elaboração do conceito de substituição de Constituição como limite competencial ao poder de reforma, nem se estabeleceu um critério positivo para identificar uma hipótese em que se tenha produzido uma substituição da Constituição pela via dos procedimentos previstos para sua reforma" (COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-1040/2005**, julg. em 19 de Outubro de 2005).

[176] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-1200/2003**, julg. em 9 de Dezembro de 2003.

sistemática da Constituição, de modo a aferir se a mudança é de tal magnitude e transcendência que a Constituição original foi substituída por outra, sob o pretexto de reformá-la. Em termos de rigidez constitucional, concluiu o Tribunal, a insubstitutibilidade implica menor rigidez que a intangibilidade.[177]

Ainda, o controle de substituição constitucional não se faz a partir do conceito de violação à Constituição, mas sim do conceito de substituição da Constituição. Enquanto a violação decorreria de uma incompatibilidade entre o novo ato normativo e a Carta (incompatibilidade que para o Tribunal seria em si uma premissa de qualquer reforma), a substituição transforma a Constituição em algo totalmente distinto do que ela era. Nos termos da decisão da Corte Colombiana, tanto a reforma quanto a substituição implicam mudanças na Constituição, visto que "toda mudança de uma parte da Constituição implica, logicamente, que esta deixe de ser idêntica ao que era antes da mudança, por menor que esta seja" ; mas no caso da substituição não há uma "substituição de uma norma por outra, mas a transformação de uma forma de organização política em outra oposta". Como afirmam Gómez e outros[178], essa substituição pode se dar de maneira total, quando uma Constituição é posta de lado em favor de outra[179] ou pode ser parcial, hipótese em que um traço definidor da identidade da Constituição é substituído por outro integralmente diferente[180]. Haveria substituição em ambos os casos porque mesmo na hipótese de substituição parcial, "a troca de um elemento definidor por outro oposto ou totalmente diferente torna impossível a harmonização da pretendida reforma "com o resto de normas constitucionais que não foram modificadas por ela e que refletem aspectos-chave do insubstituível"[181].

Ainda, na Sentença n. 1200/2003[182], o Tribunal Constitucional Colombiano identificou alterações que ainda que relevantes não alterariam parcial ou integralmente uma Constituição, quais sejam: (1) mudanças de redação que não alteram o conteúdo essencial da norma; (2) mudanças na conceituação de um valor protegido pela Constituição; (3) a criação

---

[177] FAJARDO ARTURO, Luis Andrés; GARCÍA LÓPEZ, Eloy; GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio; *et al*. **La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado**. [s.l.]: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2015.

[178] GUZMÁN GÓMEZ, Camilo; LUCIO BONILLA, Carlos Ernesto, Análisis conceptual y metodología de la sustitución de la Constitución, *in*: FAJARDO ARTURO, Luis Andrés; GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio (Orgs.), **La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado**, [s.l.]: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2015.

[179] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-757/2008**, julg. em 30 de Julho de 2008.

[180] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-1040/2005**, julg. em 19 de Outubro de 2005.

[181] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-1040/2005**, julg. em 19 de Outubro de 2005.

[182] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana**. C-1200/2003**, julg. em 9 de Dezembro de 2003.

de uma exceção à incidência de uma norma que segue válida em geral; (4) limitações ou restrições a valores e interesses protegidos pela Constituição.[183]

É nas sentenças C-970/2004[184] e C-971/2004[185] que a Corte Constitucional inicialmente estabeleceu o já mencionado Teste de Substituição. O teste é posteriormente complementado no paradigmático caso C-1040/2005[186], que lança os elementos essenciais da teoria como tem sido aplicada até hoje. Este caso se voltava contra o Ato Legislativo n. 02/2004, que reformou a Constituição para permitir a reeleição de presidente da República para um segundo mandato. Sustentava-se que o ato implicaria uma substituição parcial da Constituição, alterando a estrutura básica do estado para além da competência do Congresso.

Em sua fundamentação, o Tribunal reafirmou que a teoria da substituição constitucional se encontra em constante construção à luz dos casos concretos levados a julgamento. Assim, prosseguiu para conceituar de maneira ainda mais aprofundada a ideia de substituição constitucional, como:

> Eventos excepcionalíssimos em que se possa estabelecer que pela via da reforma constitucional se produziram mutações de tal natureza que se tenha suprimido o conceito de Constituição tal como ele próprio é concebido no constitucionalismo contemporâneo, ou que se tenham produzido alterações de tal magnitude e significado nos elementos definidores da identidade da Constituição que resultam incompatíveis com o consenso fundamental em torno deste e que, por conseguinte, teriam exigido a atividade direta do constituinte primário.[187]

O trecho é relevante, porque distingue duas situações distintas cuja consequência seria, em ambos os casos, a substituição constitucional, quais sejam: (i) a substituição da identidade do constitucionalismo, pensado nos termos antecipados no item 1.2

---

[183] Relevante destacar que, nesta mesma decisão, restaram vencidas as posições de três magistrados que, a despeito de concordarem com a tese da insubstitutibilidade constitucional, divergiam sobre seus fundamentos teóricos. Assim, Clara Inés Vargas sustentara a necessidade de se reconhecer os limites ao poder de reforma como limites materiais implícitos – o que a maioria da Corte rejeitou expressamente (reiterando a tese dos limites meramente competenciais). Jaime Araújo Rentería, em linha semelhante, sustentou que a substituição constitucional ocorreria sempre que alteradas as "bases, princípios e valores fundamentais da Constituição", o que significa que mesmo reformas que atinjam uma ou outra norma constitucional poderiam ser objeto de invalidação. Por fim, Jaime Córdoba Triviño, por sua vez, sustentou uma objeção procedimental à opinião da Corte: para o magistrado, não seria possível exigir da parte que demonstrasse que a mudança na Constituição foi de tamanha magnitude a ponto de substituir-se a Carta – sendo tal função atribuída ao Tribunal como guardião da ordem constitucional. Adicionalmente, Alfredo Beltrán igualmente votou com a divergência, mas limitando seu voto à rejeição da tese de inépcia da inicial, que acabou por ser acolhida pela Corte.

[184] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-970/2004**, julg. em 7 de Outubro de 2004.

[185] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-971/2004**, julg. em 7 de Outubro de 2004.

[186] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-1040/2005**, julg. em 19 de Outubro de 2005.

[187] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-1040/2005**, julg. em 19 de Outubro de 2005.

(ou seja, em sentido ideal); (ii) a substituição da identidade da Constituição histórica, como conceituada no item 1.3.

Em seguida, a Corte passou à análise específica do Ato Legislativo n. 02/2004. Para o tribunal, a mera reminiscência histórica (demonstrando a intenção constituinte de limitar o poder do Presidente) não seria suficiente para fundamentar uma tese de substituição em razão da reeleição. Pelo contrário, a Corte situou a restrição em um contexto histórico em que o desenvolvimento das instituições democráticas estaria ainda muito incipiente em comparação com o que se identificava em 2004 (o que identificou como a ampliação dos espaços de participação política). Enquanto não demonstrado que a mudança da Constituição suprimiria o sistema de freios e contrapesos em favor de outra organização dos poderes, ou que eliminaria os elementos essenciais do presidencialismo, não se poderia falar em substituição constitucional propriamente dita.

A sentença C-1040/2005 consolidou o teste de substituição em 7 (sete) níveis, conforme apontados por Carlos Bernal:[188] (1) a identificação de qual elemento essencial da Constituição está em jogo; (2) a identificação de como tal elemento sustenta as várias disposições constitucionais; (3) a justificação da essencialidade do elemento; (4) as evidências de que o conteúdo do elemento não é reduzido a uma única disposição constitucional (sob pena de criação de cláusulas pétreas); (5) a demonstração de que ao identificar um elemento como essencial não se está rotulando dispositivos como cláusulas pétreas; (6) a demonstração de que o elemento foi substituído por um novo; (7) a demonstração de que o novo elemento contradiz o elemento essencial ou dele diverge totalmente, tornando-o incompatível com os demais elementos essenciais da Constituição. Superar o teste em 7 níveis não parece ser tarefa fácil, como afirmado pela Corte, "a carga argumentativa no teste de substituição é muito mais exigente", pois exige que "a Corte demonstre que um elemento essencial definidor da identidade da Constituição de 1991 foi substituído por outro integralmente diverso".

Conclusão diversa daquela alcançada na C-1040/05 foi apresentada pela Corte no caso C-141/2010[189], em que pela primeira vez uma reforma à Constituição foi declarada inválida por aplicação da teoria da substituição constitucional. Tratou-se, ali, do controle de lei convocatória de referendo cujo objeto era permitir uma segunda reeleição (portanto,

[188] BERNAL, C., Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine, **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 2, p. 339–357, 2013.
[189] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-141/2010**, julg. em 26 de Fevereiro de 2010.

terceiro mandato) ao presidente da República. Neste caso, a Corte entendeu que a recondução, por uma segunda vez, do mesmo indivíduo ao cargo de presidente geraria riscos de influência do Executivo sobre a configuração do Legislativo, dos órgãos de controle e do Poder Judiciário. E nessa linha, a Corte concluiu que tal possibilidade implicaria uma efetiva substituição do sistema de freios e contrapesos da Constituição de 1991, além de gerar ruptura do princípio da igualdade política e eleitoral – e, portanto, uma substituição da Constituição.

Vale destacar que em ambas as sentenças n. C-1040/2005 e C0141/2010, a Corte afirmou a possibilidade de a própria Assembleia Constituinte convocada pelo povo, na forma do artigo 376 da Constituição Política Colombiana, exercer o poder de substituir a Constituição.[190] Para o Tribunal, de fato, esse seria o único mecanismo legítimo de substituição da Constituição – não cabendo ao Congresso aprovar "reformas" nesse sentido.[191]

Deve-se ressaltar que a teoria da substituição não passou sem questionamentos no contexto colombiano. Mauricio Gonzáles Cuervo, por exemplo, identifica algumas dificuldades na teoria.[192] Primeiro, o autor e juiz constitucional questiona a distinção feita pela Corte entre a reforma por meio de convocação pela Assembleia Nacional e aquela feita por mecanismos de referendo. Com efeito, a Corte Constitucional afirmara que o único mecanismo pelo qual seria possível falar em uma substituição da Constituição seria a mudança exercida pela Assembleia Nacional (artigo 376). Para Cuervo, no entanto, a distinção não teria fundamento, visto que tanto o referendo quanto a reforma por meio de Assembleia Constituinte contariam com a participação popular. Ainda, Cuervo sustenta que em perspectiva de história constitucional colombiana, não é evidente que a ideia de reforma proibiria a substituição constitucional, como afirmado pela Corte. A Carta Constitucional Colombiana de 1821, sustenta o autor, afirmara a possibilidade de reformar-se a Constituição em sua totalidade, de modo que "nosso primeiro constituinte imprime à palavra 'reforma' um

[190] COLÓN-RÍOS, A new typology of judicial review of legislation.

[191] Aqui há uma relevante distinção entre o modelo constitucional colombiano e o indiano. Como reconhecido por Dietrich Conrad, uma constituição pode em tese conter institucionalmente o poder constituinte originário, estabelecendo os mecanismos para sua substituição. Mas esse não era o caso da Índia, que atribuiu o poder de reforma ao legislativo, e não a uma assembleia constituinte (CONRAD, Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power. A Colômbia, pelo contrário, estabeleceu em sua Constituiçãoo mecanismo de reforma também pela via da Assembleia Constituinte, abrindo espaço para o constitucionalismo fraco teorizado por Joel Colón-Rios – que viabilize o controle judicial envolvendo elementos da estrutura básica da constituição, mas ainda assim cria uma via pelo qual o povo, por meio de assembleia constituinte, possa alterar até mesmo essa estrutura (COLÓN-RÍOS, Joel I. A new typology of judicial review of legislation. **Global Constitutionalism**, v. 3, n. 02, p. 143–169, 2014)

[192] FAJARDO ARTURO, Luis Andrés; GARCÍA LÓPEZ, Eloy; GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio; *et al*. **La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado**. [s.l.]: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2015.

ato chamado a provocar mudanças no texto constitucional com diversos alcances, podendo tratar-se de seu exame parcial ou revisão, ou de reforma total ou mudança de Constituição". Ou seja, a "reforma" poderia abarcar tanto a emenda quanto a substituição.

O fato é que os casos colombiano e indiano trazem semelhantes contribuições para o tema da identidade constitucional. Em primeiro lugar, ambas as cortes situaram a identidade no debate acerca dos limites implícitos às mudanças na Constituição(especificamente por meio de emendas constitucionais), a partir da distinção entre poder constituinte e poder constituído. Mas estes limites como definidos pelas teorias da estrutura básica da Constituição e da substituição constitucional não são o suficiente para criar cláusulas pétreas. De fato, tanto na Colômbia quanto na Índia, os tribunais mantiveram extrema resistência em assumir que suas teorias sobre as mudanças na Constituição criariam proteções de um ou outro dispositivo contra qualquer forma de alteração.[193] Com isso, a teoria da estrutura básica e a teoria da substituição constitucional se colocam como teorias normativas fracas de controle de constitucionalidade. Fracas no sentido de que no lugar de entrincheirar dispositivos específicos, elas dependem de uma mudança substancial no ordenamento constitucional (a ruptura da identidade constitucional) para que sejam acionadas e conduzam à invalidade de um ato do poder público[194]. Da mesma forma, tanto a teoria da estrutura básica quanto a teoria da substituição constitucional são lacônicas quanto aos exatos elementos que compõem a identidade a ser protegida. Isso é justificável pela própria resistência contra entrincheirar dispositivos. Ao mesmo tempo, a vagueza da teoria acaba por gerar a necessidade de análises casuísticas e sem parâmetros claros para o controle social posterior.

Se de um lado a falta de clareza na definição dos elementos de uma identidade constitucional pelas cortes pode causar perplexidades em torno da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões dos tribunais,[195] de outro ela também abre espaço para uma teoria acerca da formação das identidades constitucionais que não se centra em decisões de

[193] O que não evitou as críticas, até mesmo internas. Mauricio Cuervo, enquanto magistrado que participou do julgamento na sentença C-140/2010, expressamente consignou que, em seu entendimento "o teste de substituição pela Corte Constitucional só difere de um juízo material no nombre que se deu ao método, pois na prática o que se faz é desconhecer o feito de que a Corte Constitucional só pode exercer seu controle por vícios de forma, pelo que a teoria da substituição não é mais que uma maneira de burlar os limites da competência da Corte delineados na Carta".

[194] Neste sentido cf. COLÓN-RÍOS, Joel I. A new typology of judicial review of legislation. **Global Constitutionalism**, v. 3, n. 02, p. 143–169, 2014.

[195] Este é um dos principais pontos de divergência de Mauricio Cuervo e também é apontado por Carlos Bernal, ao criticar o método de aplicação do teste de substituição como exercício de uma análise intuicionista (BERNAL, Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia).

tribunais. Igualmente, a abertura conferida pelas teorias da estrutura básica da Constituição e da substituição constitucional comportam uma perspectiva de Constituição como um texto vivo, construído e reconstruído ao longo do tempo, sujeito a mudanças e a disputas narrativas. Fixar a identidade, nesse sentido, poderia ser antitético com o próprio conceito de identidade enquanto algo mutável.

Há ainda uma indiscutível contribuição das teorias no plano institucional. É que, apesar de pregar uma postura autocontida no sentido de não estabelecer cláusulas pétreas inexistentes, a teoria da substituição constitucional e a teoria da estrutura básica da Constituição ambas contornam aparentes barreiras textuais impostas pelas respectivas Constituições históricas para atribuir aos tribunais uma competência que não está prevista textualmente, a de controlar emendas constitucionais. Lembre-se que tanto o caso indiano quanto o caso colombiano partem de textos constitucionais que salvaguardam do controle jurisdicional tais emendas. E a despeito disso, ambas as Cortes desenvolveram teorias fundadas em premissas teóricas não estabelecidas na Constituição de maneira expressa para, então, concluir pela sua supremacia (conquanto contornável, no caso Colombiano, por meio da reforma conduzida por assembleia constituinte).

Essas considerações serão relevantes quando desenvolvermos, no item 3.1, os elementos que compõe um conceito adequado de identidade constitucional. Antes, no entanto, é necessário acrescentar uma experiência envolvendo a identidade constitucional que surge em um contexto razoavelmente diverso do que movimentou as Cortes indiana e colombiana. Trata-se do caso europeu, que será visto a seguir.

2.1.3 O caso europeu: a identidade constitucional na integração da União Europeia.

O conceito de identidade constitucional assumiu particular relevância no contexto da integração dos países europeus a partir do Tratado de Maastrich. De um lado, o tratado representa um dos principais marcos históricos da integração europeia, trazendo em si objetivos expressos de estreitamento dos laços entre os povos europeus e de formação de uma identidade europeia própria no campo internacional. Ocorre que, de outro lado, o Artigo F (1) do mesmo tratado contrapunha ao objetivo de integração a necessidade de respeitar-se as

identidades nacionais dos países do bloco.[196] Como afirmado por Helle Krunke, este dispositivo servia (e serve) como uma efetiva proteção dos países europeus "contra" a integração[197], não só aquela decorrente do Tratado de Maastrich, como também a que advenha de tantos outros acordos e tratados internacionais de que o bloco seja signatário.[198]

Com a posterior ratificação do Tratado de Lisboa, [199] que conferiu maior detalhamento à cláusula de identidade, a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, dos judiciários nacionais e a literatura jurídica passaram a identificar na cláusula uma obrigação de proteção não da identidade nacional[200] – concebida em sentido sociológico – mas especificamente do que foi denominado a identidade constitucional dos países-membros.[201]

Em um dos mais relevantes casos sobre o tema, o Conselho Constitucional Francês decidiu, em 2006, que a implementação das diretivas comunitárias no Direito interno francês "não poderá violar uma regra ou princípio inerente à identidade constitucional da França".[202] Posteriormente, no caso nº 2010-605 DC, o Conselho Constitucional acrescentou

---

[196] TJUE, Tratado da União Europeia, Artigo F, (1). A União respeitará a identidade nacional dos Estados-membros, cujos sistemas de governo se fundam nos princípios democráticos.

[197] A leitura de Pietro Faraguna coincide com esta. Segundo o autor, os receios nacionais decorrentes da formação de uma identidade supranacional deram aso a introdução da chamada "cláusula de identidade", com o objetivo de salvaguardar os Estados-Membros (FARAGUNA, Pietro, Constitutional Identity in the EU-A Shield or a Sword?, **German Law Journal**, v. 18, n. 7, p. 1617–1640, 2017)

[198] KRUNKE, Helle, Constitutional identity – seen through a Danish lens, **RetfÆrd Årgang**, v. 37, p. 24–40, 2014., p. 2.

[199] O artigo 4º, n. 2 do Tratado de Lisboa deu maior contorno ao que se concebia como "identidade nacional" no âmbito do direito comunitário, ao afirmar que "A União respeitará as identidades nacionais [dos Estados-Membros], inerentes às suas estruturas fundamentais, políticas e constitucionais, incluindo a autonomia regional e local. Deve respeitar as suas funções essenciais do Estado". Partindo da ideia de que a identidade nacional carrega consigo um forte significado étnico-cultural, , Leonardo F. M. Besselink sustentou que a alusão do tratado à identidade nacional seria imprópria – ele se referiria, em realidade, às estruturas do Estado, de tal modo a abarcar, a identidade constitucional de cada país-membro (BESSELINK, Leonard F. M., National and constitutional identity before and after Lisbon, **Utrecht Law Review**, v. 6, p. 36–49, 2010)

[200] A interpretação da clausula de identidade como protetiva da identidade constitucional e não da identidade nacional não é sem oposição entre os juristas europeus. Cloots sustenta, por exemplo, que a literatura e jurisprudência teriam realizado tal interpretação sem qualquer fundamento histórico, teleológico ou maior debate conceitual (CLOOTS, Elke, National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU, Netherlands **Journal of Legal Philosophy**, v. 45, n. 2, p. 82–98, 2016. Ainda, na própria jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu é possível identificar casos em que se fala especificamente da proteção à identidade nacional no sentido histórico e cultural do termo. A este respeito, confira-se UNIÃO EUROPEIA, Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso C-473/93, julg. 2 jul. 1996 (invalidando legislação de Luxemburgo que restringia a atividade de professor aos nacionais do país, que tinha como base a necessidade de transmissão da história e tradição do país); UNIÃO EUROPEIA, Corte Europeia de Direitos Humanos, Caso C-391/09, julg. 2 mai. 2011 (legitimando a adoção de regras de grafia compatíveis com a língua oficial nacional, em respeito à proteção à identidade nacional);

[201] Tratarei da diferença entre identidade constitucional e identidade nacional no item 3.3.1.

[202] Tradução livre. Confira-se o original : "la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti" (FRANÇA, Conselho Constitucional. Decisão nº 2006-540 DC, julg. em 27 jul. 2006). A mesma afirmação surge, também nos casos nº 2006-543 DC, 2008-564 DC.

que tal implementação em contrariedade à identidade constitucional francesa apenas seria possível com a anuência do próprio constituinte. Desde então, o Conselho Constitucional tem reiteradamente afirmado sua competência para realizar o controle de diretivas da União Europeia à luz dos elementos da identidade constitucional francesa. Ocorre que a despeito do esforço das partes envolvidas nos casos sustentarem a violação (ou não) aos elementos desta identidade constitucional, não é possível identificar, como no caso indiano[203], quaisquer elementos que tenham sabidamente sido reconhecidos como integrantes da identidade constitucional pelo Conselho.

O conceito de identidade constitucional também aparece na jurisprudência alemã, igualmente no contexto da relação entre o direito constitucional e o Direito comunitário europeu. O Tribunal Constitucional alemão, no entanto, tem vinculado a ideia de identidade constitucional ao artigo 79 (3) da Lei Fundamental de Bonn, dispositivo que estabelece as cláusulas pétreas naquele ordenamento. Assim afirmou a Corte alemã:[204]

> Do ponto de vista do princípio da democracia, a violação da identidade constitucional codificada no Artigo 79.3 da Lei Básica é, ao mesmo tempo, uma intromissão no poder constituinte do povo. A este respeito, o poder constituinte não concedeu aos representantes e órgãos do povo um mandato para dispor da identidade da Constituição. A nenhum órgão constitucional foi concedido o poder de alterar os princípios constitucionais que são essenciais nos termos do artigo 79.3 da Lei Fundamental.[205]

E mais, aprofundando a relação entre o Direito constitucional e o Direito europeu, afirmou a Corte que:

> É verdade que a Lei Básica confere poderes à legislatura para se envolver numa transferência de poderes soberanos para a União Europeia. No entanto, os poderes são concedidos sob a condição de que a soberania de um estado constitucional seja mantida com base em um programa de integração de acordo com o princípio de conferir e respeitar a identidade constitucional dos Estados-Membros e que, ao mesmo tempo, os

[203] A despeito da confusão teórica que envolve os julgados na Índia, alguns elementos tem sido reiteradamente afirmados por uma pluralidade de juízes como integrantes da estrutura básica da constituição, tais como o estado secular, a democracia, as liberdades, a supremacia da constituição (KRISHNASWAMY, Sudhir. **Democracy and Constitutionalism in India: A Study of the Basic Structure Doctrine**. [s.l.]: Oxford University Press, 2011.)
[204] ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão.**2 BvE 2/08**, julg. em 30 de Junho de 2009.
[205] ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão.**2 BvE 2/08**, julg. em 30 de Junho de 2009.

> Estados-Membros não percam a sua capacidade de moldar política e socialmente as condições de vida sob a sua própria responsabilidade. [206]

Nessa linha, e com base no princípio da kompetenz-kompetenz[207] a Corte alemã não tem se furtado a analisar a compatibilidade entre atos normativos europeus e a identidade constitucional que, em seu entendimento, é revelada pelas cláusulas pétreas da Lei Fundamental de Bonn. O próprio tribunal teceu uma distinção entre os conceitos de identidade nacional e identidade constitucional, para em seguida concluir por uma divisão de competências entre o Tribunal de Justiça Europeu e o Tribunal Constitucional Alemão.

> A análise de identidade realizada pelo Tribunal Constitucional Federal é fundamentalmente diferente da revisão do Art. 4 seg. 2 frase 1 TUE pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. [O art. 4] é baseado em um conceito de identidade nacional que não corresponde ao conceito de identidade constitucional dentro do significado da art. 79 (3) da Lei Fundamental, mas vai muito além.[208] Nesta base, o Tribunal de Justiça da União Europeia trata da proteção da identidade nacional, que é exigido de acordo com o art. 4 do TUE, enquanto "objetivo legítimo" que deve ser tido em conta quando os interesses legítimos são contrabalançados com os direitos conferidos pelo Direito da União (...). No entanto, como um interesse que pode ser equilibrado contra os outros, o respeito da identidade nacional que é exigido de acordo com o art. 4 seg. 2 frase 1 TEU não atende aos requisitos da proteção do conteúdo central da Lei Fundamental de acordo com o art. 79 seg. 3 GG, que pode não ser equilibrado com outros interesses legais. A proteção deste último é uma tarefa exclusiva do Tribunal Constitucional Federal. [209]

Monika Polzin[210] sumariza os discursos que envolvem o conceito de identidade constitucional no contexto europeu: (1) na discussão acerca da relação entre ordenamentos

---

[206] ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão.**2 BvE 2/08**, julg. em 30 de Junho de 2009.

[207] Ou seja, na regra pela qual cabe ao próprio Estado-membro definir sua competência para analisar violações à sua identidade constitucional. É o que decorre da afirmação feita pela corte no sentido de que: ..."cabe ao Tribunal Constitucional Federal determinar o conteúdo central inviolável da identidade constitucional e analisar se o ato (na interpretação determinada pelo Tribunal de Justiça) interfere nesse núcleo" (ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão. **2 BvR 2661/06**, julg. em 6 de Julho de 2010; ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão. **2 BvE 4/11**, julg. em 12 de Julho de 2012; ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão. 2 BvR 2728/13, julg. em 21 de Junho de 2016)

[208] Aqui, a Corte alemã faz referência ao julgado no caso C—208/2009, pelo Tribunal de Justiça Europeu, que reconheceu que a lei de abolição da aristocracia austríaca seria elemento da identidade nacional à luz da história constitucional austríaca. O fato é, contudo, que esta decisão não deixa clara a distinção entre identidade nacional e identidade constitucional para fins de controle do Tribunal de Justiça Europeu (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. **C—208/2009**, julg. em 22 de dezembro de 2010)

[209] ALEMANHA. Tribunal Constitucional Alemão**. 2 BvR 2728/13**, julg. em 21 de Junho de 2016.

[210] POLZIN, Monika, Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul, **German Law Journal**, v. 18, n. 7, p. 1595–1616, 2017.

constitucionais e o Direito internacional público (e seus órgãos), recorre-se à identidade constitucional como limite à interferência do Direito internacional sobre o Direito interno; (2) na discussão acerca dos limites materiais ao poder de emenda, Polzin identifica um discurso que se vale da identidade constitucional como proposição normativa; (3) no discurso da identidade constitucional como uma espécie de identidade coletiva especial, formada a partir da relação entre um povo ou nação e sua Constituição; e (4) na discussão envolvendo imigração, em que surge o discurso de que a formação da identidade constitucional de uma determinada coletividade é possibilitada, também, por certas políticas imigratórias.

Diferentemente do que ocorreu na Índia e na Colômbia, o debate europeu tem se centrado nos conflitos decorrentes do processo de integração da União Europeia. Também aqui se extraem contribuições normativas e institucionais para o tema da identidade constitucional. No primeiro sentido, prevalece a discussão acerca da hierarquia e dos limites de interferência de normas comunitárias sobre os elementos fundamentais de uma Constituição nacional. A pergunta posta é em que medida a identidade constitucional deve ser um limite às normativas europeias e, semelhante às discussões anteriores, quais elementos constituem tal identidade. No segundo sentido, suscita-se a questão acerca da competência para reconhecer eventuais interferências indevidas, quem tem a última palavra, afinal, sobre a hierarquia e limites da interferência comunitária sobre os Estados-membros e, mais, a quem cabe identificar os elementos caracterizadores de uma dada identidade constitucional?

2.2 **Identidade constitucional na teoria constitucional.**

2.2.1 A identidade constitucional em Carl Schmitt e a teoria dos limites implícitos do poder de reforma constitucional.

No campo teórico, uma primeira e influente formulação sobre o que se pode pensar como identidade constitucional é encontrada em Carl Schmitt – especialmente em sua Teoria da Constituição. Tratar de maneira abrangente do pensamento de Schmitt é tarefa hercúlea e que em muito fugiria ao tópico específico da identidade constitucional. o autor altamente controverso influenciou não só o campo do Direito constitucional, como também a

teoria do Direito, a ciência política e a filosofia desde a primeira metade do século XIX.[211] Não se pode deixar, contudo, de retomar algumas de suas principais premissas acerca da Constituição para, avançar sobre as contribuições específicas que trouxe para o tema da identidade constitucional.

Schmitt se colocou, ao longo das primeiras décadas do século XIX, em oposição ao modelo de positivismo jurídico neokantiano, especialmente como apresentado por Hans Kelsen. Ele tomava a separação entre o jurídico e o político e sociológico, como proposta por Kelsen, como um argumento insuficiente que levava na prática a um pensamento circular.[212] Isso porque em sua leitura não haveria como pensar a ordem jurídica fundada exclusivamente em normas. As normas não seriam, para o autor, autolegitimadas, nem capazes de conferir força autoritativa a elas mesmas. Em uma última análise, "a ordem jurídica, como toda ordem"[213] repousaria em uma decisão. Retomando a ideia de soberania e acolhendo conceitos fundamentais do pensamento de Hobbes, Schmitt adotou uma teoria decisionista do Direito que permeou seu pensamento constitucional. tal qual a ordem jurídica, também a Constituição, em Schmitt, é fruto de uma decisão política fundamental que é tomada por um poder. E fiando-se na formulação de Siéyès, Schmitt afirmou que este é o poder constituinte.[214]

E o que é esta decisão política fundamental? Trata-se, primeiro, de uma decisão tomada pelo soberano , que para Schmitt, é aquele capaz de decidir sobre a exceção,[215] ou seja, independentemente de sua decisão estar fundada em limites normativos ou institucionais. Em seu conteúdo, a decisão política fundamental instaura a unidade política e põe termo ao conflito existente em uma sociedade, criando fundamento para o ordenamento jurídico e estabelecendo sua nova condição de validade.

Ao conceber a Constituição como decisão política fundamental, Schmitt formula sua conhecida crítica à concepção normativista de Constituição, que a pensava em termos estritamente formais, Constituição como uma lei que é fundamento de validade do ordenamento jurídico e dotada de maior rigidez para sua alteração. Schmitt é incapaz de concordar com a formulação, e afirma que ela inverteria a ordem de pensamento adequada. É

---

[211] SEITZER, Jeffrey; THORNHILL, Christopher, An Introduction to Carl Schmitt's Constitutional Theory: Issues and Context, *in*: **Constitutional Theory**, [s.l.]: Duke University Press, 2008, p. 1–50.
[212] SCHMITT, Carl; VILLACAÑAS BERLANGA, José Luis; CONDE, Francisco Javier; *et al*. **Teología política**. Barcelona: Trotta, 2009.
[213] *Ibid*.
[214] *Ibid*.
[215] *Ibid*.

que, segundo o autor, a concepção formal de Constituição enquanto norma escrita codificada dotada de rigidez ignora que a Constituição tem natureza fundamental enquanto uma unidade. Dito de outra forma, a concepção formal trata a Constituição como fundamental *porque* ela é uma norma escrita dotada de maior rigidez; no lugar de entender, como pensa ser correto, que *porque* a Constituição é fundamental, ela será dotada de maior rigidez.[216] Schmitt acredita que, na visão positivista, a Constituição – que deveria ser tomada como unidade, como decisão política fundamental – seria reduzida às particularidades transferidas para a o texto constitucional (sem que tenham caráter fundamental) como forma de entrincheirar posições e interesses.

Disso decorre a conhecida distinção conceitual que Schmitt tece entre Constituição (enquanto unidade, enquanto decisão política fundamental) e leis constitucionais (enquanto particularidades, aquelas normas inseridas no texto escrito, cuja alteração exige procedimento qualificado, mas que não tem conteúdo fundamental)[217]. Se a Constituição (e não as leis constitucionais), adotada pelo Poder Constituinte, contém a "totalidade da unidade política considerada em sua particular forma de existência"[218], surge aí uma primeira formulação relevante para fins de pensar o conceito de identidade constitucional. Pois dizer o que caracteriza uma dada Constituição implica precisamente extrair os traços caracterizadores de tal decisão fundamental.[219] Na expressão de Schmitt, as decisões políticas fundamentais "denunciam a forma política de ser do povo alemão e formam o pressuposto básico para todas as normativas ulteriores, incluindo as leis constitucionais"[220] .

Não se pode ignorar que a teoria jurídica contemporânea há muito superou a tese de que se poderia hierarquizar, do ponto de vista jurídico-formal, normas constitucionais (ao menos as normas constitucionais originárias).[221] Isso não exclui o acerto de Schmitt em, afastando-se da análise puramente formal e jurídica, identificar que as previsões

---

[216] Schmitt prossegue: "Caso se queira obter o conceito formal de Constituição dos requisitos para a reforma de uma prescrição legal-constitucional, se confunde o poder constituinte do Povo alemão com as faculdades que o Reichstag, o Reichrat ou o corpo eleitoral receberam no artigo 76 [da Constituição de Weimar]" (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.)

[217] *Ibid*.

[218] *Ibid*.

[219] No caso da Constituição de Weimar, Schmitt identificara como elementos da decisão política fundamental. a escolha pela democracia, pela república, pelo federalismo, pelo parlamentarismo e pelo Estado burguês de direito e seus princípios. E disso extraiu que "se caracteriza o Reich alemão da Constituição de Weimar como uma democracia constitucional, ou seja, como um Estado burguês de direito na forma política de uma República democrática com estrutura federal" *Ibid*..

[220] *Ibid*.

[221]SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio, **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012..

constitucionais, já em seu tempo, podem tratar de assuntos tidos por menos nucleares para a formação política e social de uma comunidade, mas também pode tratar de assuntos propriamente constitutivos[222] da unidade política estatal.[223] É nessa linha que Schmitt afirma que ao jurar-se lealdade à Constituição, um indivíduo não se vincula às particularidades da lei constitucional, mas sim à própria forma de existência política expressada pela Constituição.[224]

Mesmo as constituições modernas parecem reconhecer essa importante distinção entre Constituição e leis constitucionais ao expressamente elencar seus princípios fundamentais ou mesmo normas constitucionais que não são passíveis de alteração dada sua relevância para o sistema.[225] Partindo da teoria do poder constituinte, Schmitt afirma que, sendo a Constituição a decisão política fundamental tomada por este poder, então ela não estará sujeita (como estão as meras leis constitucionais) a procedimentos de reforma que possam suprimi-la ou substituí-la.[226]

Nisso repousa a relevância do pensamento de Schmitt para o conceito de identidade constitucional. Não só porque sua concepção de Constituição envolve uma consideração material – a Constituição como representação de uma certa unidade política do Estado – como também porque este aspecto substantivo da Constituição gera efeitos sobre as próprias transformações que são possíveis, inclusive juridicamente, dentro de um ordenamento constitucional estabelecido. Schmitt trata disso quando discorre acerca dos limites da faculdade de reforma, no constitucionalismo de Weimar:

---

[222] Schmitt provavelmente discordaria de que a Constituição traz elementos constitutivos da unidade estatal, na medida em que pensa o texto constitucional como consequência e representação de tal unidade, cf. SCHMITT, Carl; VILLACAÑAS BERLANGA, José Luis; CONDE, Francisco Javier; *et al*. **Teología política**. Barcelona: Trotta, 2009.

[223] Isso não significa hierarquizar normativamente normas constitucionais, mas reconhecer que determinadas normas podem exercer funções mais fundamentais no ordenamento. No caso brasileiro, são exemplos disso os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil – notadamente a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CRFB/1988, Artigo 1º), cf. BARROSO, Luis Roberto, O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, *in*: **Temas de Direitos Constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. III.

[224] Esta vinculação também não se dá, tampouco, com o procedimento de reforma da Constituição estabelecido no texto. Como afirma Schmitt, o juramento à Constituição "não significa um juramento de cada uma das distintas normas da lei constitucional, muito menos significa um (imoral) juramento em branco que se relacionaria com o procedimento de reforma e envolveria conformidade e submissão a tudo o que se estabelecesse por meio do art. 76. Não se pode jurar ao procedimento de reforma. O singular e específico do juramento consiste em que, o que jura, se vincula existencialmente com sua pessoa; o juramento à Constituição é uma vinculação desse tipo quanto à forma de existência política" (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992, p. 51)

[225] ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers**. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017.

[226] "O Reich alemão não pode ser transformado em uma Monarquia absoluta ou em uma República soviética por maioria de dois terços do Reichstag", cf. SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992

> Os limites da faculdade de reformar a Constituição resultam do bem entendido conceito de reforma constitucional. Uma faculdade de 'reformar a Constituição' atribuída por norma legal-constitucional, significa que uma ou várias regulações legais-constitucionais podem ser substituídas por outras regulações legais-constitucionais, mas apenas sob o pressuposto de que continuam garantidas a identidade e continuidade da Constituição considerada como um todo. A faculdade de reformar a Constituição contém tão somente a faculdade de praticar, nas prescrições legais-constitucionais, reformas, adições, refundações, supressões, etc.; mas mantendo a Constituição não a faculdade de dar uma nova Constituição, nem tampouco a de reformar, alargar ou substituir por outro o próprio fundamento desta competência de revisão constitucional...[227]

Observem que a identidade e continuidade da Constituição operam, para Schmitt, como limite à atuação do constituinte reformador. que não pode, novamente com base na teoria do poder constituinte, substituir a decisão política fundamental tomada pelo constituinte originário. "Uma reforma constitucional que transforme um Estado baseado no princípio monárquico em um dominado pelo Poder constituinte do povo não é em nenhum caso constitucional",[228] visto que "Isso não seria reforma da Constituição, senão destruição da mesma". E, para Schmitt, a reforma constitucional (ou seja, a mudança na Constituição pelas vias estabelecidas no texto constitucional) não permite sua destruição, sua supressão, sua suspensão ou sua quebra.[229]

Dois aspectos devem ser destacados a partir dessa exposição do pensamento de Schmitt. Primeiro, que ele sustentou a impossibilidade de se valer das regras constitucionais de reforma para desnaturar a identidade e continuidade da Constituição enquanto decisão política fundamental. Não há razão para crer, contudo, que esta tese seria aplicável apenas aos mecanismos de reforma constitucional.

O pensamento de Schmitt antecede formulações que serão vistas com maior profundidade no Capítulo 4.1.1, como a teoria da democracia dualista de Bruce Ackerman

---

[227] *Ibid*.
[228] *Ibid*.
[229] Para Schmitt, a destruição da Constituição se dá quando os órgãos competentes para a reforma da constituição pretendem substituir as decisões políticas fundamentais representadas pela Constituição. A supressão ocorre, por sua vez, quando o mesmo titular do Poder Constituinte pretenda se valer da reforma para alterar tais decisões políticas fundamentais (por exemplo, criando uma nova Constituição). A quebra e a suspensão da Constituição ocorrem, por fim, quando disposições específicas (quebra) ou todas as leis constitucionais (suspensão) têm sua vigência temporalmente afastada *Ibid*..

que desenvolve uma formulação sobre as mutações constitucionais[230], reconhecendo a possibilidade de uma Constituição sofrer mudanças substanciais que não se operam por meio da reforma, mas por outros mecanismos sociais e institucionais. Se tais teorias podem ser acolhidas para pensar as transformações de uma identidade constitucional, é necessário alargar a tese básica de Schmitt acerca dos limites ao poder de emenda não só para afirmar que uma Constituição não pode ser destruída por uma emenda, como também para afirmar que uma Constituição– ou melhor, a identidade constitucional – não pode ser destruída pelos mecanismos e instituições que são dados pela própria Constituição e que a seus limites se submetem.[231]

De outro lado, só é possível entender o que seria uma destruição da Constituição interpretando qual é a decisão política fundamental que ela representa. E é nesta esfera que opera o conceito de identidade constitucional, que extrai do texto, da sociedade e das práticas constitucionais os acordos e projetos básicos estabelecidos pelo constituinte. Decorre disso que, normativamente, a identidade constitucional enquanto conceito (1) representa discursivamente as decisões políticas fundamentais que consubstanciam uma Constituição e que constituem uma unidade política; e (2) uma vez definida, estabelece limites para os órgãos constituídos, impedindo que a Constituição seja destruída por dentro.

O segundo aspecto que merece destaque é que o conceito de identidade constitucional, como surge a partir da teoria da Constituição, situa-se no cerne de uma teoria de limites implícitos ao poder de reforma constitucional. Lembrando que a Constituição de Weimar não conhecia cláusulas pétreas. De tal modo que quando Schmitt sustenta a limitação do poder de reforma com fundamento na teoria do poder constituinte, na sua teoria constitucional decisionista e na proteção da identidade e continuidade constitucionais, o que o autor propunha era a limitação de todo órgão que não fosse dotado do poder constituinte originário.

---

[230] ACKERMAN, Bruce, **We the people: foundations**, Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

[231] A ressalva final acerca da submissão dos mecanismos e instituições à Constituição é relevante pois, como identificado por Schmitt, a ordem jurídica pode, representando a decisão política fundamental, prever o caso excepcional de sua própria suspensão. É certo que a tese, como aplicada por Schmitt, veio para legitimar a ascensão política do pensamento nazifascista na Europa e mesmo no Brasil, por importação de Francisco Campos. Mas vista sob uma perspectiva não autoritária, é considerando a possibilidade de a própria Constituição reconhecer a autoridade constituinte originária, não na equivocada figura do chefe do executivo, como fez Schmitt, que se viabiliza o avanço de modelos constitucionais como o colombiano, capazes de criar válvulas de escape para mudanças substanciais nos projetos constitucionais de uma dada sociedade, cf. COLÓN-RÍOS, Joel. **Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power**. 1. ed. [s.l.]: Routledge, 2012.

A teoria dos limites implícitos ao poder de emenda é recorrentemente atribuída, de fato, ao pensamento alemão desde Schmitt. E no contexto do pós-guerra, é retomada por autores como Otto Bachof, Karl Loewenstein e Dietrich Conrad – a obra deste último tendo influenciado diretamente a teoria da estrutura básica indiana.

Em Bachof, a teoria dos limites implícitos pode ser extraída de sua análise acerca das chamadas "normas constitucionais inconstitucionais"[232]. Entre as diversas hipóteses de normas inconstitucionais pensadas pelo autor, duas merecem destaque, a norma inconstitucional por violação aos "princípios constitutivos não escritos" e por violação ao "Direito supralegal". Para Bachof, os princípios constitutivos, de que seria exemplo o Estado Federal, não estariam a disposição do poder constituído, de tal modo que – seguindo expressamente a lição de Schmitt – o autor conclui que eles não poderiam ser modificados pelo caminho da revisão prevista na Constituição.[233] Bachof também cogita da inconstitucionalidade de uma norma constitucional que viole o chamado Direito supralegal (ou suprapositivo ou mesmo o Direito natural) positivado na Constituição. Aqui, o autor sustenta uma limitação da validade de normas constitucionais que não encontra amparo no texto constitucional, e sim em considerações acerca da eticidade do Direito.[234]

Se por um lado em Bachof é pouco clara a fundamentação de sua teoria acerca da invalidade de normas violadoras de princípios constitutivos de do Direito supralegal, será em Loewenstein que, retomando Bachof, uma teoria da limitação implícita ao poder constituído é aprofundada. E Loewenstein, mais radicalmente que Bachof, pensa os chamados limites imanentes à reforma constitucional a partir de um "renascimento do Direito natural, empreendido como defesa diante do positivismo jurídico"[235]. Para Loewenstein, os limites implícitos à atuação dos poderes constituídos gravitam especialmente em torno da proteção dos direitos fundamentais, pensados pelo autor como direitos naturais da pessoa humana.

Uma teoria de limites implícitos que se distancia de considerações de cunho jusnaturalista ou mesmo metafísico é encontrada no pensamento de Dietrich Conrad, que lançou as bases para a teoria da estrutura básica indiana. No lugar de se perguntar acerca da

---

[232] BACHOF, Otto, **Normas constitucionais inconstitucionais?**, Reimpr. Coimbra: Livr. Almedina, 1994.

[233] O argumento careceu, no entanto, de maior aprofundamento. É que o exemplo usado por Bachof para tratar da violação a princípios constitutivos – o Estado Federal – é também um limite expresso do poder de emenda previsto no art. 79, (3), da Lei Fundamental de Bonn. Bachof tenta contornar a aparente escolha inadequada do exemplo cogitando de uma legislação que afete a Federação em sua unidade, a despeito de formalmente mantê-la intacta. Seja como for, não está claro que o autor tenha neste ponto pensado os limites implícitos como aqui analisados. Cf. *Ibid*.

[234] *Ibid*.

[235] LOEWENSTEIN, Karl, **Teoría de la constitucion**, Barcelona; Caracas; México: Ariel, 1979.

existência de direitos ou normas supraconstitucionais que condicionariam toda Constituição e reforma constitucional, Conrad fixou sua análise acerca dos limites do poder de reforma a partir de duas premissas básicas lançadas por Schmitt: a distinção[236] entre poder constituinte e poder constituído[237] e o princípio de estabilidade (ou de continuidade) que rege o ordenamento jurídico constitucional. [238] A partir disso, o autor formulou duas proposições acerca das limitações ao poder de emenda , a proibição da destruição da Constituição por meio, (1) de uma emenda que busque remover as características essenciais (mudar a estrutura básica) da Constituição ou (2) do uso da forma da emenda para diretamente desconsiderar as limitações previstas na Constituição ou a separação de poderes nela exposta.[239]. Visto que que em Conrad, já se pode falar de uma análise da identidade constitucional como aqui trabalhada, precisamente porque o autor dialoga diretamente com a teoria indiana da estrutura básica da Constituição. E tendo seu pensamento histórica e geograficamente situado, o autor conclui que (1) o controle judicial de emendas é possível com base na estrutura básica da Constituição, mas deve considerar que, salvo quando a Constituição é expressa no sentido de prever limitações à sua reforma, presume-se amplo o poder do legislador para editar emendas constitucionais. E (2) que a ideia de estrutura básica da Constituição é de fato vaga, o que não deve ser visto como um demérito, e sim como uma "benção disfarçada" que encoraja a construção e a inovação, seja pelo legislativo, seja pelo judiciário.

Também na linha da análise dos limites implícitos ao poder de emenda, Yaniv Roznai propõe uma abordagem que denominou "estruturalismo fundacional". Seguindo as formulações doutrinárias e jurisprudenciais de países como a Índia, a Colômbia e outros, o autor sustenta que o poder constituinte derivado não pode usar de seu poder de emenda para

---

[236] Na mesma linha do sustentado por Schmitt, Conrad vislumbra a possibilidade da Constituição, pelo processo de reforma, incorporar o próprio poder constituinte. Exemplo disso seria, em sua leitura, os mecanismos de participação popular no processo de emenda (como a iniciativa popular). Em contraposição, para Conrad os mecanismos de reforma da Constituição indiana e da Constituição alemã não incorporam o poder constituinte, mas meramente consistem em "procedimentos legislativos especiais de aplicação mais técnica e limitada", cf. CONRAD, Dietrich. Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power. **The Indian yearbook of international affairs**, p. 375–430, 1970.

[237] Diferente de Schmitt, no entanto, Conrad adverte para os riscos de uma teoria do poder constituinte subteorizada e que seja capaz de atribuir, como Schmitt sustentara, o poder para criar uma nova Constituição a qualquer indivíduo ou grupo que o exerça sem contestação, cf. *Ibid*..

[238] Em realidade, Conrad identifica uma tensão entre a continuidade e a mudança, o durável e o momentâneo. Nas palavras do autor "se pode parecer contestável, 'revolucionário' no sentido polêmico do termo, submeter o durável ao momentâneo, pode parecer igualmente questionável submeter a razão viva da geração presente à razão morta do passado", cf. *Ibid*.

[239] CONRAD, Dietrich, Constituent Power, Amendment and Basic Structure of the Constitution: A Critical Reconsideration, **Delhi Law Review**, v. 6–7, p. 1–24, 1977.

destruir a Constituição ou seus princípios básicos. Nessa linha, Roznai sustenta que, segundo o estruturalismo fundacional:

> (...) Constituições não são meramente instrumentos de empoderamento e restrição ou mapas do poder que refletem a distribuição do poder político em uma comunidade política. Elas refletem certos princípios político-filosóficos básicos, que formam a substância fundacional da Constituição, sua essência ou espírito. A Constituição é estruturada sobre estes princípios e não é mais a mesma sem eles. A destruição do núcleo constitucional leva à destruição da Constituição por inteiro, ainda que dispositivos constitucionais específicos continuem sendo válidos. [240]

Ainda que alguns dos principais elementos de um conceito teórico de identidade constitucional remetam a Schmitt, foi nos últimos 15 (quinze) anos que o conceito foi retomado de maneira expressa e mais incisiva, especialmente no debate norte-americano.[241]

Antes de passar a essa análise, no entanto, não se pode ignorar que a teoria de Schmitt acerca da identidade constitucional foi expressamente acolhida e desenvolvida por um dos principais representantes do pensamento schmittiano no Brasil: Francisco Campos. Assim como a contribuição de Schmitt para o pensamento jurídico nazifascista não pode ser ignorada, uma nota prévia se faz essencial sobre Campos. Afinal, foi Campos o autor da Constituição de 1937, que consolidou a ditadura do Estado Novo, e dos Atos Institucionais números 1 e 2 – que buscavam dar ares de legitimidade jurídica ao golpe de 1964.[242] Em Campos se identificam, ainda, traços essenciais do pensamento de Schmitt, como a ideia de Constituição como decisão política fundamental;[243] e a aversão à democracia liberal,[244] ao pluralismo político,[245] e ao positivismo jurídico[246].

---

[240]ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers**. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017.

[241] É certo que desde a década de 1990, a ideia de identidade constitucional não deixou de ser objeto de estudos constantes na Europa, em razão da necessidade de integração entre direito nacional e direito comunitário. A teorização proposta por Jacobsohn e Rosenfeld acerca da identidade constitucional como conceito é, contudo, mais profunda e abrangente do que os debates específicos desenvolvidos por diferentes autores no contexto da União Europeia. E por dialogarem diretamente com a teoria de Carl Schmitt, a despeito de nele não encontrarem todos os seus fundamentos, tanto Rosenfeld quanto Jacobsohm merecem destaque nesta análise. Autores europeus serão retomados adiante, na medida em que avançar a proposta de reconstrução do conceito.

[242] SANTOS, Rogerio Dultra dos, Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil, **Dados**, v. 50, n. 2, p. 281–323, 2007. p. 32.

[243] CAMPOS, Francisco, Poder de Emenda: Reforma Agrária, **Bahia Forense: Legislação, Doutrina, Jurisprudência**, v. 5, n. Jun.-Dez., p. 24–35, 1967.

[244] Não à "democracia" como termo. O próprio Campos diziaque a Constituição de 1937 era "profundamente democrática". A democracia, segundo Campos, é fundada na autoridade. Daí sua afirmação de que o século XX

O tema da identidade constitucional e dos limites implícitos ao poder de emenda surge em Campos em artigo publicado em 1967, no qual se opunha à emenda à Constituição de 1946 que estabeleceria a reforma agrária.[247] Lembre-se, neste sentido, que a Constituição de 1946, em seu artigo 217, §6º, deixava a salvo de emendas constitucionais apenas "os projetos tendentes a abolir a Federação ou a República". Campos, contudo, ferrenho opositor à proposta de reforma agrária que tramitava no Congresso, apresenta seus argumentos para sustentar que os direitos fundamentais previstos na Constituição seriam, eles mesmos, parte dos princípios fundamentais, estrutura e identidade da Constituição. Sendo o direito de propriedade parte do rol de direitos fundamentais reconhecidos pela Carta de 1946, concluiu o autor, então a reforma agrária pretendida pelo Governo e pelo Congresso violaria os limites implícitos do poder de emenda.

De modo semelhante ao que aconteceu no Direito comparado e em diversas formulações teóricas, Campos iniciou seu estudo buscando distinguir entre reforma constitucional e emenda constitucional. Apesar de reconhecer que, na doutrina nacional, reforma e emenda são tratadas no mesmo campo semântico, Campos sustentara que o poder de reforma daria uma ideia de "amplitude e generalidade", de tal modo que uma reforma da Constituição, propriamente dita, permitiria "desfigurar sua fisionomia, alterar o destino ou a

---

inverteria o conceito de democracia, de modo que "o problema constitucional não seria mais o de definir negativamente a espera da liberdade individual, mas o de organizar o poder ao serviço dos novos ideais da vida", de modo que "na declaração de direitos, a parte negativa tenderia cada vez mais a restringir-se, ao mesmo tempo que o conceito do poder ou do estado assumiria outra significação" (CAMPOS, Francisco, **O Estado Nacional e suas diretrizes**, [s.l.]: Imprensa nacional, 1937. p. 57).

[245] "É, aliás, o resultado infalível das democracias de partidos, que nada mais são virtualmente do que a guerra civil organizada e codificada. Não pode existir disciplina e trabalho construtivo num sistema que, na escala dos valores políticos, subordina os superiores aos inferiores e o interesse do Estado às competições de grupos" (*Ibid*. p. 43).

[246] O autor atribuiu ao positivismo jurídico, assim, "a crescente insensibilidade ao direito como valor transcendente" (CAMPOS, Francisco, Poder de Emenda: Reforma Agrária, **Bahia Forense: Legislação, Doutrina, Jurisprudência**, v. 5, n. Jun.-Dez . p. 30).

[247] Campos não esclarece, em seu artigo, a que proposta de emenda se refere. Seria possível supor tratar-se da Emenda Constitucional n. 10 de 1964, que estabeleceu o projeto de reforma agrária proposto na ditadura militar, cf. CUNHA FILHO, Sergio de Britto, **A Constituição de 1988 e a diminuição do poder estatal de desapropriar os imóveis rurais para fins de reforma agrária**, Mestrado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RIO, Rio de Janeiro, Brazil, 2007. O artigo trata da proposta de emenda, no entanto, como se não houvesse ainda sido aprovada. Considerando que o artigo foi publicado em 1967 e a emenda referida foi promulgada em 1964, presumir tratar-se do mesmo projeto pode ser equivocado. Contra essa perspectiva, no entanto, note-se que Campos em diversas passagens se refere ao direito de propriedade sem qualquer referência às inovações trazidas pela Emenda Constitucional n. 10 de 1964, o que milita em favor de crer-se que o projeto criticado seria precisamente o que deu origem à emenda. Em paralelo, note-se que a publicação do periódico em que apresentado o artigo se deu já após a promulgação da Constituição de 1967 – a despeito de o artigo expressamente tratar do regime de 1946. O fato é que não se pretende, aqui, analisar o acerto dos argumentos de substância colocados por Campos, de modo que é possível avançar ainda que haja imprecisão quanto à data exata em que Campos escreve sua teorização.

significação das suas partes, ainda as essenciais". De outro lado, o conceito de emenda teria "conotações limitadas e mais modestas"[248]. Entre a reforma e a emenda o autor vislumbrou "uma distância nas dimensões do sentido de uma e de outra", de tal modo que, diferentemente da reforma, "as emendas constitucionais não podem alterar e muito menos mudar o sistema e o espírito da Constituição". Ou seja, aquilo que "é essencial à sua natureza ou ao seu conteúdo", incluindo, mas não se limitando às cláusulas pétreas.[249]

Seguindo Schmitt, Campos sustenta que o poder de emenda está limitado à edição do que o autor alemão identificara como leis constitucionais , mas jamais o poder de emenda englobaria o poder constituinte (poder de reforma), a permitir alterações na unidade e continuidade da Constituição. Unidade, continuidade e identidade são conceitos, reiteradamente utilizados por Campos para diferenciar entre uma verdadeira emenda e uma ilegítima reforma conduzida pelo Congresso. Assim afirmou o autor:

> (...) O fato de conferir ao Congresso o poder de emenda-la não pode ter o sentido de que a Constituição pretendeu, com isto, anular-se a si própria, entregar-se à discricionariedade do Congresso, facilitando-lhe a alteração da sua identidade ou o arbítrio de quebrar a unidade e a continuidade que são características necessárias da Constituição, seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista material.[250]

Nessa linha, prosseguiu o baluarte do constitucionalismo antiliberal brasileiro[251] para afirmar que os direitos fundamentais estariam inseridos nesta própria ideia da identidade da Constituição de 1946. Em sua leitura sobre a "atmosfera de 1946", o autor afirmou que:

> A Constituinte de 1946, obedecendo neste ponto à decisão popular, tomou como ponto central da planificação constitucional o polo oposto ao da Constituição de 1937. Se esta planificara a matéria constitucional em torno do Poder, a de 1946 tomou como ponto de referência ou para eixo da sua planificação o que, nas relações de tensão que constituem a substância da realidade política, se opõe ao Poder, ou assume para com este a atitude de oposição ou de protesto, reivindicando para si a função de controlar o Poder, ao invés de ser por ele controlado. A Constituição

---

[248] CAMPOS, Francisco, Poder de Emenda: Reforma Agrária, **Bahia Forense: Legislação, Doutrina, Jurisprudência**, v. 5, n. Jun.-Dez . p. 24.

[249] Ou, nas palavras de Campos, "as cautelar e os meios que, tornando-os explícitos, a Constituição, por isto mesmo, considera como substanciais à efetivação daquelas garantias" (*Ibid*. p. 26)

[250] *Ibid*.

[251] SANTOS, Rogerio Dultra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. **Dados**, v. 50, n. 2, p. 281–323, 2007.

> de 1946 optou como não poderia deixar de fazê-lo por uma concepção ou por um sistema constitucional oposto ao de 1937. Se neste a posição central ou dominante cabia ao Poder, no sistema de 1946 a liberdade passou a constituir o centro de gravitação da matéria constitucional.[252]

De tal modo que a violação de um ou outro direito fundamental – por emenda ou de outro modo – "incidiria ou repercutiria sobre o conjunto ou a totalidade sistemática" da Constituição.[253] E, décadas após afirmar que em Hitler estaria a representação de como sociedades contemporâneas tomam suas decisões políticas fundamentais[254], Campos alerta para o risco de sucumbir ao destino da Constituição de Weimar que foi destruída pelo "assalto hitlerista, dentre outros motivos, pela razão de haver admitido várias exceções aos direitos fundamentais".[255]

Não cabe salientar as incongruências entre os argumentos formulados por Campos sobre a identidade constitucional contra a reforma agrária e a biografia de um jurista reconhecidamente vinculado à tradição autoritária e antidemocrática brasileira. [256] O fato de Schmitt e Campos valerem-se da ideia de identidade constitucional para avançar tais projetos contrários, seja à democracia, seja ao avanço de certas concepções de direitos fundamentais, deverão ser devidamente analisados quando da ponderação acerca dos riscos de uma teoria como a aqui será apresentada. Por ora, vale a nota de que, no Brasil, já de acordo com Campos se encontrava uma síntese do pensamento schmittiano acerca da identidade constitucional como limite ao poder constituinte.

A identidade constitucional como limite às transformações (formais ou informais) da Constituição, como imperativo de continuidade da comunidade política, como representação do espírito constitucional vigente não só reverbera a teoria constitucional com a qual Campos se depara nos anos 60, como também os desenvolvimentos jurisprudenciais já analisados anteriormente. Cumpre avançar para a análise de como teorias desse tipo, muitas retomando esses conceitos-chave – têm sido formuladas mais recentemente.

---

[252] CAMPOS, Francisco, Poder de Emenda: Reforma Agrária, **Bahia Forense: Legislação, Doutrina, Jurisprudência**, v. 5, n. Jun.-Dez . p. 32.
[253] *Ibid*.
[254] CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional e suas diretrizes**. [s.l.]: Imprensa nacional, 1937.
[255]CAMPOS, Francisco, Poder de Emenda: Reforma Agrária, **Bahia Forense: Legislação, Doutrina, Jurisprudência**, v. 5, n. Jun.-Dez . p. 30.
[256] SANTOS, Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. CAMPOS, Francisco, Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo, **Locus**, v. 13, n. 2, p. 31–48, 2007.

2.2.2 Formulações contemporâneas sobre a identidade constitucional.

Teorias mais recentes acerca da identidade constitucional se afastaram das preocupações normativas, centrais em Carl Schmitt e no debate alemão – notadamente, a discussão sobre poder constituinte e limites ao poder de reforma constitucional, para analisar o conceito em perspectiva teórica e filosófica. Centrados nas questões "o que é a identidade constitucional?" e "qual é a função da identidade constitucional", dois autores se destacaram nos últimos (quinze anos propondo soluções que, a despeito de caminhar em sentidos semelhantes, partem de premissas teóricas e desenvolvem conceitos distintos: Gary J. Jacobsohn e Michel Rosenfeld.

Professor de Direito constitucional e de Direito comparado na Universidade do Texas, Gary J. Jacobsohn[257] elabora uma teoria da identidade constitucional partindo especialmente do pensamento Edmund Burke e analisando as experiências constitucionais da Irlanda, Índia e Israel. Em Burke, Jacobsohn identifica o que chamou de uma compreensão em duas-etapas acerca da identidade constitucional.[258] Em uma primeira etapa, a identidade constitucional diz respeito a certos elementos essenciais para que se possa falar em governo constitucional.[259] Em uma segunda etapa, a identidade constitucional diz respeito ao contexto específico de uma dada sociedade – a chamada Constituição prescritiva.[260]

É preciso destacar que Jacobsohn parece acolher a proposição de Hannah Pitkin no sentido de que uma Constituição "não é algo que temos ou somos, mas algo que fazemos"[261]. E nessa linha, o autor trabalha a Constituição, em termos burkeanos, não como uma obra de uma pessoa ou grupo em determinado momento. Pelo contrário, a Constituição se revelaria ao longo do tempo, incorporando as histórias e circunstâncias únicas de uma nação. [262] É desse passado que Jacobsohn extrai, seguindo Burke, a ideia de Constituição

---

[257] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.
[258] *Ibid*.
[259] Este é o sentido adotado por J. J. Gomes Canotilho quando trata da identidade constitucional como "um mínimo de conteúdo constitucional (...) capaz de corresponder às 'expectativas de prestação' que os homens anseiam ver num contrato fundacional" (GOMES CANOTILHO, José Joaquim, **Direito constitucional**, 6. ed. rev. Coimbra: Livr. Almedina, 1993. p. 106-107). Daí que Canotilho trata da identidade constitucional no sentido aqui atribuído à ideia de identidade do constitucionalismo – listando o respeito a direitos fundamentais, a estrutura dos poderes e o programa constitucional.
[260] Já este é o sentido analisado por Canotilho ao falar em "identidade da constituição", que o autor trata na perspectiva dos princípios de conteúdo inalterável do texto constitucional (*Ibid*.p. 148).
[261] PITIKIN, H. F. Idea of a Constitution, The. J. Legal Educ., 37, 1987, 167.
[262] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

prescritiva. [263] Prescrição, na obra do autor, diz respeito à presunção relativa que milita em favor das práticas e estruturas constitucionais existentes em detrimento de experiências constitucionais não tentadas. Inerente ao conceito burkeano de prescrição encontra-se a ideia de continuidade.[264] Uma Constituição pode, em termos burkeanos, mudar ao longo do tempo. Mais que isso, Jacobsohn sustenta com Burke que o progresso das sociedades seria um fato natural. Jacobsohn alerta que a prescrição não envolve uma preferência absoluta pelo passado, mas sim uma presunção em favor de práticas consolidadas. [265] E a continuidade diz respeito precisamente àqueles elementos que permanecem ao longo do tempo, a despeito das mudanças sofridas pela sociedade. Em termos de identidade constitucional o problema da mudança constitucional não é que ela seja extrema, mas que seu conteúdo em si afete esses elementos de permanência – a Constituição prescritiva – que vinculam aspirações do passado às transformações do futuro.[266]

Se por um lado a prescrição aponta em um sentido de conservação e estabilidade para a identidade constitucional, por outro Jacobsohn identifica um segundo elemento da identidade constitucional que abre o conceito para a mudança: a chamada desarmonia constitucional. [267]Para Jacobsohn, ainda que em graus distintos, as Constituições são dotadas de uma condição natural de desarmonia que se revela tanto interna quanto externamente. Internamente, a desarmonia diz respeito às incoerências intrínsecas ao texto constitucional que por vezes representa interesses e posições antagônicas ou aparentemente inconciliáveis. [268] Externamente, a desarmonia constitucional consiste nas distâncias existentes entre um dado projeto constitucional e a realidade de uma dada sociedade.[269] E como adequadamente apontado por Michel Rosenfeld, para Jacobsohn a identidade

---

[263] *Ibid*.
[264] O problema em trabalhar o conceito de continuidade é que ele envolve decisões do observador acerca de sua natureza. O exemplo dado por Barth é eloquente a este respeito: Imagine uma situação em que você se encontra olhando para um aquário e você observa um peixe. Um momento depois você se vê olhando para um carangueijo no mesmo lugar em que estava o peixe. Se você se pergunta como ele ganhou garras no lugar de barbatanas, você está presumindo um certo tipo de continuidade: esse é o mesmo corpo, e ele mudou sua forma. Se, de outro lado, você diz para si mesmo que esse é o mesmo aquário, você está especificando outro tipo de continuidade, presumindo um conjunto de limitações que leva você a formular outras hipóteses sobre a dinâmica da mudança nessa situação" (BARTH, Fredrik, **Process and form in social life.**, London: Routledge & Kegan Paul, 1981. p. 111). Um dos principais papeis da narrativa acerca da identidade constitucional é precisamente o de definir os limites da continuidade constitucional – no caso, uma continuidade que vai além do texto e perpassa um argumento sobre as estruturas básicas do ordenamento constitucional.
[265]JACOBSOHN, *op cit.*
[266] *Ibid*.
[267] *Ibid*.
[268] *Ibid*.
[269] *Ibid*.

constitucional é o mecanismo pelo qual se podem superar dialogicamente as desarmonias constitucionais, ora promovendo a maior harmonia constitucional, ora promovendo a maior desarmonia.[270]

Com isso, Jacobsohn chega à sua definição de identidade constitucional como um misto de aspirações e compromissos expressivos do passado de uma nação. [271] É o passado que constitui a identidade constitucional, mas com uma aspiração futura que torna a identidade constitucional mutável. [272] E onde o constitucionalismo se solidificou em tradição escrita, Jacobsohn sustenta que o texto funciona como ponto de partida da identidade constitucional: ele pode estabelecer os elementos fundamentais eleitos por uma dada sociedade, mas apenas através da prática acumulada pela comunidade constitucional é que esta identidade poderá ser realizada.[273]

Ainda quanto ao conceito em si de identidade constitucional, Jacobsohn soma duas relevantes contribuições. Em primeiro lugar, Jacobsohn se afasta da já mencionada proposição de Laurence Tribe no sentido de que a identidade constitucional poderia dar abertura a um subjetivismo exacerbado capaz de justificar toda e qualquer decisão constitucional. Neste sentido, o autor trabalha a ideia do conteúdo aspiracional das constituições. [274] Para Jacobsohn, apesar da Constituição poder surgir em um contexto de pluralismo em que grupos distintos têm compreensões conflitantes acerca de qual é a identidade de uma dada Constituição, isso não significa que a Constituição em si possa avalizar toda e qualquer narrativa construída acerca de sua identidade. Em realidade, diz o autor, as Constituições trazem em si conteúdos aspiracionais – por exemplo, a efetivação do princípio da igualdade – que servem de parâmetro normativo para legitimar ou deslegitimar as leituras que se fazem sobre sua identidade. Tratando do equívoco na conclusão do famoso caso Dred Scott julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos[275], prossegue o autor:

> Ao declarar que pessoas de descendência africana não poderiam esperar a adjudicação de um direito que lhes havia sido negado, Tany falhou em

[270] ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Orgs.), **The Oxford handbook of comparative constitutional law**, 1st ed. Oxford, U.K: Oxford University Press, 2012.
[271] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.
[272] *Ibid*.
[273] *Ibid*.
[274] *Ibid*.
[275] No caso Dred Scott v. Sandford, a Suprema Corte norteamericana decidiu que a Constituição dos Estados Unidos não reconheceria a cidadania para pessoas negras (ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, **Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393 (1857).** Julg. 6 Mar. 1857).

> entender como as aspirações da Constituição definiam os americanos como um povo, e ao julgar assim obrigou outros atores - especialmente o Congresso - a desafiar politicamente este julgamento.[276]

Portanto segundo Jacobsohn, a identidade constitucional exerce um papel que não é condescendente, neutro ou indiferente com relação a todas as leituras possíveis de dado texto constitucional. Pelo contrário, a identidade constitucional se coloca de maneira crítica perante decisões políticas, avaliando se estas estão de fato em consonância com o conteúdo aspiracional da Constituição. Nessa linha, o autor afirma, ainda sobre Dred Scott, que "a falha em obter uma unidade de propósito diz menos sobre o significado constitutivo da ideia de igualdade humana e mais sobre a incapacidade dos pais fundadores de imediatamente solidificar seu conteúdo"[277]. Ou seja, segundo Jacobsohn a identidade constitucional lança os elementos para a efetivação do conteúdo aspiracional de uma Constituição, servindo como parâmetro crítico para as falhas nas instituições em efetivar adequadamente este objetivo.

Em segundo lugar, como se verifica do trecho citado, Jacobsohn formula ainda uma contribuição ao teorizar acerca dos sujeitos que formam tal identidade constitucional. Como se depreende do exposto acima, a teoria de Jacobsohn vê a identidade constitucional como um conceito que se relaciona diretamente com a história, cultura e tradições de uma dada nação. [278] Neste sentido, Jacobsohn pensa a identidade constitucional como fruto de uma construção dialógica que se desenvolve em diversos espaços de uma sociedade. Especificamente, o autor pensa os tribunais, o legislativo e mesmo outros espaços públicos e privados como fóruns em que a identidade constitucional se desenvolve de maneira dialógica. [279] Sua teoria, portanto, não é juriscêntrica no plano institucional e reconhece a agência de diversos atores sociais na construção do conceito.

Tem-se, assim, que segundo Jacobsohn a identidade constitucional é fruto de um diálogo entre o passado, o presente e o futuro de uma nação, suas aspirações e compromissos , por meio do qual se busca superar as desarmonias intrínsecas a todas as Constituições. Esta identidade está sujeita a transformações ao longo do tempo e é constantemente objeto de construção e de descoberta capitaneadas por diversos atores sociais na prática de uma comunidade constitucional estabelecida.

---

[276] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.
[277] *Ibid*.
[278] *Ibid*.
[279] *Ibid*.

Apesar de encontrar algumas semelhanças com a proposição de Jacobsohn, a identidade constitucional na obra de Michel Rosenfeld parte de premissas e assume características substancialmente distintas. O professor da Cardozo School of Law identifica, em consonância com Jacobsohn, que a identidade constitucional exerce uma função sistêmica, fornecendo os "vínculos essenciais entre a Constituição, seu ambiente e aqueles que a criaram, bem como aqueles para quem ela se destina"[280]. Para o autor, Jacobsohn teria uma visão restrita do papel da identidade constitucional, que, na leitura que Rosenfeld faz de sua obra, seria o de lidar com as desarmonias constitucionais em um processo dialógico. Em contraposição, a teoria da identidade constitucional em Rosenfeld tem como ponto de partida o fato do pluralismo.[281] Uma Constituição, segundo Rosenfeld, só faz sentido no contexto de um crescente pluralismo social, que se revela tanto individual quanto coletivamente. Ou seja, no contexto de surgimento do constitucionalismo moderno, as sociedades se deparam com a realidade de indivíduos que são substancialmente distintos entre si e mesmo de grupos que divergem ,seja em bases ideológicas, étnicas, religiosas, linguísticas, raciais etc.

É partindo desse contexto de pluralismo que Rosenfeld formula sua ideia de identidade constitucional. Para o autor, a identidade constitucional é elemento central para a formação dialética de uma comunidade constitucional que a que denomina "sujeito constitucional",, [282] que é, de fato, o tema central do estudo de Rosenfeld. E neste aspecto se revela a primeira grande diferença no pensamento deste autor em comparação com o proposto por Jacobsohn. Enquanto a teoria de Jacobsohn é construída a partir do pensamento de Edmund Burke e com recurso especialmente aos casos da Irlanda, Índia e Israel; Rosenfeld adota uma perspectiva especificamente hegeliana, no plano filosófico, e freudiana e lacaniana, no plano psicanalítico, para analisar a função e o papel da identidade constitucional, aplicando o conceito especialmente ao caso dos Estados Unidos. Partindo de teorias sobre a formação da identidade do Eu, Rosenfeld conclui que a identidade constitucional se constrói a partir de discursos e narrativas que buscam reconciliar os diversos grupos e indivíduos plurais em uma sociedade ao redor de uma "comunidade imaginada".[283]

O já mencionado conceito de comunidades imaginadas foi desenvolvido por Benedict Anderson em seu estudo sobre o nacionalismo.[284] Já no início de sua obra, Anderson

---

[280] ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **Introduction**. [s.l.]: Oxford University Press, 2012.
[281] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.
[282] *Ibid*.
[283] *Ibid*.
[284] ANDERSON, Benedict R. O'G. **Imagined communities: reflections on the origin and spread of**

conceituou a nação como uma "comunidade política imaginada". Segundo Rosenfeld, enquanto comunidade como pequenos vilarejos ou mesmo a família seriam especificamente concretas,[285] a ideia de nação vincula estranhos que antes apenas tinham laços comuns com base em ordenações divinas que foram desconstruídas com o iluminismo. A ideia de que tais comunidades são imaginadas, no entanto, não significa que sejam "falsas". Pois, como afirma Anderson, se todas as comunidades são em algum grau imaginadas, então "elas devem ser diferenciadas não por sua falsidade/genuinidade, mas pelo estilo em que são imaginadas"[286]. As comunidades imaginadas, segundo Anderson, são limitadas, porque, por maior que seja o grupo de indivíduos que englobem, haverá limites que as separam de outras nações, soberanas, na medida em que surgem no contexto de destruição da legitimidade divina e das dinastias hierárquicas , e, por fim, são imaginadas como comunidades porque, "apesar da desigualdade e exploração real que prevaleça em cada uma, a nação é sempre pensada como uma camaradagem profunda e horizontal"[287].

A teoria de Rosenfeld parte expressamente dessa ideia para então pensar como uma comunidade constitucional é imaginada e construída a partir de três perguntas básicas: quem são os destinatários da Constituição; o que a Constituição deve estabelecer; e como uma Constituição pode ser justificada. [288] A identidade constitucional consiste, para Rosenfeld, precisamente na narrativa que canaliza as respostas a essas perguntas. De um lado, de modo a constituir um sujeito constitucional coeso, capaz de gerar o impulso de cooperação entre indivíduos e comunidades plurais. [289] Ainda, de maneira a estabelecer as estruturas necessárias para que estes sujeitos coexistam dentro da mesma narrativa. [290] Por fim, conferindo as justificações com base na história e na tradição, ou com fundamento nos consentimentos hipotéticos ou reais em torno da ,Constituição necessárias para que este sujeito plural se mantenha vinculado ao projeto constitucional. [291] A identidade constitucional

---

nationalism. Rev. ed. London ; New York: Verso, 2006..

[285] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010. Anderson ressalva, contudo, que mesmo essas comunidades menores podem envolver algum grau de imaginação, cf. ANDERSON, Benedict R. O'G. **Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism**. Rev. ed. London ; New York: Verso, 2006.

[286] ANDERSON, Benedict R. O'G. **Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism**. Rev. ed. London ; New York: Verso, 2006.

[287] *Ibid*.

[288] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.

[289] *Ibid*.

[290] *Ibid*.

[291] *Ibid*.

compartilhada permite que "múltiplos 'eus' tomem parte no processo contínuo de criar laços suficientes de unidade para sustentar o sujeito constitucional como um único eu"[292].

Jacobsohn e Rosenfeld, sem necessariamente contradizer-se reciprocamente, trazem contribuições distintas para o tema da identidade constitucional. De fato, enquanto Jacobsohn pensa a identidade constitucional no plano das relações entre a Constituição e a comunidade política, Rosenfeld pensa a identidade constitucional como constitutiva ela mesma desta comunidade. E não só isso, a identidade constitucional enquanto narrativa, em Rosenfeld, permite um processo de construção e reconstrução constante e dialética dessa comunidade, como será desenvolvido no Capítulo 4. Para fins de pensar em termos conceituais, é necessário fazer ainda algumas observações sobre as inovações de Rosenfeld no tema.

Primeiro, diferente de Jacobsohn, Rosenfeld expressamente distingue a identidade constitucional de outras identidades coletivas, como a identidade nacional. De fato, Jacobsohn formula sua teoria da identidade constitucional em constante retomada à ideia de nação (e, com ela, de história e tradições sedimentadas), ainda que reconheça que apenas em poucos casos – como o americano – se poderia falar na identidade constitucional como propriamente constitutiva da própria identidade nacional. Jacobsohn pensa os "arranjos constitucionais como manifestações de atributos-chave da identidade nacional"[293]. Segundo Rosenfeld, no entanto, nação e Constituição são chave de duas distintas identidades e comunidades imaginadas. E essas "duas comunidades imaginadas, a nacional e a constitucional diferem apesar de poderem se sobrepor e apesar de poderem ser compostas pelo exato mesmo conjunto de membros ou conjuntos fortemente entrelaçados"[294]. Apesar de diferentes, Rosenfeld prossegue, a identidade constitucional, enquanto identidade coletiva, existe em uma relação de tensão dinâmica constante com outras identidades coletivas, incluindo a identidade nacional.[295] Como se verá adiante, a própria formação da identidade constitucional, em Rosenfeld, envolve ora a negação, ora a transformação de outras identidades coletivas relevantes.

---

[292] *Ibid*.
[293] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.
[294] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.
[295] "A identidade constitucional é construída em parte contra a identidade nacional e em parte de maneira consistente com ela. De modo mais genérico, a identidade constitucional deve se manter em constante tensão dinâmica com outras identidades relevantes" *Ibid*.

Outra contribuição de Rosenfeld envolve a distinção entre a identidade constitucional e o documento constitucional em si. [296] De fato, Rosenfeld se coloca como crítico da teoria do poder constituinte pensada em um sentido formal, ou seja, o poder constituinte como aquele capaz de inaugurar uma nova ordem constitucional por meio da elaboração de um novo documento chamado Constituição. Precisamente porque seu foco são as narrativas sociais construídas em torno do sujeito constitucional, Rosenfeld identifica a possibilidade de ruptura de identidade constitucional a despeito de unidade do texto; bem como de continuidade na identidade constitucional a despeito de mudanças no texto, ou mesmo da promulgação de uma nova Constituição. [297] Pode-se falara partir de Rosenfeld, em uma identidade constitucional em sentido formal, identidade constitucional como identidade de texto ou documento constitucional, e de identidade constitucional em sentido material, quando a despeito de mudanças no texto (seja por emenda, seja por uma nova Constituição), não há efetiva alteração acerca das narrativas que constituem a comunidade constitucional.[298] Rosenfeld exemplifica o caso de nova Constituição sem nova identidade a partir da experiência constitucional francesa – especialmente considerando a incorporação expressa, pela Constituição de 1958, de parte da Constituição de 1946 e também da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

O autor questiona se, apesar das diferentes identidades formais, haveria semelhanças e continuidades suficientes entre as diferentes Constituições para sustentar uma identidade constitucional francesa coesa através de seus diversos documentos constitucionais. [299] Não é sequer necessário ir tão longe para pensar um exemplo de mudança formal da Constituição sem ruptura de identidade constitucional: a Emenda Constitucional n. 1 de 1969 – também identificada como a Constituição de 1969 – configura, no Brasil, caso claro de mudança formal da Constituição sem uma efetiva ruptura ou mudança em termos de identidade constitucional.[300] Nessa linha, a construção da identidade constitucional envolve dinâmicas discursivas sobre ser-o-mesmo (*sameness*) e individualidade (*selfhood*). Assim, para Rosenfeld, é a identidade constitucional que cria os laços que conectam diferentes grupos, histórias e perspectivas ao longo do tempo, fomentando uma unidade

[296] *Ibid*.
[297] *Ibid*.
[298] *Ibid*.
[299] *Ibid*.
[300] BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de, **História constitucional do Brasil**, Brasília: Paz e Terra, 1989.Isso partindo da premissa que se tenha podido falar de uma identidade constitucional ao longo do regime militar.

(individualidade) que se justifica apesar de mudanças na realidade (o texto, as pessoas ou os grupos que fundamentam a comunidade constitucional não são mais exatamente os mesmos que eram).

Jacobsohn e Rosenfeld, somados a Schmitt, Conrad e às experiências do Direito comparado nos permitem dar um passo inicial em compreender de maneira abrangente o fenômeno da identidade constitucional. Como se verá adiante, na medida em que o conceito é aprofundado, novas questões envolvendo a identidade da Constituição surgem, exigindo uma análise que considera outras teorias e formulações que não são centrais aos estudos aqui indicados. Finalizando por ora este primeiro plano de análise, passo à formulação de uma resposta à primeira questão posta nesta tese: o que é, afinal, a identidade constitucional?

3 UM ESFORÇO TEÓRICO: CONTEÚDO, CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL.

O item anterior buscou resgatar as principais proposições teóricas que gravitam em torno ou que diretamente dizem respeito à ideia da identidade constitucional. Os entendimentos jurisprudenciais indiano, colombiano e europeus acerca dos limites impostos pela identidade de uma dada Constituição às interferências internas ou externas; bem como as teorias da identidade constitucional que remontam à Carl Schmitt e que foram desenvolvidas também por Rosenfeld e Jacobsohn permitem uma visão panorâmica das diversas facetas da identidade constitucional enquanto conceito. Esse item propõe uma conclusão inicial acerca da pergunta "o que é a identidade constitucional" buscando extrair deste panorama um conceito adequado, aplicável e útil de identidade constitucional, seus elementos caracterizadores e as funções que a identidade constitucional exerce em cada ordenamento e sociedade.

3.1 Conteúdo da identidade constitucional: identidade constitucional substancial, identidade constitucional procedimental e identidade constitucional relacional.

Uma primeira pergunta que se coloca, na elaboração de um conceito abrangente de identidade constitucional, envolve compreender o que o conceito engloba. Como se viu nos debates acerca da identidade constitucional, diferentes autores e experiências caminham no sentido de identificá-la com determinadas estruturas básicas ou elementos fundamentais que definem e caracterizam um ordenamento e uma comunidade constitucional. Nessa linha, vários exemplos foram apontados em julgados e formulações teóricas com o objetivo de identificar quais estruturas seriam insubstituíveis uma vez que elaborada uma Constituição: o Estado Democrático de Direito, a federação, o secularismo, a depender da experiência para a qual se olha. Seria, de um lado, impossível elencar todos os diferentes conteúdos que uma identidade constitucional poderia abarcar. Não só porque variados, mas porque o desenvolvimento do Direito e da sociedade global implica o surgimento futuro de arranjos que potencialmente ainda não foram formulados ou sedimentados. Isso não impede, no entanto, compreender as espécies ou tipos de conteúdo que uma identidade constitucional deverá comportar. Classificar os elementos constitutivos do conteúdo de uma identidade constitucional assume uma relevância metodológica no estudo de identidades constitucionais

específicas, colocando as perguntas essenciais a identificação destas estruturas constitucionais básicas.

No Direito português, Paulo Otero buscou analisar o conteúdo da identidade constitucional – notadamente a identidade constitucional Portuguesa[301] – a partir de uma classificação que considera três manifestações distintas e complementares da identidade de uma Constituição. As três facetas do conteúdo da identidade constitucional, segundo o autor, consistiriam na identidade axiológica da Constituição, na identidade estrutural da Constituição e na identidade relacional da Constituição.

No sentido axiológico, o conteúdo da identidade constitucional diz respeito, segundo Otero, ao sistema de valores estabelecido pelo texto constitucional. Cada Constituição tem uma identidade "individualizadora e caracterizadora" que é extraída a partir de "uma pluralidade de elementos que concatenados e ordenados, habilitam extrair um sentido axiológico dotado de uma determinada 'arquitetônica'". [302] Otero identificou quatro domínios nucleares nos quais este sistema de valores se projeta. Primeiro, a ideia de Direito subjacente à ordem jurídica. Segundo, as finalidades do projeto político. Terceiro, o modelo de inserção externa (internacional) do Estado. Por fim, em quarto lugar, a organização interna do Estado. Deste modo uma particular identidade constitucional é estabelecida a partir de infinidade de possíveis combinações entre os diversos valores que podem preencher cada um destes domínios[303].

A segunda manifestação da identidade constitucional, a identidade estrutural da Constituição, não foi objeto de igual esforço de conceituação pelo autor. A despeito disso, ao analisar a Constituição Portuguesa de 1976, Otero elenca três elementos que configurariam tal faceta de sua identidade: ela seria uma Constituição compromissória, uma Constituição aberta e uma Constituição transfigurada. [304] O que Otero quer dizer, com isso, é que, primeiro, a Constituição Portuguesa de 1976 é fruto de compromissos entre diversos atores políticos (compromisso genético), que ela abarca normas internas e externas que se encontram em conflito (compromisso normativo), que sua aplicação envolve compromissos entre diversos

[301] OTERO, Paulo, **Direito constitucional português**, Coimbra: Almedina, 2010.
[302] *Ibid*.
[303] A leitura de Paulo Otero sobre o caso português permite um bom exemplo. Para o autor, a identidade axiológica da Constituição portuguesa de 1976 se expressa da seguinte forma: "(i) a ideia de Direito reconduz-se a um Estado de Direitos humanos (...); (ii) os critérios teleológicos do projecto político identificam-se com um Estado de Direito democrático (...); (iii) o modelo de inserção externa do Estado configura um Estado de soberania internacionalizada e europeizada (...); (iv) a organização interna dos elementos do Estado conduz a um Estado unitário descentralizado", cf. *Ibid*.
[304] *Ibid*.

valores, bens e interesses (compromisso aplicativo) e que a consecução dos fins constitucionais depende de compromissos entre os agentes políticos constituídos (compromisso político-procedimental).[305] Em segundo lugar, a Constituição portuguesa seria aberta quanto ao seu projeto (abertura estrutural); quanto às normas tidas por constitucionais (abertura normativa); quanto aos seus agentes políticos (abertura política); quanto à sua interpretação e intérpretes (abertura interpretativa); e quanto à sua implementação (abertura implementadora).[306] Por fim, a Constituição portuguesa seria uma Constituição transfigurada diante das transformações que sofreu ao longo do tempo e que distanciam seu "texto escrito" do "texto vívido".[307] Da descrição que confere à identidade estrutural portuguesa, é possível concluir que Otero a concebe a partir – sob o risco da tautologia – da própria estrutura da carta constitucional, a coordenação (e conflito) de suas normas e fontes, seus mecanismos e agentes de interpretação e aplicação, e sua capacidade de transmudar-se ao longo do tempo, acompanhando as próprias transformações sociais. Não se fala em valores substantivos da Constituição, mas sim da forma pela qual a Constituição pode ser instrumentalizada e aplicada à realidade política e social.[308]

Por fim, Otero identifica uma terceira manifestação da identidade constitucional: a identidade relacional da Constituição. Diferentemente das duas manifestações anteriores, que dizem respeito a uma dimensão absoluta da identidade constitucional, em que a Constituição é analisada em si mesma, a identidade relacional analisa a Constituição em uma dimensão histórico-familiar. Buscam-se os "parentescos normativos" de uma dada Constituição, analisando como ela se relaciona com as Constituições históricas que a antecederam e como ela se relaciona com Constituições estrangeiras com quem tenha laços. [309] A partir da análise da identidade relacional de uma Constituição é que se podem identificar as heranças constitucionais,[310] as exportações constitucionais[311] e as migrações

[305] *Ibid*., p. 156.
[306] *Ibid*., p. 173-174.
[307] *Ibid*., 207.
[308] Esta também parece ser a concepção de identidade constitucional pensada por Besselink ao analisar o texto do Tratado de Lisboa, cf. BESSELINK, Leonard FM. National and constitutional identity before and after Lisbon. **Utrecht L. Rev.**, v. 6, p. 36, 2010.
[309] OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**. Coimbra: Almedina, 2010. 3v.
[310] No caso brasileiro, exemplo clássico seria o mandado de segurança, previsto em todos os textos constitucionais desde 1934 e, sem dúvidas, "herdado" do constitucionalismo de 1891 e da doutrina brasileira do *habeas corpus* – sem prejuízo da observação de Jane Reis quanto à insuficiência do mandado de segurança em termos de simplificação do procedimento e escopo de proteção de direitos, em comparação com o que era possibilitado pelo manejo do *habeas corpus*, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 0, n. 29, 2016. .

(Otero fala em "plágios" ou "contágios") constitucionais. Como ressalta o autor, esta terceira manifestação da identidade constitucional não anula as dimensões absolutas da identidade da Constituição, mas é sempre uma manifestação do cerne da identidade de uma dada Constituição.[312]

A classificação de Paulo Otero é ilustrativa da necessidade de sistematização do conteúdo da identidade constitucional. No entanto, ela padece de algumas dificuldades. Primeiro, o próprio autor deixou pouco claros os parâmetros para distinguir entre as três classificações dos conteúdos da identidade constitucional. Segundo, o conceito de conteúdo axiológico da identidade constitucional, segundo Otero, é amplo a ponto de reunir tanto direitos fundamentais, quanto princípios de organização do Estado, bem como quaisquer outras escolhas fundamentais de uma dada comunidade constitucional. Esta classificação, posta dessa forma, acaba por ser pouco útil na tarefa de direcionar o questionamento metodológico sobre a identidade constitucional.

Terceiro, a ideia de identidade estrutural, como pensada por Otero, além de não ter seu objeto principal claro, parece se referir menos ao conteúdo de uma identidade constitucional, e mais às características de um dado documento constitucional, confundindo-se com a própria tipologia das constituições. Tome-se, por exemplo, a ideia de uma Constituição compromissória. O conceito de compromisso constitucional, como trabalhado desde Schmitt, envolve a dilação de certas decisões fundamentais em razão da fragmentação social e política que impedem o consenso e o acordo imediato. [313] Nessa linha, Constituição compromissórias protegem posições jurídicas e valores em conflito e propõem, dessa forma, um governo que se desenvolve a partir de composições e recomposições entre estes conflitos. Ocorre que, como apontado em Jacobsohn, a existência de compromissos ou nos seus termos, de desarmonia – internos a uma Constituição é muito mais uma questão de grau do que de absolutos. [314] De fato, seguindo-se a premissa básica de Rosenfeld, se Constituições existem em cenários de pluralismo e se, como premissa dessa tese, não são meros textos, como também práticas cotidianas, é natural que elas envolvam o equilíbrio entre valores conflitantes

---

[311] Otero refere-se, neste ponto, à projeção externa da Constituição (seja de seu texto integral, seja de institutos específicos) para constituições que lhes são posteriores – a exemplo da exportação do Poder Moderador da Constituição Francesa de 1814 para a Constituição Brasileira de 1824 e, a partir desta, para a Constituição Portuguesa de 1826 (OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**. Coimbra: Almedina, 2010. 3v.).
[312] *Ibid*. p. 245.
[313] SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.
[314] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

e, portanto, a prática governamental que busca tal equilíbrio.[315] Que um texto constitucional envolva compromissos assim parece ser uma característica muito mais associada ao próprio constitucionalismo contemporâneo que a um traço distintivo de Constituições .

Nessa linha, e partindo do esforço de classificação de Paulo Otero, parece ser necessário dar alguns passos atrás na tarefa de classificar os conteúdos da identidade constitucional.

Como já visto nessa tese, a formação de uma identidade coletiva envolve ao menos duas perspectivas principais. A primeira, interna, implica analisar como uma dada coletividade vê a si mesma e pensa seus compromissos e aspirações básicas. [316] A outra, externa, implica uma análise sobre como outras coletividades pensam a primeira. [317] Partindo dessa distinção, pode-se pensar o conteúdo da identidade constitucional também nos planos internos e externos para entender o que compõe uma identidade constitucional completa.

Internamente, os conteúdos de uma identidade constitucional vão envolver os elementos tidos pela própria comunidade como fundamentais para seu funcionamento. Eles seriam, nessa lógica, a própria decisão política fundamental que constitui a unidade política, para valermo-nos novamente da formulação schmittiana. Nessa linha, é preciso lembrar que essa tese parte da premissa geral de que a Constituição representa uma ordem de valores compartilhados (ao menos aspiracionalmente) por uma comunidade. E é nestes valores que se identificará o conteúdo, do ponto de vista interno, da identidade constitucional.

Não é suficiente dizer que o conteúdo da identidade constitucional são os valores compartilhados pela comunidade a que ela se refere. Refletindo de maneira mais profunda, nem todos os valores se referem às mesmas espécies de traços característicos de uma unidade política. Novamente recuperando os conceitos analisados nos capítulos anteriores, as Constituições gravitam em torno do ideal de constitucionalismo para organizar o Estado, limitar o poder e definir direitos fundamentais. Nessa linha, o traço caracterizador de uma identidade constitucional – seu conteúdo – envolverá as decisões políticas fundamentais tomadas por uma comunidade historicamente situada acerca de cada um destes aspectos do constitucionalismo.

---

[315] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.
[316] *Ibid*.
[317] *Ibid*.

Os termos "axiológico" e "estrutural", contudo, não parecem abarcar de maneira satisfatória estes diferentes aspectos. Pois haverá decisões sobre a limitação e organização do Estado que serão estruturais (literalmente, definindo e estabelecendo estruturas institucionais) e também axiológicas (indicando escolhas valorativas sobre a organização política estatal). [318] Em conjunto, todos estes valores podem ser juridicamente pensados a partir da ideia de princípios constitucionalmente estruturantes, como apresentada por Canotilho[319]. Segundo as lições do autor português, tais princípios estruturantes designam o núcleo essencial da Constituição, o que lhe garante sua identidade e estrutura. [320] Estes princípios, ainda segundo Canotilho, se manifestam em duas dimensões: uma dimensão constitutiva, de uma compreensão global da ordem constitucional, e uma dimensão declarativa, de superconceitos que expressam outras normas. [321] Luís Roberto Barroso, ao classificar os diferentes princípios constitucionais de acordo com seu destaque e abrangência no sistema constitucional brasileiro, propôs denominar tais princípios como "princípios fundamentais".[322] Nessa linha, os princípios fundamentais são aqueles que determinam "as principais decisões políticas no âmbito do Estado" e a sua "estrutura essencial".[323]

Para fins de compreender o conteúdo da identidade constitucional, no entanto, não basta remeter a um conjunto diverso de princípios fundamentais. Uma nomenclatura mais adequada olha para a natureza dos valores que compõe o conteúdo de uma Constituição. E nessa linha, uma Constituição pode reunir ao mesmo tempo valores de natureza substancial, referindo-se às próprias escolhas políticas e morais que fundamental uma comunidade constitucional, e valores de natureza procedimental. que estabelecem, as escolhas sobre mecanismos de exercício do poder político.

Distinguir a identidade constitucional desta forma significa também reconhecer e consagrar a discussão teórica acerca das funções de uma Constituição. Nessa linha, a teoria e filosofia constitucional contemporânea tem distinguido entre duas funções principais que uma Constituição deve exercer. De um lado, sob uma perspectiva procedimentalista, uma

---

[318] A democracia é exemplo desse tipo de decisão, que afeta tanto aspectos substanciais quanto procedimentais de um determinado Estado. No sentido de que a democracia gera exigências de natureza substantiva, confira-se, por exemplo, HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

[319] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livr. Almedina, 1993, p. 343.

[320] *Ibid*.

[321] *Ibid*.

[322] BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: **Temas de Direitos Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. III., p. 46.

[323] *Ibid*.

Constituição exerce o papel de reger o jogo político democrático, definindo as regras pelas quais cada geração tomará as decisões que afetam a comunidade. [324] De outro, a perspectiva substancialista propõe que a função das Constituições é a de estabelecer os valores morais – as decisões substanciais – compartilhados por uma comunidade.[325] Os debates entre procedimentalistas e substancialistas seguem vivos, mas já é possível identificar não só nas experiências constitucionais comparadas como também na literatura jurídica uma posição sincretista que reconhece que as Constituições , ao coordenar o funcionamento da política, também estabelecem – em maior ou menor grau – determinados valores substantivos que são necessários para o funcionamento democrático. [326]

Nessa linha de pensamento, a identidade constitucional substancial envolverá os princípios fundamentais ou estruturantes de um Estado que identifiquem seus compromissos e aspirações no plano das escolhas existenciais, políticas e morais de uma dada sociedade. Como apontado por Dietrich Conrad, estes são princípios que vão além das palavras específicas da Constituição e que subjazem e conectam as previsões constitucionais [327]

Liberdade, igualdade, socialismo, liberalismo, laicidade, laicismo, tais princípios, de natureza substantiva, irão inserir-se nessa classificação, conferindo substância ao espírito de uma dada Constituição. Vale destacar , que a identificação de princípios fundamentais e estruturantes da Constituição não implica uma questão de hierarquia entre normas constitucionais. Como apontado por William Harris, a definição dos princípios que compõe uma identidade constitucional substancial não envolve "debruçar-se sobre o esquema constitucional para escolher os elementos que pudessem ser mais fundamentais em uma hierarquia de valores". Pelo contrário, a tarefa é interpretativa e envolve desenvolver uma narrativa e discurso constitucional – uma "teoria política articulada" – que confira sentido à Constituição e permita identificar sua estrutura e os princípios que dão sentido ao projeto constitucional como um todo.[328]

---

[324] Este é o sentido, por exemplo, da teoria de John H. Ely, cf. ELY, John Hart, **Democracy and distrust: A theory of judicial review**, Cambridge: Harvard University Press, 1980.
[325] Assim, por exemplo, o pensamento de Dworkin identificado, entre outros, em DWORKIN, Ronald, **Taking rights seriously**, Cambridge: Harvard University Press, 1977.
[326] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
[327] Apud ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers**. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017.
[328] HARRIS, William F., **The interpretable Constitution**, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1993.

De outro lado, a identidade constitucional procedimental diz respeito às escolhas de um dado ordenamento quanto aos mecanismos de exercício do poder político, ou seja, todas as decisões acerca de como o Estado constitucional decide, sem prejuízo do resultado em si de tais decisões. Federalismo, unitarismo, supremacia judicial, supremacia legislativa, parlamentarismo, presidencialismo, democracia representativa, democracia direta.

Mas não só isso, é acertada a perspectiva de Paulo Otero ao pensar um conteúdo constitucional voltado especificamente para a relação entre uma Constituição e outras experiências constitucionais. Como já visto, identidades coletivas se identidades em geral envolvem relações dialéticas entre o Eu e o Outro. Nessa linha, a decisão constitucional acerca de como se relacionar com outras experiências (com outros constitucionais) compõe a própria identidade de uma comunidade constitucional.[329]

Que o autor português tenha tido especial atenção a este conteúdo de uma identidade constitucional está possivelmente relacionado com a relevância que tal debate tem na Europa. Como já mencionado anteriormente, o conceito de identidade constitucional no Direito comunitário europeu passa a ocupar relevante papel do debate jurídico a partir do Tratado de Maastricht e de sua reformulação pelo Tratado de Lisboa. A chamada "cláusula de identidade" se refere à obrigação dos órgãos da União Europeia de respeitarem a identidade constitucional nacional dos Estados-Membros.

Partindo deste contexto, Pietro Faraguna distinguiu entre duas diferentes formas pelas quais o conceito de identidade constitucional vem sendo aplicado no Direito comunitário europeu. De um lado, a identidade constitucional funciona como um escudo, de outro, como uma espada. A ideia de que a identidade constitucional opera como escudo envolve, para o autor, dois sentidos. Em um sentido fraco, a identidade constitucional é um escudo não porque impeça a integração europeia (e a formação de uma identidade constitucional comunitária), mas por uma lógica de resistência e direcionamento, usa-se a identidade constitucional para orientar a integração europeia no sentido de uma "direção constitucional preferida".[330] Faraguna cita, neste sentido, os casos Solange e Frontini. No caso

[329] Jacobsohn fala na "permeabilidade das fronteiras constitucionais" para tartar dos aspectos da identidade constitucional que dialogam com outras experiências, cf. JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

[330] FARAGUNA, Pietro. Constitutional Identity in the EU–A Shield or a Sword?. **German Law Journal**, v. 18, n. 7, p. 1617-1640, 2017..

Solange[331], julgado em 1970, o Tribunal Constitucional Alemão afirmou sua competência para revisar atos da União Europeia enquanto não estivessem estabelecidas e previstas estruturas democráticas e de proteção de direitos fundamentais de modo compatível com a própria Constituição alemã.[332] Por sua vez, a Corte Constitucional Italiana decidiu, em 1973, no julgamento do caso Frontini[333], que os órgãos legitimamente constituídos da Comunidade Europeia não poderiam violar princípios ou Direitos constitucionais fundamentais estabelecidos no ordenamento italiano, sobre pena de total esvaziamento da soberania do Estado-membro. Para o autor, ambos os casos exemplificam como os Estados-membros, sem negar o ideal de integração, valeram-se de suas próprias identidades nacionais para direcionar a integração em um sentido com elas compatíveis. Em um sentido forte, a identidade constitucional como escudo impõe limites à integração europeia, de tal modo que os Estados-membros, valendo-se de sua identidade constitucional nacional, reivindicam os "limites finais do processo de integração europeia". Ou seja, opõem-se ao que consideram a identidade constitucional nacional às tentativas de aplicação do Direito comunitário europeu.

Em um segundo sentido, como espada, a identidade constitucional tem sido utilizada, segundo Faraguna, como mecanismo que subverte a relação entre Direito nacional e o Direito comunitário. Nesta concepção, a identidade constitucional nacional não só serve como uma proteção contra a ingerência do Direito comunitário, como efetivamente implica a interpretação deste mesmo Direito comunitário à luz do Direito nacional. Dito de outra forma, a identidade constitucional, como espada, inverte a lógica de sujeição do Direito nacional ao comunitário, efetivamente submetendo a interpretação deste às diretrizes determinadas pela identidade constitucional nacional.[334]

A distinção entre estes usos da identidade constitucional remete a um debate mais amplo no âmbito do Direito constitucional acerca do chamado cosmopolitismo constitucional. No Brasil, Daniel Sarmento[335] e Claudio Pereira de Souza Neto identificaram entre os princípios de interpretação constitucional um princípio do cosmopolitismo que abre a interpretação do Direito constitucional nacional para o Direito comparado e o Direito

---

[331] ALEMANHA, Tribunal Constitucional Federal, BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 Solange I-Beschluß, julg. 29 mai. 1974.

[332] Faraguna menciona como o caso exemplifica, também, a resistência história do Tribunal Constitucional Alemão reconhecer a supremacia do Direito comunitário sobre o Direito interno (FARAGUNA, Pietro. Constitutional Identity in the EU–A Shield or a Sword?. **German Law Journal**, v. 18, n. 7, p. 1617-1640, 2017.

[333] ITÁLIA, Corte Constitucional, Sentença n. 183-1973, julg. 27 dez. 1973.

[334]FARAGUNA, Pietro. Constitutional Identity in the EU–A Shield or a Sword?. **German Law Journal**, v. 18, n. 7, p. 1617-1640, 2017.

[335] SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional cosmopolita. **Jota**, 2016.

internacional, algo especialmente relevante em contextos como a proteção de direitos fundamentais.[336] Mas nem toda Constituição é especialmente aberta neste sentido ,sendo exemplo clássico, referido por Gary J. Jacobsohn, o caso do provincianismo da Constituição norte-americana.[337] Nesta linha, uma identidade constitucional cosmopolita pode se contrapor a uma identidade constitucional provincial , entre elas havendo, claro, um espectro variável que ora permite maior provincianismo, ora maior cosmopolitismo. Não há por que, quanto a esta manifestação, afastar-se da nomenclatura adotada por Paulo Otero. De fato, essa terceira classificação da identidade constitucional refere-se a um aspecto relacional da comunidade constitucional, ou seja, da relação travada entre um Eu constitucional e um Outro constitucional, incluindo as trocas possíveis ou não entre essas experiências históricas. Identidade relacional parece ser um termo adequado neste sentido.

Chega-se, desta forma, a três classificações acerca do conteúdo da identidade constitucional, três questões metodologicamente relevantes para a investigação acerca de tal conteúdo. Quais são os valores substantivos sobre os quais se alicerça uma determinada ordem constitucional (identidade substancial)? Quais são as escolhas fundamentais de uma comunidade constitucional acerca dos mecanismos de exercício do poder político (identidade procedimental)? Como uma determinada comunidade constitucional se relacionada com outros constitucionais (identidade relacional)?

3.2 **Características da identidade constitucional: plural, social e historicamente construída e mutável.**

Se por um lado a pergunta acerca do conteúdo da identidade constitucional envolve uma necessidade metodológica, permitir a investigação dos traços específicos de uma dada identidade constitucional, a pergunta acerca das características da identidade constitucional é primordialmente conceitual. Considerando as formulações teóricas e jurisprudenciais já analisadas anteriormente, como pensar a identidade constitucional enquanto conceito? A proposta de síntese apresentada é no sentido de que a identidade

[336] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
[337] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

constitucional se caracteriza por ser plural, social e historicamente construída, e, como consequência destas duas primeiras características, mutável.

Inicialmente, é necessário pensar o que se pretende com a afirmação de que as identidades constitucionais são, por definição, plurais. Anteriormente, mencionou-se como o fato do pluralismo é central (para Rosenfeld, essencial[338]) para o fenômeno do constitucionalismo. Uma Constituição é necessária como pacto social precisamente como forma de regular o pluralismo de valores, sujeitos, grupos e indivíduos que, na modernidade, perdem os laços comunitários e referências éticas fortes comuns que previamente os interligavam.[339] Nessa linha, a identidade constitucional é plural em três sentidos: o pluralismo quanto aos sujeitos que constroem esta identidade, o pluralismo quanto às fontes de que esta identidade se vale para ser construída, e o pluralismo quanto às narrativas que se coordenam na formação da identidade constitucional.

Do ponto de vista do sujeito que elabora a identidade constitucional, é relevante retomar o conceito rosenfeldiano de sujeito constitucional. Em sua obra sobre o tema, Rosenfeld indaga quem seria "Nós o povo" ("We the People") a quem se referem tantos preâmbulos constitucionais e que teria o poder e a legitimidade para criar a Constituição.[340] Para o autor, este sujeito constitucional, que é titular do poder constituinte não só porque elabora a Constituição formal, mas também se sujeita a ela e – mais que isso –atribui-lhe significado. Em outras palavras, o sujeito constitucional é o próprio autor da identidade constitucional ,um projeto que se inicia com a elaboração de uma Constituição formal e que tem seu ápice no momento em que o sujeito constitucional projeta suas narrativas no texto da Constituição.

Mas o sujeito constitucional é ele mesmo uma narrativa, ou um artifício da imaginação concebido por Rosenfeld. Semelhante ao sujeito nacional, o sujeito constitucional (nós o povo) é um sujeito plural, que se compõe não só pelas diversas comunidades que existem em uma mesma sociedade, mas também pelos próprios indivíduos igualmente plurais que integram estas comunidades. E aí reside o pluralismo quanto aos sujeitos que marca a identidade constitucional. É que conceber a identidade constitucional como sendo constituída pelo sujeito constitucional significa que esta identidade é produto das próprias disputas

---

[338] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.
[339] TAYLOR, Charles. **The ethics of authenticity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1992.
[340] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.

existentes dentro da unidade imaginada deste sujeito coletivo[341]. Dito de outra forma, diversos grupos e indivíduos lutam para definir os limites e discursos deste sujeito constitucional imaginado. É destas lutas por inclusão (e exclusão) que surgem as narrativas que buscarão (re)construir vínculos de solidariedade que unifiquem estas diversas pluralidades a partir de um conceito particular de identidade constitucional. E mesmo quando este projeto seja bem sucedido em determinado momento, ou seja, surja vitoriosa uma identidade constitucional capaz de unificar o sujeito constitucional, jamais se pode falar em um projeto acabado, na medida em que a inclusão de novos participantes possibilita, de um lado, a identificação de outros participantes excluídos e, de outro, a identificação de outros discursos e narrativas não considerados (ou que, não tendo se sagrado vitoriosos nas lutas sociais, seguem buscando reconhecimento). Este processo de luta será devidamente aprofundado no item 4.2 desta tese, mas desde já resta esclarecido, ao menos neste primeiro momento, este primeiro sentido que o pluralismo da identidade constitucional assume.

Em um segundo sentido, a identidade constitucional é plural quanto às suas fontes. Significa dizer que a matéria-prima de que se vale o sujeito constitucional para a construção da identidade constitucional é diversa. No plano social e político, a identidade constitucional enquanto identidade coletiva dialoga com outras identidades coletivas que se manifestam em dada sociedade, as identidades nacionais, as identidades comunitárias, as identidades religiosas, as identidades culturais, as identidades raciais. Aqui se encaixam os aspectos da identidade constitucional que dizem respeito à afirmação ou negação da tradição, de ideais éticos e de concepções sociais compartilhados por um ou outro grupo social. No plano jurídico, a identidade constitucional dialoga com uma pluralidade de fontes normativas, o Direito constitucional positivo vigente, o Direito constitucional pretérito, o Direito constitucional estrangeiro, o Direito internacional. Neste aspecto, a identidade constitucional novamente se constrói a partir da negação[342] e da identificação, firmando as diferenças e semelhanças que, à luz destas diversas fontes, permitem afirmar uma certa identidade constitucional própria.

Por fim, o pluralismo da identidade constitucional se manifesta no plano das narrativas que a formam. Precisamente porque há diversos grupos sociais disputando os

---

[341] Relembre-se, aqui, o conceito de comunidades imaginadas, cf. ANDERSON, Benedict R. O'G. **Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism**. Rev. ed. London ; New York: Verso, 2006.
[342] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.

limites e contornos da identidade constitucional, para isso se valendo das mais distintas fontes sociológicas e normativas, diversas serão as narrativas e scripts sociais produzidos acerca da legítima interpretação da identidade de dado ordenamento constitucional. Isso não significa dizer, no entanto, que toda e qualquer narrativa seja possível. Primeiro, como já apontado por Jacobsohn[343], as narrativas apenas são possíveis nos limites dos compromissos e aspirações efetivamente assumidos por dada comunidade constitucional. Em outras palavras, a identidade constitucional existente limita as narrativas sociais possíveis, de modo a excluir aquelas que com ela não guardem qualquer potencial de continuidade. Neste aspecto é que se inserem limites como, por exemplo, aqueles eventualmente postos expressamente pelo texto constitucional. Nesses casos, mesmo que seja possível discutir a extensão da proteção conferida por direitos fundamentais e princípios classificados como cláusulas pétreas, uma narrativa social que negue por completo tais princípios é incompatível com os limites dados por uma identidade posta.

Para além disso, a identidade constitucional encontra seus limites, em sentido amplo, na própria identidade do constitucionalismo, de tal modo que narrativas sociais incompatíveis com os ideais, formulados em plano mais abstrato, de limitação do estado e proteção de direitos fundamentais são excluídas – pelo menos – enquanto capazes de formar uma identidade propriamente constitucional.[344]

Além de plural, a identidade constitucional também é, como indiciado nos parágrafos acima, socialmente construída. Os mecanismos específicos de formação desta identidade serão aprofundados no Capítulo 4 abaixo, mas desde já cabem alguns esclarecimentos sobre esta característica. Afirmar que a identidade constitucional é socialmente construída significa dizer que ela é produto da realidade diante da normatividade. Nesse aspecto, definir uma identidade constitucional depende em alguma medida de conhecer a história, cultura e estrutura social de uma dada sociedade, pois é desta realidade que o sujeito constitucional extrai os instrumentos necessários para atribuir significado à norma.[345] Isso não significa que a identidade constitucional se confunde com a realidade. Se por um lado a identidade constitucional traz em si aspectos de continuidade, também pode carregar instrumentos de transformação (sugerindo a transformação do passado e do presente). Nessa linha, as comunidades que contam com um documento constitucional poderão ter o texto

[343] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.
[344] Cf. item 1.2 acima.
[345] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

normativo como ponto de partida na definição de uma identidade constitucional. Mas seu conteúdo será moldado a partir do que a própria comunidade constitucional– situada histórica e socialmente – faz dele (recorrendo às diversas fontes mencionadas).[346] Nas já mencionadas palavras de Rosenfeld, a identidade constitucional é o resultado da projeção do sujeito constitucional sobre o texto constitucional.[347] E esta projeção não se dá em termos hipotéticos, contrafáticos ou abstratos, ela decorre das interações sociais, políticas e jurídicas de dada sociedade. Socialmente, os diversos grupos sociais interagem formulando suas narrativas e simbologias quanto à identidade constitucional. Politicamente, estas narrativas são traduzidas como princípios guiadores das instituições representativas. Juridicamente, estas narrativas são traduzidas como doutrinas jurídicas, podendo se converter em Direito positivo.

Por fim, a identidade constitucional é mutável. Para citar a formulação de Burke a que recorreu Jacobsohn, a identidade constitucional é um "artefato do tempo"[348] e, como tal, está sujeita às adaptações e ajustes que o povo, ao longo de gerações, entenda necessários. A mutabilidade da identidade constitucional, enquanto identidade coletiva, não é distinta da mutabilidade das próprias identidades individuais. Cabe, sob esta perspectiva, entender a identidade constitucional tanto como ser-o-mesmo (*sameness*) quanto como individualidade (*selfhood*). A síntese de Rosenfeld é esclarecedora:

> Eu posso me reconhecer tanto porque minha aparência é a mesma daquela que tinha ontem ou porque, apesar das mudanças pelas quais passei desde a infância, eu não tenho mais a mesma aparência, penso o mesmo, sinto o mesmo etc. E mantive uma unidade do meu Eu que é distinta de todos os outros Eus. Ou, em outras palavras, eu sigo sendo eu diante de todos os outros.[349]

Pietro Faraguna traduz esta distinção a partir das ideias de identidade constitucional como diferença e identidade constitucional apesar das diferenças. No primeiro

---

[346] A ponto de uma Constituição poder até mesmo ser despeida de identidade, diante de se tratar de um texto que não passa de mero pedaço de papel, que em nada serve à sociedade (LASSALLE, **A essência da constituição**.

[347] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.

[348] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

[349] Tradução livre. No original: "I can recognize myself either because I look the same as I did yesterday or because in spite of all the changes which I have experienced since childhood – I no longer look the same, think the same, fell the same, etc. – I have endured as a single self that is distinct from all the other selves" (ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010, p. 27).

sentido, a identidade constitucional é aquele elemento que permite distinguir uma Constituição de todas as outras, a partir de uma análise de suas peculiaridades e especificidades. No segundo sentido, a identidade constitucional "serve como uma ferramenta cognitiva para reconhecer a identidade de uma Constituição apesar de todas as transformações, modificações e emendas que ocorreram em dada experiência constitucional"[350].

Significa dizer que a identidade constitucional não é um dado estanque. Pelo contrário, consiste em característica dinâmica que comporta alterações no curso da história. Falar na existência de uma mesma identidade (uniforme), identificada em diferentes recortes temporais, não significa necessariamente que nenhuma mudança tenha ocorrido no curso de seu desenvolvimento histórico. Significa que, apesar de todas as alterações que possa ter sofrido, a identidade constitucional não se desnaturou, seu núcleo ainda é coeso, coerente, íntegro. Pensar a mutabilidade da identidade constitucional significa reconhecer, na linha do afirmado por Reva B. Siegel, que os princípios fundacionais de uma ordem constitucional exigem "mudança – ou defesa – de significados e práticas históricos"[351]. Nessa linha a lição de J. J. Gomes Canotilho para quem a identidade constitucional deve ser pensada como uma "identidade reflexiva", por meio da qual a Constituição esteja aberta à "evolução" em face da sociedade e dos cidadãos.[352] A dificuldade trazida pela mutabilidade da identidade constitucional, no entanto, diz respeito a distinguir uma transformação da identidade constitucional da efetiva ruptura fim desta identidade. Como será analisado no capítulo 5, é essa difícil distinção que se torna necessária nos momentos da vida de uma Constituição em que ela enfrenta uma crise de identidade.

3.3 **Funções da identidade constitucional: função constitutiva, função normativa e função crítica.**

Nos itens anteriores, busquei desenvolver, a partir do arcabouço teórico já apresentado, o conteúdo e as características do conceito de identidade constitucional. Até este

[350] FARAGUNA, Pietro. Constitutional Identity in the EU–A Shield or a Sword?. **German Law Journal**, v. 18, n. 7, p. 1617-1640, 2017.
[351] SIEGEL, Reva B. The Jurisgenerative Role of Social Movements in United States Constitutional Law. *In*: [s.l.: s.n.], 2004.
[352] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livr. Almedina, 1993, p. 1136.

ponto, no entanto, não é necessariamente evidente a aplicabilidade – e a relevância – desta ideia no campo do Direito constitucional. Afinal, diversos outros conceitos de teoria da Constituição que foram mencionados nas páginas antecedentes operam de maneira semelhante ao que já se falou sobre a identidade constitucional. Se as questões que a identidade constitucional pretende endereçar dizem respeito à autoria e destinatários das Constituições, por que não restringir o estudo ao do poder constituinte? Se o problema é interpretar e resguardar uma dada Constituição, por que não analisar os métodos de interpretação constitucional já assentados no constitucionalismo brasileiro? Se, por fim, o problema em análise é uma específica crise política ou constitucional, porque não se ater aos elementos desta crise (ou mesmo restringir o estudo ao conceito de crise constitucional? Estas três perguntas não foram formuladas por acaso – como se verá a seguir, o que distingue o conceito de identidade constitucional e o torna útil como chave para compreender o fenômeno constitucional é precisamente o fato de ele endereçar todas estas questões (e, em realidade, situar-se no cerne delas). De fato, a identidade constitucional exerce três funções relevantes no estudo de uma sociedade estruturada a partir de uma Constituição: uma função constitutiva, uma função normativa em sentido estrito e uma função crítica (ou normativa em sentido amplo). Passo a tratar, a seguir, de cada uma dessas funções.

3.3.1 A função constitutiva da identidade constitucional: construindo a comunidade constitucional.

2015 viu surgir um sucesso inesperado no teatro musical nova-iorquino. Inspirado em uma biografia de um dos até então menos aclamados pais fundadores dos Estados Unidos, o espetáculo *Hamilton* se passava no período pré e pós-revolução americana e conta a história, evidentemente, de Alexander Hamilton.[353] O musical foi um recorde de bilheteria e ganhou as principais premiações daquela temporada.[354] O inusitado na concepção e montagem do espetáculo não foi a transposição para a linguagem musical de um momento histórico relevante da história norte-americana. Foi como isso foi feito, as personagens

[353] Heather Nathans destaca que a figura de Hamilton sempre suscitou interesse artístico, por ser marcada pela natureza 'outsider' da personalidade histórica – o "imigrante inassimilável", cf. NATHANS, Heather S., Crooked Histories: Re-presenting Race, Slavery, and Alexander Hamilton Onstage, **Journal of the Early Republic**, v. 37, n. 2, p. 271–278, 2017.

[354] CHOW, Andrew R., 'Hamilton' Sets Grosses Record in Huge Week for Broadway, **The New York Times**, 2017. PAULSON, Michael, 'Hamilton' Hits a New High: The Most Money Grossed in a Week on Broadway, **The New York Times**, 2016.

principais em *Hamilton* ,incluindo o próprio Alexander Hamilton e figuras históricas como Thomas Jefferson, são interpretados em sua integralidade por atores negros, latinos e de outras minorias raciais. As músicas, por sua vez, fogem ao padrão da Broadway, são em sua maioria do gênero *hip-hop,* cantadas com falas rápidas e rimas que remetem aos debates e preocupações da época. A premissa da mente por trás do musical, Lin-Manuel Miranda, é a de que "a história dos Estados Unidos pode ser contada e recontada, vindicada e reivindicada, mesmo por pessoas que não se parecem com George Washington e Betsy Ross"[355].

O sucesso de *Hamilton* repousou, dessa forma, na capacidade do espetáculo de repensar, ou melhor, reimaginar, a fundação dos Estados Unidos simbolicamente, utilizando as discussões atuais daquele país sobre racismo, imigração e o que significa ser americano. Os *founding fathers* americanos definitivamente não eram negros ou latinos. Eram homens brancos, alguns inclusive donos de escravos. Mas ninguém que vá assistir *Hamilton* com mínimo conhecimento histórico se deixará enganar quanto a este fato.[356] *Hamilton* não busca reescrever a história. Busca, sim, reescrever a narrativa americana a partir da arte[357] e, com isso, reconstituir a comunidade americana a partir destes novos discursos, incluindo nesta comunidade hispânicos, negros, mulheres e outros grupos historicamente excluídos social e politicamente. Nessa linha, Anna Sanford Low afirma que "*Hamilton* cultivou uma identidade unificada e uma identificação com a história da fundação da América", uma história que foi "de privilégio, exclusividade, acessível primariamente para homens brancos", mas na qual o espetáculo deu "voz e presença" para indivíduos antes invisibilizados. Com isso, o público de *Hamilton*, e os públicos que se envolveram na discussão do musical em geral, puderam "sentir orgulho e segurança de sua 'americanidade'"[358].

---

[355]MCCARTER, Jeremy, **Hamilton, the revolution: being the complete libretto of the Broadway musical, with a true account of its creation, and concise remarks on hip-hop, the power of stories, and the new America**, London: Little, Brown, 2016..

[356] O que não tornou o musical acima das críticas. Nessa linha, comentadores apontaram para o fato de, ao meramente substituir personagens históricos brancos por atores negros, Miranda haver reiterado o apagamento histórico de figuras negras, escravizados e outros grupos vulneráveis na fundação dos EUA, cf. NATHANS, Crooked Histories. Igualmente, LOW, Anna Sanford, **Hamilton: Publics Theory, the Rhetorical Impact of**, Mestrado, Brigham Young University, 2017. Andie Silva e Shereen Inayatulla destacam, por exemplo, como os demais *founding fathers* americanos não deixavam que Hamilton esquecesse que ele não era branco – e que sua não-branquitude era uma desvantagem, cf. SILVA, Andie; INAYATULLA, Shereen, Who Tells *Our* Story: Intersectional Temporalities in *Hamilton: An American Musical*, **Changing English**, v. 24, n. 2, p. 190–201, 2017..

[357] A arte, nesse sentido, tem um "poder retórico (...) de moldar identidades e compreensões sobre ideologias políticas históricas e modernas", cf. LOW, **Hamilton: Publics Theory, the Rhetorical Impact of**..

[358]*Ibid.*

A arte é apenas uma das formas pelas quais a identidade constitucional, como identidade coletiva, opera no que denomino ser sua função constitutiva. Por meio da função constitutiva, a identidade constitucional busca construir ou reconstruir vínculos entre indivíduos e grupos sociais com o objetivo de criar ou recriar a comunidade constitucional. Na função constitutiva, predomina o aspecto discursivo da identidade constitucional. Ou seja, a identidade constitucional funciona como uma narrativa que indivíduos e grupos estabelecem e compartilham de modo a fixar o que há de comum em meio a um pluralismo social crescente.

Deve-se lembrar, nesse sentido, que boa parte dessa narrativa envolve aspectos de imaginação. Como já mencionado anteriormente, é em Anderson[359] que se encontra a tese de que comunidades, salvo, para Rosenfeld,[360] comunidades pequenas como a família, não são instituições concretas, são, pelo contrário, instituições imaginadas. A comunidade se forma, nessa perspectiva, a partir das narrativas de solidariedade construídas social e historicamente. No caso da comunidade nacional, a imaginação se revela quando são narradas histórias, tradições, linguagem e culturas comuns, com o objetivo de justificar a existência e mesmo constituir a nação.

Mas como já indicado nos itens anteriores, identidade constitucional e identidade nacional (e de outras identidades coletivas) não se confundem em suas funções constitutivas. Apesar de ambas operarem por meio de narrativas e discursos, tornando-se fundamento de legitimidade de uma comunidade (constitucional ou nacional), as narrativas e discursos envolvidos em cada uma são substancialmente distintas. A linguagem da nação é o nacionalismo[361], enquanto a linguagem da Constituição é o constitucionalismo.

A própria ideia de nação é um conceito em disputa. Como afirma Habermas, em seu uso clássico o conceito de nação se refere às "comunidades que tem a mesma origem, sendo integradas, do ponto de vista geográfico, através de colônias e da vizinhança e, do ponto de vista cultural, através da linguagem, dos costumes e de tradições comuns"[362]. É com a revolução francesa, segundo o autor, que as nações, até então comunidades não integradas politicamente , passam a ser vistas como titulares da soberania, transformada em

[359] ANDERSON, Benedict R. O'G. **Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism**. Rev. ed. London ; New York: Verso, 2006.
[360] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.
[361] SMITH, A.D., **Nationalism: Theory, Ideology, History**, [s.l.]: Wiley, 2013.
[362] HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v, .p. 282.

"características constitutiva para a identidade política dos sujeitos de uma comunidade democrática"[363]. Desde Siéyès, soma-se a esta unidade nacional a mencionada ideia de solidariedade[364], de igualdade entre os indivíduos em superação à divisão da sociedade em camadas sociais desiguais[365]. As teorias sobre o que constitui uma nação, contudo, variam.

Marcel Mauss[366], pensou a nação como uma "sociedade material e moralmente integrada", cujo elementos definidores seriam a existência de um poder central estável e permanente, de fronteiras definidas, de unidade mental, moral e cultural dos habitantes, e de adesão, por estes habitantes, ao Estado e a suas leis. Alguma forma de unidade moral de fato parecer ser comum a formulações sobre a nação. Como Renan falava em um princípio espiritual, Mauss mencionava nesse sentido que uma nação "possui sua civilização estética, moral e material (...), sua mentalidade, sua sensibilidade, sua moralidade, sua vontade, sua forma de progresso, e todos os cidadãos que a compõem participam da ideia que a dirige"[367].

É conhecida, ainda, a exposição de Ernest Renan sobre a nação, em que o francês rejeitou diversos critérios para definir o conceito, a religião, a raça, a linguagem, afirmando a nação como um "princípio espiritual"[368]. Segundo Renan, a nação se constitui a partir de um passado comum e de um consentimento presente de seus integrantes. Ela é uma unidade construída historicamente, pela sucessão de lutas, conquistas, derrotas e esquecimento das diferenças históricas em favor da igualdade presente entre os cidadãos nacionais. Mais do que significar uma comunidade constituída por uma origem comum, em Renan a nação é um "plebiscito diário" que prova sua existência por meio dos sacrifícios que exige dos indivíduos em favor da comunidade.[369]

Já no século XX, Smith tratou das nações como "comunidades vividas e sentidas cujos membros compartilham uma terra natal e uma cultura".[370] Desse compartilhamento surgem , o que Anderson identificou como uma narrativa de camaradagem.[371]

---

[363] *Ibid*.
[364] SMITH, A.D. **National Identity**. [s.l.]: University of Nevada Press, 1991. (Ethnonationalism in Comparativ).
[365] Nessa linha, Sieyés identificou a nação com o terceiro estado francês, excluindo, por exemplo, a nobreza de seu conceito de nação como corpo social sujeito às leis e à mesma legislatura. Sobre a ideia de que a nação implica alguma superação das divisões sociais, confira-se MAUSS, Marcel. A nação. **São Paulo: Três Estrelas**, 2017.
[366] *Ibid*.
[367] *Ibid*.
[368] RENAN, Ernest. **Qu'est-ce qu'une nation?** Marseille: Le Mot et le Reste, 2007.
[369] *Ibid*.
[370] MAUSS, Marcel. A nação. **São Paulo: Três Estrelas**, 2017.
[371] ANDERSON, Benedict R. O'G. **Imagined communities: reflections on the origin and spread of**

Não importa, aqui, desenvolver um conceito abrangente de nação. É suficiente identificar, com Smith, que os diferentes conceitos de nação permitem pensá-la tanto sob perspectivas objetivas,[372] quanto sob perspectiva subjetivas.[373] Para as primeiras, a nação se constitui pela mera presença de determinados elementos, por exemplo, linguagem, etnia, território, economia comuns de um povo. Para as segundas, as nações são puramente criações da subjetividade humana, obra da imaginação que repousa sobre uma narrativa histórica comum. Seja no primeiro sentido, seja no segundo, a identidade nacional dependerá exclusivamente de dados da realidade histórica e cultural de uma dada comunidade para se desenvolver.

Nisto já se diferencia a identidade nacional da identidade constitucional. Pois enquanto a primeira remete à existência (real ou imaginada[374]) de uma nação, a segunda gravita em torno da ideia de Constituição, não só como documento e prática, mas também como o conjunto de valores, compromissos e aspirações de uma unidade política. E diferente da nação, a Constituição não é mero reflexo da realidade (concreta ou imaginada).

Por certo a Constituição não é produto da providência divina ou da razão pura[375]. Seja como documento, seja como prática, a Constituição em sua origem em pessoas reais que, em maior ou menor grau, representam ou buscam representar a vontade de uma sociedade mais abrangente. Sendo assim, a Constituição sofre influência direta de discursos e identidades coletivas que não são propriamente constitucionais, o que inclui a identidade nacional.

Uma Constituição estabelecida em uma sociedade real será efetivada por pessoas que tem concepções morais (religiosas, ideológicas, nacionais) e que nem sempre poderão (ou desejarão) se afastar de tais concepções. Nesse sentido, em algum grau a Constituição reflete aspectos da realidade social.[376] Não só isso, uma Constituição, para ser bem-sucedida, deve estar atenta a esta realidade. Como afirma Hannah Pitkin, “apesar de

---

nationalism. Rev. ed. London ; New York: Verso, 2006.

[372] Smith menciona a posição de Stalin, para quem a nação seria uma comunidade de pessoas historicamente construída, estável, marcada por uma linguagem, território, economia, cultura e perfil psicológico comuns, cf. SMITH, A.D. **Nationalism: Theory, Ideology, History**. [s.l.]: Wiley, 2013. (Key Concepts).

[373] De que seria exemplo a teoria de Anderson sobre a nação como uma comunidade imaginada, cf. ANDERSON, Benedict R. O’G. **Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism**. Rev. ed. London ; New York: Verso, 2006.

[374] *Ibid*..

[375] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.

[376] Isso se coaduna com a tese de Rosenfeld para quem a identidade constitucional se constrói em relação dialética com outras identidades coletivas, cf. *Ibid*.

constituir ser sempre uma ação livre, como somos capazes de nos constituir é profundamente vinculado a como nós já estamos constituídos pela nossa própria distinta história", de tal modo que "se esquecermos de quem somos, nossos esforços na ação constitutiva falharão"[377].

Isso não significa, no entanto, que a comunidade constitucional deva se curvar aos fatores da realidade que a influenciam. Como revelam diversas experiências constitucionais especialmente em países periféricos e aqueles que buscaram superar histórias de opressão e injustiça, a Constituição também assume por vezes uma postura ativamente contrária ao *status quo.* Essa militância constitucional[378] ,que também é fruto de uma realidade (mas de uma realidade contestadora) ,confere à Constituição e ao discurso constitucional um caráter deontológico que falta ao conceito de nação. Se Renan estava certo, então a síntese da nação é a ideia de que "nós somos o que vocês foram, e nós seremos o que vocês são"[379]. Não por outra razão, o uso da identidade nacional no debate constitucional assume, por vezes, um caráter reacionário e contrário à expansão dos ideais do constitucionalismo – notadamente dos direitos fundamentais.[380]

Mas uma Constituição não se contenta com o que somos. Ela pede que sejamos algo mais. E isso não é verdade só para Constituições históricas comprometidas com as mudanças sociais. Quando afirmo que a linguagem da Constituição é o constitucionalismo, refiro-me não só ao constitucionalismo histórico, o projeto constitucional localizado, como também ao constitucionalismo enquanto ideal. Como já antecipado no início dessa tese, as Constituições e os discursos constitucionais que dela se originam estão em constante relação dialética com o próprio ideal do constitucionalismo. Nessa linha, mesmo Constituições históricas que aquiescem com o *status quo* são capazes de, ao almejar uma Constituição ideal, transformar-se para também transformar a realidade subjacente.[381]

Disto decorre, ainda, uma segunda distinção relevante entre a identidade constitucional e a identidade nacional. A identidade nacional, como visto, envolve forjar uma

---

[377] PITIKIN, H. F. Idea of a Constitution, The. J. Legal Educ., 37, 1987, p.169

[378] A expressão é de Jacobsohn e será desenvolvida a seguir, no item 3.3.2.

[379] RENAN, Ernest. **Qu'est-ce qu'une nation?** Marseille: Le Mot et le Reste, 2007.

[380] TEITEL, Ruti G., Reactionary Constitutional Identity, *in*: ROSENFELD, Michel (Ed.), **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy**, [s.l.]: Duke University Press, 2012, p. 233–243.

[381] Esta perspectiva ficará ainda mais evidente quando nos aprofundarmos na teoria da luta pela constituição a partir da tradição da teoria crítica, no item 4.2. Por ora, pode-se adiantar a ideia trazida nesta tese de que desde que uma Constituição esteja vinculada ao constitucionalismo, propondo um Estado de Direito, separação dos poderes e proteção de direitos fundamentais, mesmo sua aquiescência com o *status quo* está sujeita à contestação por meio do apelo a estes ideias. Ou seja, os movimentos que se sentem excluídos e exigem transformação podem, apelando para a Constituição, buscar no próprio sistema comprometido com a realidade excludente as ferramentas para subvertê-la.

unidade histórica e cultural. Para isso, diferenças são esquecidas, ignoradas ou combatidas. Já a lógica do constitucionalismo é oposta. O constitucionalismo, como ideal de inclusão e promoção de direitos, surge com o potencial intrínseco de reconhecer e promove o pluralismo social.[382] Mas o pluralismo gera o risco da fragmentação.[383] Nessa linha, o constitucionalismo busca, a partir da Constituição histórica, criar ou restabelecer laços entre indivíduos e grupos plurais sem, contudo, buscar suprimir lhes as diferenças.

Nessa linha, a função constitutiva da identidade constitucional envolve uma reunificação de indivíduos que se dá sob três óticas: temporal, ética e identitária.

A identidade constitucional confere unidade temporal à comunidade constitucional sob uma perspectiva intergeracional. Ao menos tentativamente, as constituições contemporâneas expressam uma pretensão de continuidade[384] e de resistência no tempo, de tal modo que o sujeito constitucional real consiste, na verdade, em diversos sujeitos separados entre si por décadas ou mesmo séculos.[385] A teoria constitucional identificou a partir disto a chamada dificuldade intergeracional da Constituição[386]: como legitimar um ordenamento constitucional quedo ponto de vista genético não contou com o consentimento de uma geração que hoje tem que viver sob a égide do passado? A identidade constitucional pretende dar uma resposta a isto.

A narrativa de continuidade conferida pela identidade constitucional constrói uma ponte entre o presente e o passado, vinculando os diferentes indivíduos e grupos ao redor de uma mesma comunidade constitucional e, portanto, ao redor do mesmo projeto constitucional. Importa não só repisar como a continuidade foi central às análises teóricas apresentadas desde Carl Schmitt acerca da identidade constitucional, como também estabelecer o que significa falar em continuidade. Continuidade não significa imutabilidade. Pelo contrário, o que a continuidade exige é que, identificadas as mudanças na Constituição,

---

[382] Remeto, mais uma vez, à teoria que será desenvolvida adiante no item no item 4.2.

[383] Essa parece ser também a premissa de John Rawls, quando tenta propor como solução sua teoria da justiça, cf. RAWLS, John. **A theory of justice: Original edition**. Harvard University Press, 2005.

[384] Como afirma Hannah Pitkin, um povo só pode afirmar ter "constituído" algo – ou seja, ter estabelecido para si uma constituição como verbo – se for capaz de estabelecer algo que dure, algo que "irá engajar e ser avançado por outros". A constituição deve ser algo "duradouro, fundado em princípios e fundamental", cf. PITIKIN, H. F. Idea of a Constitution, The. J. Legal Educ., 37, 1987,. p. 69.

[385] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.; ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.

[386] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

se possa dizer que "uma ordem jurídico-constitucional que sucede a outra se reconduz, jurídica e politicamente, à ordem constitucional precedente" [387]. Como se verá no item 4.1.2, a vida de uma Constituição envolve mudanças e transformações. A identidade constitucional unifica as diferentes formas e conteúdo que uma Constituição possa adotar precisamente reduzindo a relevância das diferenças em favor de uma individualidade discernível de uma comunidade constitucional que continua apresentando sua estrutura e elementos básicos. Isso significa que ao mesmo tempo que conecta a comunidade histórica presente e a passada, a identidade constitucional é ainda assim aberta às mudanças de aspectos originários que não mais se sustentam.[388]

Essa unidade temporal está relacionada, por sua vez, com uma segunda unidade que é ética. A unidade ética diz respeito à construção de um conjunto de valores socialmente compartilhados entre os sujeitos que compõem a comunidade constitucional. Como já se viu, esse conjunto de valores, que inclui valores substanciais, procedimentais e relacionais, é o que configura o conteúdo de uma dada identidade constitucional. Nesse aspecto se manifesta a função substancial do constitucionalismo, a de conferir a esta pluralidade fragmentada um conteúdo ético minimamente compartilhado e que permite aos indivíduos se conceberem como iguais componentes de uma comunidade constitucional abrangente.[389]

A identidade constitucional constrói o sentimento constitucional (*Verfassungsgefühl*) como definido por Karl Loewenstein em sua Teoria da Constituição[390], qual seja, "aquela consciência da comunidade que, transcendendo todos os antagonismos e

[387] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livr. Almedina, 1993,. p. 144.

[388] Rosenfeld ressalta como a construção da identidade constitucional americana envolve a desconstrução e reconstrução de mitos fundacionais para, por exemplo, dar sentido a um projeto constitucional igualitário (do ponto de vista racial) que não estava efetivamente presente quando da elaboração da Constituição de 1787, cf. ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.

[389] Este parece ser uma das funções dos direitos fundamentais inseridos em uma Constituição', como identificado por Jane Reis, ao lado do que em seguida denominarei a função normativa da identidade constitucional (mais próxima do que Reis identificou como direito constitucional enquanto ferramenta). Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, As garantias constitucionais entre utilidade e substância, **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 10, n. 35, p. 345–373, 2016. Veja-se, ainda, que identificar a Constituição como provendo uma unidade ética não significa excluir concepções filosóficas e políticas que negam a imposição de ideais de vida boa – como é o caso do liberalismo político. Como reconhecido por Rawls, mesmo o liberalismo exige determinadas escolhas valorativas, o que configuraria essa corrente de pensamento, para o autor, como uma doutrina parcialmente abrangente, cf. RAWLS, **Political liberalism**.. Em sentido oposto, no entanto, Nancy Fraser parece ter se posicionado contra modelos vinculados a tais ideais, rechaçando as propostas apresentadas por Taylor e Honneth, cf. FRASER, Nancy, Reconhecimento sem ética?, **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 70, p. 101–138, 2007.. Esse debate será aprofundado com maiores detalhes adiante.

[390] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 2018.

tensões existentes político-partidários, econômico-sociais, religiosos ou de outro tipo, integra os detentores e destinatários do poder no marco de uma ordem comunitária obrigatória, justamente a Constituição". A fé constitucional que levava o juiz americano Hugo Black a carregar consigo sempre uma cópia da Constituição só é possível[391]a partir de uma narrativa sobre a identidade constitucional que não só atribua ao texto constitucional sua característica de sagrado – de referencial ético[392] – mas também que lhe atribua um conteúdo com o qual os diversos sujeitos plurais possam se identificar.[393]

A unificação promovida pela identidade constitucional, por fim, é também identitária. A partir do recurso à identidade constitucional, o Nós (diversos sujeitos e grupos) se converte em um Eu (uma comunidade constitucional ou o sujeito constitucional). Assim, além de unir os diversos sujeitos constitucionais no tempo e ao redor de uma ordem de valores compartilhados, a identidade constitucional também constitui o próprio sujeito constitucional, unificando os diversos grupos ao redor da Constituição. A identidade constitucional não pretende se sobrepor a outras identidades coletivas, como o discurso nacionalista por vezes pretende. Ela busca, pelo contrário, explicar por que pessoas e grupos que divergem entre si quanto à religião, ideologia, raça, sexualidade e outros devem se ver como iguais membros de uma comunidade que vivem sob uma Constituição e compartilham do projeto que ela representa.

Note-se, por fim, que assim como é possível distinguir a comunidade nacional da comunidade constitucional a partir de suas respectivas identidades, é possível também identificar hipóteses de sobreposição e de conflito entre estas identidades. Isso porque, como afirma Mark Tushnet, "pode-se dizer que as Constituições de algumas nações contam histórias mais claras sobre quem estas nações são", de maneira que "Constituições variam na extensão em que conformam as culturas em que estão localizadas"[394]. Nada impede que um

---

[391] LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith**. Pbk. reissue, with a new afterword by the author, 2011. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2011.

[392] Nessa linha, a Constituição opera como uma reserva de justiça, para usar a expressão de Oscar Vilhena Vieira, cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 42, p. 53–97, 1997.

[393] Há, nesse sentido, uma característica normativa das Constituições como atos de vontade do poder constituinte. Como afirma Bernal, um povo que adote uma Constituição como sua almejará alguma visão de comunidade justa, ainda que tais princípios de justiça possam ser questionados, cf. BERNAL, C. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 2, p. 339–357, 2013.

[394] TUSHNET, Mark. The possibilities of comparative constitutional law. **The Yale Law Journal**, v. 108, n. 6, p. 1225-1309, 1999.

conceito de nação se desenvolva em dada sociedade de modo a se confundir com o próprio ideal de Constituição e constitucionalismo.[395] Nessa linha, Smith identifica duas formas de pensar a nação: a nação cívica e a nação étnica. Enquanto esta última reúne as concepções tradicionais de nação, buscando na história, cultura, etnia os fundamentos da unidade nacional, a primeira é aberta à inclusão e pluralismo. Seria, portanto, na ideia de nação cívica que a identidade constitucional pode florescer.

O caso americano parece ser um dos mais emblemáticos exemplos em que a nação (pensada em uma perspectiva cívica) por vezes se relaciona com aspectos constitucionais, os Estados Unidos como a terra dos livres que emana os ideais iluministas da Declaração de Independência norte-americana e da Constituição de 1787[396]. O que se vê, no entanto, é que sobrepor nação e Constituição nestes termos pode gerar riscos. Afinal, hoje mais uma vez os Estados Unidos são chamados a repensar o que significa ser americano quando um intenso processo de imigração alterou substancialmente o perfil demográfico daquele país neste século. O discurso nacionalista, que se desenvolve em termos raciais, surge desconectado logicamente do discurso constitucional de igualdade.[397]

Mas o aspecto deontológico da Constituição, seu objetivo de atingir um constitucionalismo ideal, também é capaz de transformar o próprio discurso nacional. Se *Hamilton* (o musical) pode hoje ser estrelado por minorias raciais e assistidos pela elite cultural norte-americana é porque os Estados Unidos passaram, nos últimos dois séculos, por um intenso processo de lutas sociais, políticas e jurídicas pela efetivação da igualdade constitucional. E na medida em que o reconhecimento jurídico-constitucional da igualdade se torna possível, o discurso de identidade constitucional passa a influenciar também o discurso sobre o que é ser americano. Porque o que *Hamilton* faz é afinal tentar reimaginar a história e reformatar o imaginário popular acerca do passado norte-americano, ampliando a partir da

---

[395] À ideia de que as constituições refletem a história e características das nações em que elas são estabelecidas é denominada por Tushnet de expressivismo, cf. *Ibid*.. É relevante, no entanto, a observação de Rosenfeld para quem quanto maior for a coincidência entre identidade constitucional e identidade nacional, maior poderá ser a resistência ao cosmopolitismo e ao uso do direito estrangeiro e internacional como fonte de interpretação e reflexão sobre a Constituição nacional. Exemplo disso, segundo o autor, seria o caso norte-americano, especialmente na posição do então ministro da Suprema Corte, Antonin Scalia, reconhecido por sua resistência às referências estrangeira, cf. ROSENFELD, Michel, **B. Comparative Constitutional Analysis in United States Adjudication and Scholarship**, [s.l.]: Oxford University Press, 2012.. No mesmo sentido, JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

[396] BASSOK, Or, Interpretative theories as roadmaps to constitutional identity: The case of the United States, **Global Constitutionalism**, v. 4, n. 03, p. 289–327, 2015.

[397] HOLSTON, James, **Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**, 1a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

identidade constitucional não só a comunidade constitucional, como também a nação americana.[398]

Se a empreitada é ou não bem-sucedida ultrapassa o ponto desta tese. O que se pode extrair, quanto à função constitutiva da identidade constitucional, é que ela envolve o aspecto discursivo desta identidade. Ela diz respeito ao recurso à Constituição como forma de construir vínculos em uma sociedade plural, criando uma comunidade constitucional que existe a partir da Constituição e em diálogo com outras identidades coletivas que se coordenam ou se confrontam com os objetivos constitucionais, sejam aqueles próprios da Constituição histórica, sejam aqueles insculpidos nos ideais do constitucionalismo.

3.3.2 A função normativa da identidade constitucional: entre a crítica político-social e a efetividade jurídica.

A identidade constitucional é expressão de narrativas acerca das aspirações e compromissos de dada comunidade. Ela é uma identidade coletiva, no sentido de constituir um Eu plural. Como identidade coletiva a identidade constitucional apresenta aspectos que são descritivos e normativos. Descritivos no sentido de que toda identidade coletiva pretende identificar os traços caracterizadores de uma dada comunidade, traços a partir dos quais os indivíduos e grupos sociais possam se reconectar. Normativamente, a relação dialética entre o discurso de identidade coletiva e os indivíduos e grupos concretos aos quais ela se atribui implica não só que o Eu coletivo transforma os significados de uma dada identidade, mas também que a identidade conforma a atuação de tal comunidade imaginada. Dito de outra forma, o pertencimento de uma pessoa a uma comunidade dotada de uma certa identidade coletiva gera sobre ela determinadas normas ou expectativas de comportamento decorrentes desta mesma identidade.[399] Espera-se de indivíduos que integram uma determinada comunidade religiosa, compartilhando, por exemplo, uma identidade cristã que adotem determinados comportamentos, liturgias, cerimônias. Que compartilhem e avancem certas visões de mundo. Que pratiquem ou deixem de praticar certos atos. Tudo sob pena de sanções

[398] Notadamente diante do argumento posto, por exemplo, por James Holston ao identificar a raça como o dilema da nação americana – cujo pertencimento supostamente se daria pelo mero nascimento nos EUA, mas não tão facilmente para os povos não-brancos (*Ibid*.p. 84-85).

[399] A função normativa da identidade nacional, nesta linha, está relacionada a ideia de normas sociais que decorrem do pertencimento do indivíduo a grupos sociais (BOBBIO, Norberto, **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SP: Edipro, 2003.).

sociais que podem culminar, até mesmo, na exclusão do indivíduo desta mesma comunidade.[400] Central a esta característica das identidades coletivas em geral é a pretensão de continuidade, preservação e resistência daquela comunidade imaginada.

A normatividade da identidade constitucional não é idêntica, no entanto, àquela atribuída de maneira geral às identidades coletivas. Em um primeiro sentido, para compreender a particularidade que envolve a normatividade da identidade constitucional, é necessário inicialmente tratar de como uma identidade constitucional se relaciona com a realidade da comunidade que a estabelece.

Em seu estudo acerca da identidade constitucional, Gary J. Jacobsohn[401] sustenta que as Constituições podem ter, por um lado, um caráter eminentemente preservador da ordem social, ainda que tragam, em si, instrumentos institucionais que permitam mudanças sociais de acordo com os avanços e retrocessos de uma sociedade. Por outro lado, as Constituições podem ser contestadoras da ordem social, de tal modo que a distância entre a norma e a realidade é não só aquela intrínseca às identidades coletivas em geral, mas especificamente necessária a esta particular manifestação de identidade constitucional.

Se por um lado Jacobsohn assume a premissa burkeana de que a Constituição é fruto do tempo, isso não significa que a identidade constitucional seja necessariamente conservadora, no sentido de manutenção das ordens sociais existentes. Pelo contrário, para Jacobsohn as Constituições podem assumir tanto identidades conservadoras quanto identidades transformadoras. E nesse sentido o autor distingue a identidade constitucional entre o que denominou identidades aquiescentes e identidades militantes.[402]

A aquiescência constitucional, para Jacobsohn, se manifesta pelo silêncio da Constituição acerca dos conflitos sociais. Este silêncio implica um reconhecimento de que a identidade constitucional está em concordância com o *status quo*, revelando uma pretensão de preservá-lo. Em contraposição, a Constituição militante se caracteriza por um reconhecimento dos conflitos sociais, postos em primeiro plano e a partir de uma agenda de transformação social. No constitucionalismo militante, tem-se um documento confrontacional,

---

[400] Em contraposição, a disseminação de certos comportamentos ou visões de mundo entre indivíduos de uma mesma coletividade podem também alterar os significados da identidade coletiva que compartilham, transformando tais práticas antes repudiadas em práticas aceitas.
[401] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.
[402] *Ibid*.

a Constituição assume uma agenda de transformação, enfrentando as estruturas sociais que seriam incompatíveis com o projeto de sociedade que se pretende construir.[403]

Estas identidades não são necessariamente excludentes , uma mesma identidade constitucional pode coordenar aspectos aquiescentes e aspectos militantes. Da mesma forma, uma Constituição predominantemente aquiescente pode ser incapaz de evitar a transformação social, Jacobsohn menciona o caso da Constituição irlandesa de 1937, que apesar de sua característica confessadamente religiosa não impediu os recentes avanços para reconhecer o direito ao aborto no país, ao passo que uma Constituição militante pode ser igualmente incapaz de efetivamente promover tal transformação.

O constitucionalismo militante não se confunde com o conceito – ainda que próximo – de democracia militante desenvolvido na tradição alemã e discutido por Karl Loewenstein[404]. Ao analisar o conceito de democracia vis-à-vis o fascismo, em 1937, Loewenstein propôs uma postura ativa da democracia liberal enquanto ideal firmado sobre premissas de proteção das liberdades e direitos fundamentais contra a técnica política fascista. A esta postura denominou "democracia militante". Apenas em uma breve passagem o autor discorre acerca do papel da Constituição neste contexto (de ameaça fascista à democracia):

> Constituições são dinâmicas na medida em que permitem a mudança pacífica por meios regulares, mas elas devem ser fortalecidas quando confrontadas por movimentos que buscam sua destruição. Onde direitos fundamentais são institucionalizados, sua suspensão temporária é justificada. Quando os canais ordinários de legislação são bloqueados pela obstrução e sabotagem, o estado democrático usa os poderes de emergência para permitir legislação que implicitamente, quando não explicitamente, envolvem a própria noção de governo. (...) Se a democracia acredita na superioridade de seus valores absolutos sobre as platitudes oportunistas do fascismo, ela deve atender às demandas do momento e todo esforço possível deve ser feito para resgatá-la, mesmo sob o risco de isso custar a violação de princípios fundamentais.[405]

Deixada de lado a ironia histórica, o fato de o fascismo ter se valido precisamente dos instrumentos mencionados por Loewenstein para avançar sobre a

---

[403] *Ibid*.
[404] No Brasil, confira-se ainda SARMENTO, Daniel; PONTES, João Gabriel Madeira, Democracia militante e a candidatura de Bolsonaro, **Jota**, 2018.
[405] LOEWENSTEIN, Karl, Militant Democracy and Fundamental Rights, I., **American Political Science Review**, v. 31, n. 03, p. 417–432, 1937.

democracia[406], o constitucionalismo militante não se confunde com a ideia propugnada pelo autor de democracia militante. A democracia militante é uma postura de autopreservação da democracia contra os movimentos que – valendo-se oportunisticamente de suas garantias – buscam destruí-las. Nessa linha, a democracia militante permite até mesmo a suspensão da Constituição em potencial ruptura com a identidade constitucional vigente, visando à proteção do regime político democrático. A identidade constitucional militante não é, por outro lado, uma postura de autopreservação defensiva (contra avanços supervenientes).[407] É em realidade, uma postura de transformação ativa (contra realidades antecedentes).

É na ideia de militância constitucional que fica mais evidente um primeiro diferencial do caráter normativo da identidade constitucional. Enquanto as identidades coletivas em geral extraem primordialmente de um Ser, narrativas sobre tradição, religião, história, etnia etc., o Dever Ser, em geral preservacionista de tais narrativas, a identidade constitucional pretende extrair do Dever Ser as aspirações e os compromissos constitutivos da comunidade constitucional – o Ser – ou seja, a realidade. É certo que em ambos os casos as relações entre as prescrições da identidade coletiva e as realidades a que se aplicam não são unidirecionais e envolvem transformações mútuas. No caso específico da identidade constitucional, por exemplo, desenvolve-se na segunda parte desse trabalho que ela não se origina de imperativos categóricos extraídos de situações contrafáticas ou paramente racionais. Ela surge de comunidades reais e históricas e de suas disputas. Mas o traço distintivo que aqui se pretende acentuar, quanto à identidade constitucional, é que os discursos e narrativas que a constituem não se limitam a definir o que aquela unidade política formada ao redor de uma Constituição é. Constituições, em maior ou menor grau, tem a pretensão de afirmar o que aquela comunidade deve ser.[408] E este dever ser, diferente do que acontece em identidades coletivas como uma identidade religiosa ou nacional, não é necessariamente

[406] De fato, a destruição da Constituição de Weimar se deu precisamente pela edição de leis que ignoravam limites constitucionais. Nessa linha, Conrad afirmou que "a Constituição de Weimar apenas foi formalmente emendada oito vezes e em aspectos de menor relevância. Mas o escopo amplo dado à função de 'maioridade de emenda' sob o artigo 76 levou a uma massa de legislação constitucional fora da Constituição" (CONRAD, Dietrich. Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power. **The Indian yearbook of international affairs**, p. 375–430, 1970.). No mesmo sentido, LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 2018, p. 192.

[407] É possível sustentar que a democracia militante pode inclusive ser lida sob a ótica da identidade constitucional aquiescente, na medida em que busca manter um status quo pensado como democrático contra transformações que ameacem este modelo.

[408] Ainda que esse dever ser, repise-se, seja ele mesmo formulado por uma comunidade histórica e geograficamente localizada.

preservacionista das características passadas ,ele por vezes (ou, em realidades substancialmente desiguais, em geral) pretenderá a transformação do *status quo* ,qualificando seu caráter militante.[409]

No cerne desse debate está a ideia de efetividade constitucional. Karl Loewenstein já buscara, em sua teoria constitucional, analisar a distância entre normas constitucionais e as relações de poder existentes em dado Estado a partir de uma classificação ontológica da . O autor identificou três categorias em que se poderiam inserir as Constituições: as Constituições normativas, as Constituições nominais e as Constituições semânticas.[410] Tanto as constituições normativas quanto as Constituições nominais teriam a pretensão efetiva de regular o processo político e adequá-lo às previsões da Constituição(conquanto sejam bem-sucedidas em graus distintos). As Constituições semânticas, por outro lado, seriam aquelas que se limitariam a descrever o processo político existente ou nem sequer pretendem fazê-lo, de tal forma que a inexistência da Constituição formal seria indiferente para o desenvolvimento do processo político vigente em um determinado Estado. Esta Constituição não poderia nem mesmo ser considerada como uma roupa – é um mero disfarce.[411]

Onde há Constituição semântica, contudo, não pode haver identidade constitucional. Pois se a Constituição é mera fachada ou irrelevante para o desenvolvimento político e social de um Estado, então a organização dos indivíduos e grupos sociais ao redor de um discurso constitucional se torna inviável. Mas onde há constituições normativas e nominais, a identidade surgirá com a pretensão específica de conformar a realidade aos seus termos.

Mesmo uma Constituição que seja predominantemente aquiescente, que no geral esteja alinhada com os fatores reais de poder como existem em uma sociedade, trará em si um aspecto transformacional. Porque as Constituições históricas estão inseridas em um contexto global de constitucionalismo e com ele também se relacionam de maneira dialética.[412] E as premissas básicas do constitucionalismo (pensado idealmente) conferem uma

---

[409] Isso não significa que uma identidade coletiva que não a identidade constitucional não possa ter, ela mesma, pretensões de transformação social.
[410]LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 2018
[411] *Ibid*.
[412]NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. 1. ed. Barcelona: Gedisa Ed, 1997.

gramática que permite expandir a concepção e proteção de direitos.[413] Sofrendo os influxos da identidade do constitucionalismo, que por seu alto grau de abstração permite pensar o ideal em uma leitura transformadora e expansiva, – então, a identidade constitucional mais aquiescente acaba por sucumbir às pretensões de transformação da sociedade. Essa reflexão ajuda a compreender como experiências constitucionais inicialmente aquiescentes em determinados aspectos se tornam radicalmente transformacionais posteriormente. O caso dos Estados Unidos e sua relação com a escravidão é emblemático.

Muito se fala, no debate sobre a igualdade na Constituição americana, nos avanços trazidos pela 13ª e 14ª Emenda, que aboliram a escravidão e estabeleceram a cláusula constitucional de igual proteção (o princípio da igualdade americano). Mas pouca atenção é dada à outra potencial 13ª Emenda que, como relatado por Jacobsohn, se tivesse sido aprovada iria tornar a escravidão algo próximo a uma cláusula pétrea da Constituição americana.[414] No debate oitocentista americano, duas diferentes narrativas sobre a identidade constitucional daquele país se contrapunham, uma especificamente aquiescente e complacente com o *status quo* da escravidão, outra transformacional e combativa de uma realidade existente. Esta última, por certo, se fundamentava em uma narrativa de igualdade e liberdade que remeteria às proclamações fundadoras dos Estados Unidos. Mas também estava alinhada com valores não propriamente americanos, mas pautados no constitucionalismo como experiência ideal – notadamente, nos direitos inalienáveis dos homens.[415] Aqui está intrínseca à ideia de Constituição, um caráter transformacional, que pode se apresentar em maior ou menor grau. E esse caráter acaba por projetar-se sobre a própria identidade coletiva formada ao redor de uma Constituição– ela também trazendo uma pretensão normativa de mudança da sociedade.

Uma objeção pode ser levantada contra essa tese. Pode cogitar, sem maiores controvérsias, de uma determinada sociedade contar com uma Constituição. melhor dizendo, um documento constitucional, que rejeite expressamente o mencionado diálogo com o constitucionalismo. Pense-se em uma Constituição que não preveja direitos fundamentais, que rejeite consensos internacionais sobre direitos humanos ou que não estabeleça um Estado de

---

[413] Ainda que seja necessário ressignificar o instrumental jurídico-normativo do ideal constitucionalista. Se o constitucionalismo é pensado em termos de direitos fundamentais como a liberdade e igualdade, ainda que haja consenso sobre um significado restrito destes conceitos, a mera alusão a eles permite já que grupos que tenham concepções distintas sobre o que significam se apropriem destes conceitos e ressignifiquem-nos, pressionando por uma mudança geral nos consensos postos. Sobre isso, remeto mais uma vez ao item 4.2.

[414] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

[415] *Ibid*.

Direito propriamente dito. É possível que em um caso como esse, não se possa falar a princípio em pretensões transformadoras da identidade constitucional. Mas, nos limites semânticos adotados por esta tese, esse sequer será um caso de constitucionalismo histórico propriamente dito. Pois, como se deve lembrar, a proposição aqui adotada sobre o conceito de Constituição não a considera nem como mero texto normativo, nem como mera decisão política fundamental mas como um processo construído socialmente em diálogo com o constitucionalismo enquanto um conjunto de ideais. A negação de direitos fundamentais ou a aversão à limitação do poder e ao Estado de Direito torna a experiência desta sociedade hipotética uma experiência anticonstitucional[416] que extrapola os limites desse trabalho.[417]

Se a pretensão de transformação inerente à identidade constitucional é o primeiro traço característico de sua função normativa, em comparação com outras identidades coletivas ,o segundo traço que caracteriza a normatividade da identidade constitucional diz respeito à própria natureza específica da normatividade constitucional. Uma Constituição– escrita ou não – não é mera norma de natureza social ou moral. Pelo contrário, o constitucionalismo contemporâneo identifica na Constituição uma norma jurídica propriamente dita. Afirmar a normatividade da Constituição significa afirmar a necessidade de que o Estado constitucional disponha dos mecanismos institucionais para impedir a violação das normas constitucionais e para expurgar os atos praticados que as desrespeitem. Uma teoria da identidade constitucional que ignore os efeitos jurídicos do conceito seria, dessa forma, incompleta.

Falar em função normativa da identidade constitucional significa falar nos dois sentidos de normatividade que o conceito assume, um sentido amplo, onde a função normativa se refere a definição dos horizontes possíveis ao desenvolvimento político e social de dada comunidade; e um sentido estrito, onde a função normativa limita juridicamente os atos do poder público, que podem ser editados sem que se promova uma destruição ou substituição da Constituição.

---

[416] SILVA, José Afonso. Luta pela Constituição. *In*: **Cadernos de Soluções Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

[417] Seguindo, contudo, o modelo proposto na tradição da teoria crítica, no entanto, é possível que mesmo este sistema jurídico ou outros sistemas sociais apresentem, em seu seio, ferramentas que permitam a subversão do sistema, cf. HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.

3.3.2.1 A função normativa em sentido amplo: a identidade constitucional como parâmetro de avaliação das transformações, crises e rupturas constitucionais.

Como já visto, identidades coletivas em geral buscam a conformação de seus membros. No caso da identidade constitucional, essa pretensão de conformação é mais abrangente. Ao se contrapor à realidade, às narrativas acerca da identidade constitucional pretendem a transformação dos campos político, jurídico e social em favor, no plano imediato, das aspirações e compromissos da comunidade constitucional e, no plano mediato, dos ideais do constitucionalismo. Em um sentido amplo, essa função normativa da identidade constitucional se projeta especificamente nos campos social e político. A identidade constitucional aqui, é tomada propriamente como uma narrativa acerca dos elementos que caracterizam a comunidade social. E esse discurso, ao encontrar a realidade social e política desta comunidade, opera criticamente com relação a ela.

Essa postura crítica se projeta em diferentes sentidos. Em um primeiro sentido, ela se desenvolve na relação dialética entre a identidade constitucional e outras identidades coletivas. Em específico, Jacobsohn recorre reiteradamente à identidade nacional como forte influenciadora da identidade constitucional, por vezes deixando pouco clara a distinção entre ambas.[418] Isso é compreensível considerando a perspectiva burkeana adotada pelo autor, vislumbrando assim na ideia de Constituição os próprios discursos sobre tradições e passado que seriam trazidos pelo conceito de nação. Mas identidade constitucional e identidade nacional, diga-se novamente, não se confundem. Esta é, em realidade, apenas mais uma das identidades coletivas que dialogam com a primeira.

De fato, a identidade constitucional tem a pretensão de, por meio das narrativas sociais em torno da Carta Magna, formar uma comunidade constitucional plural.[419] A identidade nacional, por outro lado, não é necessariamente plural. Pelo contrário, o discurso sobre a nação está em geral relacionado à redução do pluralismo, limitando a comunidade nacional a fatores históricos, religiosos, étnicos, de tradição e outros. Tampouco é característico à identidade nacional ser mutável. Ainda que, na prática, o conceito de nação –

[418] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.
[419] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010. (Discourses of law).

e o que se concebe como uma determinada nação – mude histórica e socialmente, subjaz ao discurso nacionalista uma ideia de perenidade.[420]

Como já visto, onde houver uma identidade nacional bem estabelecida, ela influenciará a prática constitucional vigente e, portanto, também a identidade constitucional construída em um país. Isso ajuda a explicar diferenças tão acentuadas nas compreensões acerca de conceitos jurídicos nominalmente idênticos, pense-se na diferente interpretação conferida à liberdade religiosa na França e nos Estados Unidos.[421] Mas não só a identidade nacional influencia a constitucional. Outras identidades coletivas também a influenciam. Afinal, se a identidade constitucional é plural, então ela também se pretende expansiva[422],abrangendo cada vez mais membros e grupos de uma dada sociedade regida por um mesmo ordenamento constitucional. Sem que dialogue com as identidades compartilhadas por estes grupos, essa tarefa poderá ser impossível.[423]

Nessa linha, uma sociedade fortemente marcada pelo pluralismo religioso, como é exemplificativo o caso da Índia ,pode transportar para sua identidade constitucional um igualmente forte elemento de secularismo que outras sociedades menos heterogêneas no plano da religião podem não situar no cerne de sua unidade política e constitucional. Da mesma forma, onde haja uma identidade religiosa amplamente compartilhada, possivelmente haverá influências morais sobre as narrativas da própria identidade constitucional daquela comunidade.

Mas exatamente porque é marcada pelo pluralismo, por uma pretensão de inclusão e de transformação social que a identidade constitucional não só aquiesce quanto às

---

[420] SMITH, Anthony Smith D.; HALL, John A. Nationalism theory, ideology, history. **Canadian Journal of Sociology**, v. 29, n. 1, p. 160, 2004.

[421] Ran Hirschl afirma, quanto a isso, que o modelo francês de liberdade de expressão se qualifica por um "secularismo assertivo", em que o Estado adota uma postura militante de a-religiosidade. Em contraposição, o modelo americano de liberdade religiosa concebe uma postura neutra do Estado quanto ao tema religioso, cf. HIRSCHL, Ran, Comparative constitutional law and religion, *in*: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Orgs.), **Comparative constitutional law**, Cheltenham, UK ; Northampton, MA: Edward Elgar, 2011, p. 422–440.

[422] A ideia de expansão do direito para incluir demandas e grupos previamente invisibilizados será retomada na análise da transformação da identidade constitucional, no item 4.2. Em especial, essa ideia parte da teoria honnethiana sobre a luta por reconhecimento. Para o autor, por meio do recurso ao direito, movimentos sociais e grupos marginalizados pressionam os limites dos significados dos conceitos jurídicos e da ideia de sujeito de direito, reivindicando seu reconhecimento como igual partícipe e agente moral de uma sociedade, cf. HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.

[423] Conhecida a proposta de Rawls para dar solução a esta questão. Em sua teoria da justiça, Rawls pensa uma estrutura básica da sociedade que concebe princípios de justiça objeto de consenso entre diferentes doutrinas abrangentes. Tal "consenso sobreposto", então, garante a estabilidade da sociedade plural – que, se vendo representada na estrutura básica, entende o empreendimento social como legítimo, cf. RAWLS, **Political liberalism**.. No lugar de um consenso sobreposto, no entanto, esta tese pensará a constituição como parte de uam eticidade formal, nos termos desenvolvidos por Axel Honneth, conforme item 4.2.

identidades coletivas existentes em dada realidade. Ela também se põe como parâmetro normativo de avaliação e limitação dos impulsos normativos destas mesmas identidades. Nessa linha, a identidade constitucional acaba por operar como um parâmetro para definir, por exemplo, o que Rawls denominava doutrinas razoáveis ,ou seja, em que limites as diferentes concepções e discursos compartilhados por coletividades diversas são admissíveis dentro de uma mesma comunidade constitucional.[424] Nessa linha, a normatividade da identidade constitucional opera precisamente (1) conformando tais concepções ou (2) excluindo-as, por completa incompatibilidade, do campo do admissível ou razoável.

Além de se pôr em relação crítica e dialética com outras identidades coletivas, a identidade constitucional enquanto discurso acerca da vontade da Constituição e da vontade do sujeito constitucional permite verificar as distâncias e descompassos entre a nota promissória do texto constitucional[425] e o mundo concreto. Enquanto esta distância, no plano da função normativa, exige ação jurídica; no plano da crítica ela envolve não só esta forma de mobilização, mas também a organização social e política no sentido de se fazer valer a efetividade da Constituição.

A novidade que a identidade constitucional traz, neste aspecto, é que ela não se limita a afirmar que uma Constituição deva ser efetiva.[426] Uma Constituição pode ser "efetiva" de diversas formas, a depender dos significados que sejam atribuídos aos textos que formam o ordenamento constitucional. Mais que propugnar mera efetividade, a identidade constitucional dá sentido à efetividade: entre texto e norma existe um esforço interpretativo que é preenchido pela narrativa social dos objetivos constitucionais, pela narrativa sobre o

---

[424] RAWLS, John. **A theory of justice: Original edition**. Harvard University Press, 2005. . A razoabilidade de tais doutrinas, no entanto, será pensada nesta tese de maneira distinta aquela proposta por Rawls. Para o autor, razoáveis são as doutrinas capazes de acolher os princípios de justiça (de natureza liberal-igualitária) desenvolvidos pelo autor. A razoabilidade se relaciona com a capacidade de atuar considerando a existência do outro ,"As pessoas são razoáveis em um aspecto básico quando, entre iguais, por exemplo, estão dispostas a propor princípios e critérios como termos eqüitativos de cooperação e a submeter-se voluntariamente a eles, dada a garantia de que os outros farão o mesmo", cf. RAWLS, John. **Political liberalism**. Expanded ed. New York: Columbia University Press, 2005, p. 93. Assim, pessoas razoáveis professam doutrinas razoáveis na medida em que são capazes de conformar suas doutrinas aos princípios básicos de justiça. O que se propõe, aqui, é que mais do que abrigar doutrinas que são razoáveis no sentido rawlsiano, o modelo de transformação constitucional deve considerar um ideal ético próprio da tradição do constitucionalismo e do direito: a emancipação social. Essa perspectiva será vista com detalhe no item 4.2 abaixo.

[425] A expressão é de Martin Luther King Jr. e foi empregada neste contexto por Jacobsohn, cf. JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

[426] Efetividade, aqui, assume o significado próximo de eficácia social, no sentido de que não só a norma constitucional produz seus efeitos jurídicos, como também traduz-se, no mundo real, nas medidas concretas pretendidas pela norma, cf. BARROSO, Luis Roberto, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1, 2015.

conteúdo da identidade da Constituição. Efetivar a Constituição é efetivar esta narrativa, extraída das dinâmicas entre os diversos grupos e atores sociais e institucionais.

Por fim, a identidade constitucional, por ter um conteúdo identificável, serve normativamente também como parâmetro para a aferição de transformações e rupturas constitucionais. Pensada em termos de identidade constitucional, uma ruptura desse tipo diz respeito à mudança total e parcial, na linha já apontada pela teoria colombiana da substituição constitucional dos elementos básicos desta identidade. Nesse sentido, a ruptura constitucional é uma ruptura da própria identidade constitucional, com a destruição da continuidade e resistência que são centrais ao conceito.

Como parâmetro de aferição de rupturas constitucionais, a identidade constitucional atua em dois sentidos. Primeiro, ela pode apontar a manutenção da identidade constitucional a despeito das mudanças sofridas por uma experiência constitucional. Constituições mudam formal e materialmente, e a própria identidade constitucional se transforma ao longo dos anos. No entanto, a construção de narrativas de continuidade e resistência a partir de uma identidade unificada permite sustentar que a despeito de tudo o que mudou (a ruptura da ideia de ser-o-mesmo sobre a qual já se falou), a comunidade constitucional permanece intacta em seus compromissos e aspirações (mantém, assim, sua individualidade). A identidade constitucional é instrumento para definir as continuidades e descontinuidades constitucionais. Isso é especialmente relevante quando se considera, como afirma J. J. Gomes Canotilho, que o binômio continuidade-descontinuidade não envolve apenas considerações de natureza formal, ou seja, definir se há ou não novo documento constitucional que revogue e substitua outro.[427] Pelo contrário, estabelecer a continuidade constitucional envolve um critério de análise material, que se revela tanto quando "se verifica uma 'destruição' (...) do antigo poder constituinte por um novo poder constituinte", quanto nos casos em que "se verifica uma 'ruptura formal' (...) e uma 'ruptura consciente' com o passado no plano dos princípios políticos constitucionalmente estruturantes"[428].

Nesse sentido, a identidade constitucional pode (1) confirmar a manutenção de uma Constituição, a despeito de alterações textuais (parciais e totais), (2) confirmar a manutenção da Constituição, a despeito de mudanças nas práticas institucionais (incluindo na

[427] Como afirma Canotilho, essa perspectiva de continuidade e descontinuidade considera apenas o procedimento e a forma de alteração constitucional, mas não o conteúdo das mudanças da constituição (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livr. Almedina, 1993.).
[428] Idem.

interpretação constitucional), (3) confirmar a manutenção de uma dada Constituição, a despeito de mudanças sociais e políticas.

Além de dizer quando *não* se está diante de uma nova Constituição, a identidade constitucional também serve como parâmetro normativo para afirmar, pelo contrário, quanto se está, *sim*, diante de uma nova Constituição. Atualmente, esse aspecto da função normativa da identidade constitucional assume especial relevância pela percepção de que as rupturas constitucionais nem sempre se dão por mecanismos evidentes, como a violação frontal ao texto constitucional (o caso da de Weimar de 1919) ou o golpe sucedido pela substituição do documento constitucional vigente (o caso da substituição da Constituição brasileira de 1946, primeiro pelo Ato Institucional n. 1, e mais adiante pela Constituição de 1967). Fala-se, atualmente, em diferentes mecanismos pelos quais os poderes constituídos rompem com a Constituição vigente valendo-se de práticas aparentemente válidas do ponto de vista jurídico. Três destas principais formulações consistem nos chamados constitucionalismo abusivo ("abusive constitutionalism"),[429] o desmembramento constitucional ("constitucional dismemberment") [430] e o jogo duro constitucional ("constitutional hardball"). [431]

A ideia de constitucionalismo abusivo, como desenvolvida por David Landau, parte da premissa de que rupturas grosseiras na ordem constitucional – de que são exemplos os golpes militares – teriam entrado em desuso nos tempos recentes. [432] Atualmente governos de inclinação autoritária teriam passado a se valer de mecanismos de mudança constitucional – a emenda e a substituição constitucional – para manter-se no poder, dificultar a organização de uma oposição que possa de fato suplantá-lo e, com isso, minar a democracia a partir de uma aparência de validade jurídica.[433]

O constitucionalismo abusivo, segundo Landau, pode ser exercido tanto por meio da emenda constitucional[434] – de que seria exemplo o já estudado caso colombiano, quando Uribe buscou aprovar a proposta de segunda reeleição, quanto por meio da

---

[429] LANDAU, David, Abusive Constitutionalism, **University of California Davis Law Raview**, v. 47, p. 189–260, 2013.
[430] ALBERT, Richard, Constitutional Amendment and Dismemberment, **The Yale Journal of International Law**, v. 43, n. 1, p. 1–84, 2017. ALBERT, Richard, **Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions / Richard Albert**, Oxford, United Kingdom ; New York: Oxford University Press, 2019.
[431] TUSHNET, Mark V., Constitutional Hardball, **SSRN Electronic Journal**, 2003.
[432]LANDAU, David, Abusive Constitutionalism, **University of California Davis Law Raview**, v. 47, p. 189–260, 2013.
[433] *Ibid*.
[434] *Ibid*.

substituição constitucional[435],no que Landau se vale do exemplo a promulgação da de 1999 da Venezuela, capitaneada por Hugo Chávez, e da de 2008 do Equador, capitaneada por Rafael Correa. Ainda, pode-se fala em um constitucionalismo abusivo misto, em que reforma e substituição se coordenam. [436] Nesse caso, Landau faz referência ao caso da Hungria que desde 2010 ‘ passa por um processo crescente de desmantelamento do regime democrático por meio de uma série de emendas constitucionais que enfraqueceram os mecanismos de controle do poder, culminando em uma nova Constituição em 2011.

Uma ideia semelhante foi igualmente avançada por Richard Albert a partir do conceito de desmembramento constitucional.[437] Segundo propõe o autor, na linha aqui já afirmada quando do estudo acerca das teorias da estrutura básica da Constituição e da substituição constitucional, uma emenda constitucional consiste em uma "mudança constitucionalmente contínua da lei superior", de maneira que a "continuidade constitucional é um elemento necessário de uma emenda"[438]. Albert sustentou que uma emenda pode ter quatro objetivos distintos: corrigir falhas nos arranjos institucionais estabelecidos no texto originário; avançar os propósitos da Constituição, como compreendidos em dado momento; reformar regras específicas da Constituição, sem alterar seu núcleo; ou restaurar um *status quo* constitucional que tenha sido superado por alguma mutação constitucional. Em todos os casos, a emenda altera a Constituição sem contudo romper com sua continuidade.[439]

Fenômeno distinto, para Albert se dá quando ocorre a transformação de "um ou mais dos compromissos nucleares de uma Constituição". Uma mudança na Constituição que seja incompatível com o quadro constitucional existente não pode ser chamada de emenda, configurando efetivo desmembramento da Constituição. Seja qual for o conteúdo de uma dada Constituição,[440] uma emenda propriamente dita não pode transformar a própria identidade

---

[435] *Ibid*.
[436] *Ibid*.
[437] ALBERT, Richard, Como normas constitucionais não escritas mudam Constituições escritas, **Revista Publicum**, v. 3, n. 3, 2016; ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. **SSRN Electronic Journal**, 2017; ALBERT, Richard. **Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions / Richard Albert**. Oxford, United Kingdom ; New York: Oxford University Press, 2019..
[438] ALBERT, Richard. **Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions / Richard Albert**. Oxford, United Kingdom ; New York: Oxford University Press, 2019.
[439] *Ibid*.
[440] "A teoria do desmembramento constitucional não está enraizada em uma compreensão normativa da constituição. O que importar é o acordo constitucional presente e como ele é alterado. O desmembramento constitucional não assume uma visão prévia sobre o que uma constituição deva fazer, entrincheirar ou proteger. O desmembramento constitucional, no lugar disso, define como ponto de partida os compromissos e entendimento presentes da constituição e, a partir deles, avalia se uma mudança constitucional transforma algo fundamental sobre o Direito, estrutura ou identidade de uma constituição" cf. *Ibid*..

constitucional. Trata-se do "desfazimento de uma Constituição sem a quebra da continuidade jurídica" por meio da alteração de "um ou mais dos elementos essenciais de uma Constituição, um direito fundamental, uma estrutura fundamental, ou um elemento nuclear da identidade de uma Constituição"[441].

Tanto o constitucionalismo abusivo quanto o desmembramento constitucional são mecanismos pelos quais atores políticos se utilizam de instrumentos juridicamente válidos – notadamente, emendas constitucionais – para transformar profundamente a experiência constitucional vigente. A eles se soma, um terceiro conceito que não se atém especificamente à ideia de emendas constitucionais.

Trata-se da ideia desenvolvida por Mark Tushnet a partir do conceito de jogo duro constitucional ("constitutional hardball"). [442] Em síntese, o jogo duro constitucional se refere às práticas legislativas e executivas que, apesar de existirem indiscutivelmente dentro dos limites de um dado quadro constitucional, estão em tensão com premissas conceitualmente anteriores à própria Constituição.

Há algumas diferenças entre o jogo duro constitucional tushnetiano e os conceitos tratados nos parágrafos anteriores. Primeiro e mais sobressalente é o fato de que, para Tushnet, o jogo duro constitucional é um instrumento de que se valem minorias políticas para transformarem suas posições políticas. [443] Minorias políticas, no entanto, não conseguiriam, ao menos não com facilidade, avançar um constitucionalismo abusivo ou o desmembramento constitucional.[444] Isso não torna o conceito inoperante para a análise de rupturas da Constituição e, portanto, da identidade constitucional. Pelo contrário, central à ideia de jogo duro constitucional é o desatendimento ao que Tushnet denominou premissas pré-constitucionais. E tais acordos pré-constitucionais, como Tushnet os conceitua, são similarmente semelhantes à ideia de narrativas compartilhadas acerca da ordem constitucional vigente (ou seja, identidade constitucional).

> A ideia é que os arranjos institucionais característicos de uma ordem constitucional particular, características, isso é, de cada período

[441] *Ibid*.
[442] TUSHNET, Mark V. Constitutional Hardball. **SSRN Electronic Journal**, 2003
[443] *Ibid*.
[444] Esses fenômenos podem, em tese, ser capitaneados por um grupo politicamente minoritário, mas a formação de uma maioria política (e, por vezes, social) é, invariavelmente, necessária para avançar emendas constitucionais ou mesmo a substituição da constituição, cf. *Ibid*..

> específico da política ordinária , são os pressupostos aceitos por todos os atores politicamente significantes naquele período... [445]

O jogo duro constitucional acaba por marcar um momento de tentativa transformação da ordem constitucional, em que tais premissas pré-constitucionais, até então geralmente aceitas, são questionadas com o objetivo de que sejam alteradas. trata-se de um mecanismo de criação de crises de identidade constitucional, como serão analisadas adiante no item 5.2.2.

No plano normativo em sentido amplo, a identidade constitucional, que é o discurso acerca de quais são os compromissos, aspirações e significados constitucionais compartilhados por dada comunidade constitucional ,permite contrapor-se às tentativas de transformação como o jogo duro constitucional, o constitucionalismo abusivo e o desmembramento constitucional. Ela opera como instrumento de que se podem valer agentes políticos e sociais[446] para denunciar tentativas (mal ou bem-sucedidas) de ruptura com a Constituição vigente, a despeito da máscara de aparente continuidade jurídica. Como afirmado por Sarlet, se por um lado os limites da Constituição podem não impedir uma revolução ou a destruição total da Constituição, ao menos são capazes de, pela articulação social e política, lhe retirar a máscara da legalidade ou da legitimidade.[447]

Essa percepção acerca do uso da identidade constitucional por agentes políticos e sociais reforça algumas das premissas postas no início desta tese. A primeira é a de que a , ainda que seja um documento jurídico, não é só isso. Uma Constituição, escrita ou não, tem um forte caráter político e social, reunindo como já visto, a ordem de valores compartilhadas (ao menos normativamente) por uma comunidade constitucional. A segunda é a de que, sendo a Constituição um documento político e social, sua defesa não é trabalho exclusivo dos tribunais. Pelo contrário, agentes políticos institucionais – Legislativo, Executivo – e agentes sociais e não institucionalizados, a sociedade civil e os movimentos sociais[448],também tem papel relevante na mobilização crítica constante em defesa da preservação de uma identidade constitucional vigente, dando vazão à comunidade aberta de intérpretes da Constituição a que

---

[445] *Ibid*.

[446] Seu emprego jurídico será analisado no item seguinte.

[447] SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos fundamentais, democracia e "Cláusulas Pétreas" na Constituiçào Federal de 1988, *in*: FELLET, A.; NOVELINO, M. (Orgs.), **Constitucionalismo e Democracia**, [s.l.]: Juspodivm, [s.d.].

[448] O papel dos movimentos sociais na construção destas narrativas é o cerne da analisa desenvolvida porAlexandre de Castro Catharina, cf. CATHARINA, Alexandre de Castro, **Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais**, [s.l.: s.n.], 2015. No mesmo sentido, confira-se GOMES, **Por um constitucionalismo difuso**.

aludira Peter Haberle[449]. E também por meio desses agentes a identidade constitucional conforma as instituições, a crítica social limitando a atuação de agentes políticos que pretendam romper com a Constituição vigente; a crítica política promovendo o controle recíproco entre instituições que possam tentar se valer de mecanismos de reforma ou de jogos duros constitucionais na tentativa de transformar o núcleo de um constitucionalismo historicamente realizado.

3.3.2.2 A função normativa em sentido estrito: a identidade constitucional como norma jurídica.

Nem todo conceito de Direito constitucional configura uma norma jurídica propriamente dita. Nesta tese, por exemplo, dois deles já foram abordados, o conceito de poder constituinte e de sentimento constitucional, ambos permitindo compreender o fenômeno jurídico-constitucional, mas que não encerram em si um princípio ou regra jurídica próprios. A identidade constitucional, por outro lado, tem uma dimensão normativa própria, ela aponta no sentido da continuidade e resistência de uma certa experiência constitucional e seus elementos básicos. A contrário sensu ela se opõe às mudanças nucleares da Constituição(em sentido material) que rompam com esta continuidade. E neste aspecto, a identidade constitucional vai além do mero discurso sociológico ou político, podendo ser pensada como efetiva norma que produz efeitos jurídicos sobre os atos do poder público tendentes a romper com esta pretensão de continuidade que ela impõe.

Sendo norma jurídica, é necessário ainda identificar a qual espécie normativa se amolda a identidade constitucional. É conhecida a classificação das espécies normativas como regras ou como princípios jurídicos, sendo diversos os parâmetros empregados na literatura jurídica para distingui-los.

Uma primeira corrente afirma que a diferença entre regras e princípios seria gradual. Regras e princípios se situariam no mesmo espectro enquanto normas jurídicas, porém em extremos opostos. Assim, regras seriam mais determinadas, princípios mais indeterminados; regras seriam menos fundamentais para o sistema, princípios seriam mais

[449] HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. [s.l.]: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

fundamentais; regras exigem menor atividade criativa do intérprete; regras exigem maior atividade criativa.[450]

Mais recentemente[451], uma segunda corrente tem proposto que a distinção entre regras e princípios não se dê no campo gradual, mas no qualitativo. Regras e princípios se distinguiriam por serem espécies normativas com características próprias e inconfundíveis[452] entre uma e outra. Nessa linha a tese de Ronald Dworkin, para quem princípios consistem em normas jurídicas que se realizam na dimensão de peso, enquanto regras são aplicadas no modelo tudo ou nada[453]. Também tecendo uma distinção qualitativa, Alexy define as regras como mandados definitivos, enquanto princípios seriam mandamentos *prima facie* que impõe a otimização de um determinado ideal, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.[454]

Humberto Ávila sustenta que princípios apontam finalidades, exigindo em sua aplicação a ponderação com outros princípios considerando as razões morais subjacentes a tais normas jurídicas. Já as regras seriam "normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência", que se aplicam por meio da "avaliação da correspondência (...) entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos". [455] Em Ávila se identifica, ainda, um terceiro conjunto de normas, que denomina postulados normativo se que nada mais seriam que normas de 2º grau ou metanormas, ou seja, normas que tratam da aplicação de outras normas, de que seria exemplo o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.[456]

Como destacam Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto, no estado atual do debate não se pode falar em um "critério certo" para distinguir regras e princípios. Mais relevante é compreender as consequências teóricas da opção por um ou outro modelo de

---

[450] Sobre as distinções quantitativas ou fracas dos princípios, confira-se PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**, [s.l.]: Saraiva, 2018; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[451] Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto situam a "virada principiológica", no Brasil, nos anos 1990, cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 382.

[452] *Ibid*. p. 381.

[453] DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

[454] ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**, São Paulo, SP: Malheiros Ed, 2008.

[455] ÁVILA, Humberto, **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, São Paulo: Malheiros, 2005.

[456] *Ibid*.

classificação, esclarecendo, dessa forma, o que se pretende com a afirmação de que uma determinada norma é um "princípio" ou uma "regra".[457]

Mesmo considerando correto este argumento, tanto a mais contemporânea classificação qualitativa, quanto as teorias anteriores à virada principiológica poderiam estar de acordo em atribuir à identidade constitucional a natureza de princípio. Para que essa afirmação fique mais evidente, exponho quais as características e conteúdos normativos a identidade constitucional apresenta, à luz do que até aqui se verificou.

Em primeiro lugar, a identidade constitucional é conceito jurídico indeterminado.[458] Definir a identidade constitucional como a estrutura básica da Constituição – os elementos que definem escolhas substantivas, procedimentais e relacionais de dado ordenamento constituído – não responde quais os elementos que constitutem essa estrutura básica. Como conceito jurídico indeterminado, a identidade constitucional permite falar em zonas de certeza positiva ,quando definitivamente se estará falando de parte integrante da estrutura básica da Constituição, e em zonas de certeza negativa, quando uma previsão constitucional definitivamente não engloba sua estrutura básica. Assim, por exemplo, tomado em consideração o caso brasileiro, a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental estabelecido no artigo 1º do texto constitucional, está intrinsecamente vinculada à identidade substancial do ordenamento constitucional vigente,[459] de tal modo que sua supressão ou a adoção de medidas capazes de esvaziar a proteção constitucional à dignidade implicariam ruptura de identidade constitucional. Em contrapartida, diversas "miudezas" constitucionais definitivamente não integram a estrutura básica da Constituição de 1988 – sendo o artigo 242, § 2º da Constituição o clássico exemplo de dispositivo que, se afetado, não alteraria a face distintiva e caracterizadora da Constituição.[460]

Tratando-se, contudo, de conceito jurídico indeterminado, há ainda uma zona de incerteza na definição da identidade constitucional que englobará uma série de previsões constitucionais cuja centralidade à estrutura básica da Constituição só pode ser afirmada ou

---

[457] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012

[458] Como afirma Flavio Galdino, o Direito tem atualmente se centrado em "conceitos abertos, também chamados de elásticos ou maleáveis" – de modo que, por meio de tais conceitos, que são indeterminados, mas não são indeterminàveis, que o sistema se mantém aberto, cf. GALDINO, Flávio, **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 115-117.

[459] Para Daniel Sarmento, a dignidade da pessoa humana é o "centro e razão última da ordem jurídica" cf. SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum. 2016

[460] SARMENTO, D., Ubiqüidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda, *in*: **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**, [s.l.]: Editora Lumen Juris, 2006, p. 167–206.

rejeitada a partir da prática constitucional diária. Apenas da interação entre agentes institucionais e não institucionais é que se poderá extrair os discursos capazes de dar resposta às incertezas quanto à identidade constitucional. Isso porque a definição de uma identidade constitucional envolve considerações estruturais e abrangentes acerca de uma dada Constituição histórica. Haverá textos constitucionais que de maneira expressa identificam os dispositivos e compromissos que compõe o núcleo identitário de uma Constituição. No caso brasileiro, esse núcleo é revelado pelas cláusulas pétreas[461]. Haverá casos, no entanto, como a experiência indiana exemplifica, em que estes elementos estarão definidos no preâmbulo da Constituição. Haverá, ainda, casos em que este núcleo é revelado pelas cláusulas pétreas, mas não se limite a elas.

Seja como for, tanto onde haja Constituição escrita, quanto onde ela não exista, os elementos de uma identidade constitucional podem não se resumir a um ou outro dispositivo jurídico ou prática isolada. Pelo contrário, por vezes os elementos de uma identidade constitucional, por exemplo, o Estado Democrático de Direito, ou a princípio da igualdade só podem ser compreendidos em seu significado considerando a estrutura constitucional como um todo,[462] precisamente porque são eles também conceitos indeterminados.

Isso fica mais claro quando se destaca que uma mesma ou semelhante escolha política (legislativa, executiva ou judicial) pode, em momentos distintos, violar ou não a identidade constitucional. Relembre-se o caso da reeleição na Colômbia.[463] Em duas ocasiões, pretendeu-se alterar a Constituição colombiana para permitir a reeleição do presidente. Mas enquanto a primeira tentativa foi reputada consentânea com a identidade constitucional colombiana[464],notadamente quanto ao presidencialismo e democracia, a tentativa de segunda reeleição foi tida por violadora deste núcleo insubstituível. [465] Do ponto de vista lógico-jurídico, uma conclusão desse tipo só é possível considerando que o elemento da identidade

---

[461] BRANDÃO, Rodrigo, **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia e "cláusulas pétreas" na Constituição Federal de 1988. **NOVELINO, Marcelo. FELLET, André (Org.). Constitucionalismo e democracia. Salvador: JusPodvim**, 2013.; BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: **Temas de Direitos Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. III.

[462] Francisco Campos destacara a necessidade de uma interpretação sistemática para definir uma dada identidade constitucional, cf. CAMPOS, Francisco. Poder de Emenda: Reforma Agrária. **Bahia Forense: Legislação, Doutrina, Jurisprudência**, v. 5, n. Jun.-Dez., p. 24–35, 1967.

[463] Item 2.1.2.

[464] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-1040/2005**, julg. em 19 de Outubro de 2005.

[465] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-141/2010**, julg. em 26 de Fevereiro de 2010.

em jogo – o presidencialismo ou a democracia – é afetado de maneiras distintas por uma mesma providência, a depender de como as outras estruturas constitucionais com ele se relacionam. Por exemplo, o Estado Democrático de Direito pode ser violado por mandatos mais alongados quando não esteja consolidada uma prática e instituições democráticas. Mas em uma mesma Constituição, ele pode ser considerado atendido quando estas práticas e instituições estejam postas ou, por exemplo, quando o alongamento do mandato é promovido em paralelo a outras alterações que democratizam outros espaços de exercício do poder. [466]

Além de ser um conceito jurídico indeterminado cuja aplicação exige considerações estruturais e uma argumentação capaz de dar resposta aos casos envolvendo incertezas, a identidade constitucional tem uma característica adicional enquanto norma jurídica. Quando aplicada para validar ou invalidar uma medida, a identidade constitucional não cria uma cláusula pétrea.

Na linha do afirmado pelo Tribunal Constitucional Colombiano, a identidade constitucional opera sob uma lógica de insubstitutibilidade. Significa dizer que o que se impede é a substituição de uma estrutura central à Constituição por outra com ela totalmente incompatível. Mas a insubstitutibilidade não significa intangibilidade. A identidade constitucional, porque é mutável, permite a alteração do modelo específico de Estado Democrático de Direito consagrado em uma Constituição, ou do modelo de presidencialismo e até mesmo do modelo de proteção de direitos fundamentais. Essas mudanças, questionáveis sob a lógica de intangibilidade que defluiria das cláusulas pétreas[467], apenas podem ser reputadas inválidas no plano da insubstitutibilidade quando haja efetiva ruptura na continuidade do modelo constitucional.

Da ideia de insubstitutibilidade decorre um esforço de preservar o espaço de livre conformação e transformação da sociedade por seus agentes (sociais e políticos). Um modelo de "constitucionalismo fraco", como proposto por Joel Colón-Rios, sob pena de se expandir de maneira antidemocrática às restrições ao poder de autogoverno de cada maioria histórica[468]. Nessa linha, ao propor parâmetros de aplicação da teoria da substituição

---

[466] Esse foi o raciocínio empregado pela Corte Constitucional colombiana para convalidar as reformas que estabeleceram a primeira reeleição, cf. COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. **C-1040/2005**, julg. em 19 de Outubro de 2005.

[467] A própria intangibilidade como premissa das cláusulas pétreas é contestável, como será visto no item 6.1.

[468] Este é, de fato, o problema central à tensão entre constitucionalismo como limitação do poder e democracia como autogoverno. Uma interpretação da identidade constitucional que crie novas cláusulas pétreas implica reforçar as limitações sobre as maiorias históricas. Pelo contrário, uma interpretação que assuma uma leitura sistemática em que modificações semelhantes, em contextos diversos, não são reputadas inválidas busca

constitucional, Carlos Bernal[469] sustenta que uma substituição só deve ser reconhecida quando: (1) suprima um dos elementos do constitucionalismo, ou os altere de forma a esvaziar a democracia deliberativa, (2) quando substitua um elemento da democracia deliberativa que impacte de maneira substancial sobre seu funcionamento, em uma leitura minimalista e (3) havendo desacordo quanto à existência de uma substituição constitucional, tratando-se de substituição pela via da emenda, deve-se analisar o grau de participação popular em sua elaboração. [470]

Como será visto, as transformações que geram rupturas de identidade não se manifestam apenas pela via da emenda constitucional. Carlos Bernal parece confundir a identidade do constitucionalismo com a identidade constitucional em si. Sem prejuízo disso, é possível pensar critérios de interpretação que partem da proposta de Bernal, no seguinte sentido: (1) uma transformação da identidade constitucional deve ser reputada inválida quando suprima um ou mais princípios estruturantes da Constituição, a serem definidos a partir de uma análise que sistemática do ordenamento constitucional; (2) uma transformação da identidade constitucional deve ser reputada inválida também quando suprima um dos princípios estruturante do constitucionalismo (como o Estado de Direito, a proteção de direitos fundamentais e a separação dos poderes) ou neles interfira de forma a esvaziar seu conteúdo; (3) havendo dúvida sobre a validade e legitimidade de uma transformação constitucional, deve-se analisar o grau de participação popular nesta transformação (seja pela via da emenda, seja por outras vias) de modo a aferir sua compatibilidade com o projeto constitucional posto. E por fim, (4) persistindo a dúvida sobre a validade de uma transformação da identidade constitucional, deve-se reputá-la válida, diante da natureza mutável da Constituição.

Feita essas considerações, é possível classificar a identidade constitucional como um *princípio jurídico*. Sob a ótica das distinções quantitativas, essa afirmação se justifica pelo alto grau de indeterminação da identidade constitucional, pela sua reforçada

---

coordenar o fato de que a identidade constitucional existe e não admite substituição, com a perspectiva de que as identidades se transformam legitimamente no tempo.

[469] BERNAL, C. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 2, p. 339–357, 2013

[470] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da" última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial, **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 02, p. 119–161, 2013.

exigência de argumentação e esforço interpretativo e pela centralidade que a identidade constitucional ocupa em um dado ordenamento jurídico.

A análise qualitativa da identidade constitucional como princípio nos revela, contudo, algumas particularidades de maior relevância prática. Sob esta perspectiva, a natureza principiológica da identidade constitucional impõe reconhecer, em primeiro lugar que se trata de comando normativo imediatamente finalístico. Ou seja, o que a identidade constitucional objetiva é um estado de coisas marcado pela continuidade e resistência da estrutura básica constitucional (seja sob a perspectiva substancial, procedimental ou relacional). Ela não estabelece de imediato, contudo, que medidas ou comportamentos sejam exigidos para que esse estado de coisas esteja presente, o que seria possível extrair de uma regra jurídica. Nessa linha, exige-se do intérprete da identidade constitucional estabelecer a correlação entre as medidas que com ela se confrontam e a realização ou não deste objetivo de continuidade. A identidade constitucional se amolda à definição de princípio como proposta por Humberto Ávila[471].

O que também decorre da natureza principiológica da identidade constitucional é a exigida preocupação com não se estabelecer novas cláusulas pétreas constitucionais, ou seja, de se estabelecer uma lógica de insubstitutibilidade e não de intangibilidade. De fato, como não é possível estabelecer aprioristicamente os elementos exatos de uma identidade constitucional, essa construção jurídica se dá a partir de cada caso concreto, considerando elementos fáticos e jurídicos em jogo. Assim, como deflui da teoria dos princípios proposta por Alexy, a aplicação de princípios jurídicos envolve não só considerações normativas, como também fáticas. De tal modo que a aplicação de um princípio P, sob determinadas condições C, gera uma consequência jurídica que é, ela mesma, uma regra.[472] Por força de um dever de coerência imposto pelo ordenamento jurídico, [473] toda vez que a mesma condição C surgir, então a aplicação do princípio P implicará aquela consequência jurídica. Mas a abertura para considerar as condições no momento de aplicações de princípios é o que permite desenvolver a interpretação sistemática que a identidade constitucional exige. Nessa linha, a identidade

[471] "Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção." (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70). Como se verá adiante, no entanto, a identidade constitucional também pode operar, dentro da classificação de Ávila, como um postulado normativo.

[472] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo, SP: Malheiros Ed, 2008. (Teoria & direito público).

[473] *Ibid*.

constitucional opera efetivamente como um mandado de otimização, [474] que aponta no sentido de tutelar os elementos básicos da Constituição e que, na concretização específica, permite que os limites dessa proteção sejam desenhados a partir do confronto com diversas razões jurídicas em colisão.

Dessa forma é possível compreender como o Tribunal Constitucional Colombiano, ao aplicar a identidade constitucional a duas medidas semelhantes – duas emendas constitucionais permitindo a reeleição presidencial – chegou a conclusões diferentes. Apesar de se estar aplicando o mesmo princípio ao caso, e de haver semelhança entre as medidas sujeitas ao escrutínio, as condições que a Corte identificou foram diversas. Enquanto no julgamento que envolveu a primeira reeleição a Corte considerou que estruturalmente não havia riscos à democracia colombiana, diante de sua evolução desde a promulgação da Carta constitucional; no segundo caso a Corte considerou que uma segunda reeleição geraria outra sorte e grau de impactos sobre a república e a democracia constitucional. Dessa forma, nem o primeiro julgado estabeleceu uma interpretação estanque da estrutura básica constitucional, em que toda reeleição seria permitida nem se pode dizer do segundo caso que proibiu qualquer reeleição, criando uma intangibilidade dentro do sistema presidencialista. Pelo contrário, em ambos os casos se empreendeu uma interpretação da Constituição e da realidade constitucional em sentido estrutural, para identificar em que situações há ou não a subversão do modelo constitucional vigente de maneira incompatível com a identidade vigente.

Deflui de sua natureza de princípio jurídico que a identidade constitucional produzirá três espécies de eficácia jurídica: uma eficácia interpretativa, uma eficácia negativa e uma eficácia positiva. [475]

Pela eficácia interpretativa,[476] a identidade constitucional impõe que entre as diversas interpretações possíveis de um texto ou norma jurídica, deve-se adotar aquela que melhor seja capaz de avançar os compromissos e aspirações que sustentam esta identidade. Nessa linha, a identidade constitucional opera como um princípio próprio de interpretação constitucional, um princípio instrumental[477] , ou, na classificação de Humberto Ávila, opera

---

[474] *Ibid*.
[475] BARCELLOS, Ana Paula De, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**, Rio de Janeiro: Renovar, 2011; BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: **Temas de Direitos Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. III.
[476] *Ibid*.
[477] *Ibid.*

como um postulado normativo, ou seja, como uma norma de 2º grau, que rege a aplicação de outras normas. [478]

A eficácia interpretativa da identidade constitucional é relevante, inclusive, no debate envolvendo a interpretação e proteção de cláusulas pétreas. Como se sabe, alguns ordenamentos jurídicos – de que é exemplo o brasileiro – identificam de maneira expressa seus elementos nucleares, tornando-os não só insubstituíveis, como também intangíveis. Subsiste, no entanto, o debate acerca do conteúdo das cláusulas pétreas, visto que por vezes os dispositivos petrificados são eles mesmos princípios dotados de alguma indeterminação de sentido. Nesse contexto, discute-se se a interpretação das cláusulas pétreas deve assumir posturas minimalistas ou maximalistas[479] ,ora gerando maior risco para a proteção de valores constitucionais básicos, ora conduzindo a um risco elevado de limitar-se substancialmente a democracia e o autogoverno das maiorias históricas.

Como princípio de interpretação constitucional, a identidade constitucional soma a este debate, identificando em que medida as transformações dos sentidos que são atribuídos às cláusulas pétreas são consentâneas ou não com a Constituição vigente. Assim, por exemplo, em uma Constituição marcada por ideais emancipatórios, modificações acerca dos significados de direitos fundamentais voltadas para sua maior restrição podem implicar uma ruptura inadmissível com a identidade firmada. Em contraposição, modificações que envolvam a promoção de tais ideais emancipatórios, eventualmente levando a uma alteração nos limites de significado de determinadas cláusulas pétreas para avançar esse objetivo podem eventualmente ser reputadas válidas. Retomarei este debate quando tratarmos da Emenda Constitucional n. 95, no item 6.4.1.

---

[478] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

[479] A postura minimalista ou maximalista na interpretação de princípios constitucionais está associada com o risco de o intérprete – notadamente agentes judiciais – realizarem um "mergulho hermenêutico abissal" que o conduzem a "espaços obscuros e insondáveis" que passam a confundir a norma jurídica com as próprias preferências pessoais do aplicados do direito. Nessa linha, Sunstein propôs que as constituições sejam concebidas em suas escolhas de princípio como acordos incompletamente teorizados, significando que há discordâncias de fundo acerca dos significados envolvendo conceitos como liberdade, igualdade e outros princípios constitucionais. Nessa linha, Sunstein propõe uma postura de autorestrição dos interpretes que aconselha decisões restritas que não discorram profundamente sobre os fundamentos morais e filosóficos, cf. SUNSTEIN, Cass R., Second-Order Perfectionism, **SSRN Electronic Journal**, 2006; SUNSTEIN, Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law.De outro lado, a premissa contrária ao minimalismo propõem que não há como se manter no campo da despolitização do direito, cuja conexão com a moral seria inevitável. Tratando do minimalismo e do maximalismo no contexto da interpretação da dignidade da pessoa humana, confira-se SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum. 2016

Para além da eficácia interpretativa, a identidade constitucional produz ainda uma eficácia negativa e uma eficácia positiva.

A eficácia negativa[480] consiste precisamente no efeito de invalidar os atos jurídicos que violem a identidade constitucional vigente. Ou seja, se os poderes instituídos não têm a competência para legitimamente substituir um ordenamento constitucional, a violação à identidade constitucional torna inválidos os atos tendentes a romper com o modelo vigente. É assim, então, que essa norma jurídica tem sido predominantemente aplicada no direito comparado, como analisado nos capítulos anteriores.

Menor atenção tem sido dada, em contraposição, à eficácia positiva da identidade constitucional. No caso da identidade constitucional, a questão que se põe é se é possível, a partir do conceito, extrair deveres do Estado no sentido de avançar certos compromissos e aspirações. Atualmente, discussão semelhante tem sido travada nos contextos das omissões inconstitucionais, das inconstitucionalidades sistêmicas e do Estado de Coisas Inconstitucional. [481] Comum a estes debates é a ideia de que Constituições contemporâneas não se limitam a prever deveres de abstenção do Estado, mas também deveres de atuação que, se violados, geram inconstitucionalidades que devem ser supridas institucionalmente.[482] No caso específico das inconstitucionalidades sistêmicas e do Estado de Coisas Inconstitucional, fala-se não só em omissões, mas também em atos que, de maneira coordenada, geram um cenário estrutural de violação a mandamentos constitucionais. [483]

Conquanto não se tenha identificado no direito comparado, inclusive no direito colombiano, de que se origina a discussão sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, a vinculação específica da identidade constitucional aos deveres de atuação, não seria inconsistente sustentar tal relação. Determinadas Constituições , notadamente aquelas marcadas por um maior grau de militância constitucional , são marcadas pela proposta de transformação do *status quo*. Nesse sentido, a identidade constitucional construída a partir

---

[480] BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: **Temas de Direitos Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. III

[481] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly, Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição, p. 30, ; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, **Estado De Coisas Inconstitucional**, 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

[482] Essas superações, por sua vez, se dão por meio de remédios estruturais envolvendo não só o Poder Judiciário, como também os Poderes Legislativo e Executivo em uma relação de diálogos institucionais, cf. CAMPOS, **Estado De Coisas Inconstitucional**.

[483] PEREIRA, Jane Reis; ACCIOLY GONÇALVES, Gabriel. Inconstitucionalidade Sistêmica E Multidimensional: Transformações No Diagnóstico Das Violações À Constituição (Systemic and Multidimensional Unconstitutionality: Transformations in the Diagnosis of Constitutional Violations). **Revista Juris Poiesis, ano**, v. 18, p. 130-159, 2015.

desse ideal de superação das desarmonias constitucionais impõe ao Estado o dever de atuar de forma a buscar a efetivação deste ideal. É nessa linha que a eficácia positiva permite extrair da identidade constitucional militante deveres específicos do Estado para superar omissões inconstitucionais, inconstitucionalidades sistêmicas e estados de coisas inconstitucionais. Por certo, a identidade constitucional como norma não precisa de atuar isoladamente, podendo se coordenar com as teorias vigentes, somando sua função normativa às exigências decorrentes de outras normas e conceitos constitucionais.

3.4 **Afinal, o que é uma identidade constitucional? Síntese da primeira parte.**

Ao longo desta primeira parte, busquei extrair de diferentes formulações um sentido de identidade constitucional que torne o conceito útil, seja como chave de compreensão do fenômeno constitucional, seja como instrumento de avanço e proteção de projetos constitucionais. Nessa linha, a identidade constitucional consiste no núcleo de decisões substanciais, procedimentais e relacionais que estruturam e sustentam o ordenamento constitucional. Definir a identidade de uma determinada Constituição, por sua vez, envolve um exercício de interpretação, além do recurso à construção de discursos e narrativas. Mas a identidade constitucional não é apenas narrativa, é também norma, em sentido social e em sentido jurídico, assumindo a natureza de princípio, que busca conformar as realidades e resistir à sua própria destruição.

Ao longo dos capítulos anteriores, pretendi demonstrar não apenas o que a identidade constitucional é, mas também como ela se manifesta. Enquanto uma identidade plural, social e historicamente construída e mutável, a identidade constitucional busca representar a unidade política que é a comunidade constitucional, formada ao redor de uma Constituição. Os diversos membros desta comunidade são os autores e destinatários desta identidade, construindo e reconstruindo as narrativas as quais eles mesmos devem respeitar, em um exercício que desenvolve um sentimento e espírito constitucional.

Não há razão para ter receio ou aversão à ideia de uma identidade atribuída à Constituição. Ignorar que tais características por receio de engessamento do modelo constitucional ou de criação de novos obstáculos à transformação democrática seria, por um lado, fugir de um problema central à teoria constitucional há décadas. Por outro, implicaria compreender esta identidade de maneira imprecisa. Porque identidade não é engessamento, é continuidade. É verdade que nada impede que uma Constituição tenha uma identidade que se possa considerar “ruim”. Mas o conceito de identidade constitucional como aqui tem sido

trabalhado não impede os aprimoramentos de tal projeto constitucional. Não impede nem mesmo sua superação pela comunidade constitucional. O que se exige é que qualquer aprimoramento ou superação seja enfrentado pelo que é, um aprofundamento de um projeto histórico, ou a substituição do que havia por algo novo.

É nessa linha que a segunda parte dessa tese se volta para o fenômeno da formação e das transformações da identidade constitucional, teorizando como tais processos se desenvolvem em uma determinada comunidade constitucional.

PARTE II. FORMAÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL: ENTRE TRANSFORMAÇÕES E CRISES

4 A FORMAÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL POR UM PROCESSO DE LUTA(S) PELA CONSTITUIÇÃO.

Na primeira parte deste trabalho, busquei retomar as principais formulações acerca do que se pode conceber como identidade constitucional e estruturá-las em uma teoria coesa capaz de conceituar a expressão, tornando-a aplicável seja no campo jurídico, seja no campo político e social. O conceito em si de identidade constitucional não responde, contudo, a como uma identidade coletiva desse tipo se forma. O objetivo dos próximos capítulos é compreender estes processos de formação das identidades constitucionais partindo das teorias postas no debate contemporâneo e buscando contribuir para essas teorias a partir de uma leitura do processo que denomino luta pela Constituição.

Conforme desenvolvo a seguir, as principais teorias acerca da formação da identidade constitucional podem ser classificadas em duas correntes. A primeira corrente engloba teorias fundacionais. Trata-se das concepções segundo as quais a identidade constitucional é formada em momentos ou a partir de momentos historicamente determinados, seguidos de momentos em que a identidade se mantém estável. Segundo estas correntes, o povo, o poder constituinte ou quem seja a autoridade capaz de formar uma identidade constitucional se movimenta, de tempos em tempos, para estabelecer tal identidade que deverá ser seguida ao longo da história de dada sociedade, sempre com referência ao momento fundacional, até que uma nova identidade venha a ser definida em um novo momento constitutivo. Incluo nestas correntes a teoria clássica do poder constituinte, notadamente como apresentada por Carl Schmitt[484] – já trabalhado nesta tese – e a mais recente e conhecida teoria da mutação constitucional em Bruce Ackerman[485]. Em outro campo, uma segunda corrente propõe que a identidade constitucional é criada não a partir de momentos constitucionais específicos, mas por meio de um processo. De acordo com os autores situados nesse campo, a identidade constitucional é um projeto inacabado que se transforma ao longo do tempo, sempre mantendo traços de continuidade que vinculam

[484] SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.
[485] ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

passado e presente. Aqui estão situadas as teorias de dois autores já tratados nos capítulos anteriores – Gary J. Jacobsohn[486] e Michel Rosenfeld[487] –,como outros eminentes teóricos do direito como Ronald Dworkin,[488] Carlos Santiago Nino[489], Jack Balkin[490] e Reva B. Siegel[491].

Proponho, após tratar destas teorias, que o debate acerca da formação da identidade constitucional envolva, de um lado, uma discussão de natureza normativa acerca do significado da Constituição enquanto texto. Retomando, as teorias avançadas por positivistas como Kelsen e Hart[492]. Proponho que a identidade constitucional seja fruto de atividades que envolvem tanto a descoberta, quanto a criação por parte dos intérpretes, dentro dos limites semânticos dados pelo texto constitucional. Neste sentido, é possível identificar um acerto tanto nas teorias fundacionais, capazes de identificar as aspirações e compromissos firmados por uma sociedade em momentos transformativos relevantes, quanto nas teorias construtivistas, que percebem que estas aspirações e compromissos estão sujeitas a reconstrução constante, acerca da formação da identidade constitucional. Acrescento, no entanto, que ambas as teorias deixam de dar a necessária atenção à natureza dos processos de formação da identidade constitucional enquanto processos de luta pela expansão do conceito de Constituição histórica, tanto em direção ao constitucionalismo ideal, quanto no sentido de efetivação das aspirações de uma dada sociedade. Esse é o processo que denomino luta pela Constituição, em que Constituição e constitucionalismo operam como referenciais éticos de lutas por direitos travadas entre grupos sociais. Nessa linha, seja nos momentos fundacionais, seja nas transformações do dia a dia, a identidade constitucional é fruto de processos nos quais grupos sociais buscam incluir-se como sujeitos constitucionais e expandir o âmbito de proteção do constitucionalismo e da Constituição no sentido de reconhecer suas reivindicações básicas. E esse processo dialético que opera com horizontes éticos bem definidos, um horizonte imediato que é o projeto constitucional histórico e um horizonte mediato que é o constitucionalismo como ideal, permitirá compreender, então, também os

---

[486] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.
[487] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.
[488] DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. 9. print. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1995.
[489] NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. 1. ed. Barcelona: Gedisa Ed, 1997.
[490] BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B., Principles, Practices, and Social Movements, **University of Pennsylvania Law Review**, v. 154, n. 4, p. 927, 2006.
[491] SIEGEL, Reva B., Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective, **University of Pennsylvania Law Review**, v. 150, n. 1, p. 297, 2001.

processos e momentos de ruptura da identidade constitucional que serão analisados mais adiante.

4.1 **Teorias sobre a formação da identidade constitucional.**

4.1.1 Teorias fundacionais da identidade constitucional: formação da Constituição a partir de momentos constitucionais.

Uma primeira corrente de pensamento acerca da formação da identidade constitucional pode ser agrupada sob a denominação de teorias fundacionais. Em diferentes variações, essas teorias compartilham a ideia de que a formação da identidade constitucional pode ser reconduzida a um momento – ou a um conjunto de momentos – bem definido na história de uma determinada comunidade. É neste momento histórico, prosseguem as teorias, que a comunidade constitucional, o povo ou a nação tomam uma decisão consciente de superar o ordenamento posto para instaurar uma Constituição com uma identidade própria e contrastante à anterior.

É característico das teorias fundacionais que essa decisão consciente tomada por um indivíduo ou grupamento funda uma identidade constitucional nova e total, que estabelecerá os novos limites institucionais, políticos e sociais de atuação do Estado. Neste sentido, qualquer interpretação e aplicação da Constituição, nessas leituras, dependerá de uma recondução do intérprete ao momento fundacional para revelar a decisão sobre compromissos e aspirações tomada pela comunidade. Uma mudança na identidade constitucional, por qualquer mecanismo político, jurídico ou social, dependerá, então de uma nova decisão tomada em um novo momento pela autoridade (nova ou não) com poder para fazê-lo.

Primeira expressão de teorias fundacionalistas é aquela que decorre da teoria clássica do poder constituinte como originada no pensamento de Siéyès e posteriormente desenvolvida por Carl Schmitt. É conhecida a formulação de Siéyès acerca do poder constituinte, pela qual atribuiu ao terceiro estado o poder de estabelecer uma nova Constituição. Assim afirmou o abade:

> A nação existe acima de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, ela é a própria lei. Antes dela e acima dela, há apenas a lei natural. Se queremos formar uma ideia justa da sequência de leis positivas que só podem emanar de sua vontade, vemos na linha de

> frente as leis constitucionais (...). Essas leis se dizem fundamentais, não porque possam se tomar como independentes da vontade nacional, mas porque os órgãos que existem e agem através delas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte.[493]

A teoria de Carl Schmitt já foi abordada neste trabalho no item 2.2.1 anteriormente e não é necessário retomá-la com igual nível de detalhamento. Mas sua natureza fundacional merece ser esclarecida. Como se pode recordar, Carl Schmitt concebe a Constituição não como uma mera lei, mas em uma perspectiva sociológica. Retomando a teoria do poder constituinte, o autor alemão identificou na Constituição uma decisão política fundamental que é tomada por uma autoridade com o objetivo de constituir a unidade política de uma nação. [494] Daí que Schmitt não concebe – pelo contrário, rechaça – a possibilidade de os poderes constituídos pela Constituição alterarem sua identidade.[495] Segundo Schmitt, as decisões tomadas pelos órgãos despidos do poder constituinte sempre devem se remeter ao momento fundacional para serem legítimas dentro de um dado ordenamento político e social.[496]

Schmitt de fato identifica tal momento constituinte como aquele em que o povo se torna consciente de sua condição de "sujeito capaz de atuar e fixar com autonomia seu destino político" [497]. E nesse momento, o povo se constitui como poder constituinte e decide "dar a si mesmo uma Constituição sob o pressuposto, expressamente afirmado de sua unidade política e capacidade de atuar"[498]. Nessa linha, a identidade constitucional, como conjunto de elementos que caracterizam uma dada comunidade constitucional, é formada, em Schmitt, nesse momento constituinte, por uma decisão consciente tomada pelo soberano titular do poder constituinte originário. [499] De tal modo que uma mudança em tal identidade depende de uma nova manifestação de tal poder, o que dependerá, por sua vez, de um novo momento constituinte, com o assentimento da população acerca das mudanças na unidade política previamente constituída.

---

[493] SIEYÈS, Emmanuel Joseph, **Qu'est-ce que le Tiers état ?**, [s.l.]: Le Boucher, 2002.
[494]SCHMITT, Carl; VILLACAÑAS BERLANGA, José Luis; CONDE, Francisco Javier; *et al*. **Teología política**. Barcelona: Trotta, 2009.
[495] SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.
[496] *Ibid*.
[497] *Ibid*. p. 71.
[498] *Ibid*.
[499] SCHMITT, Carl; VILLACAÑAS BERLANGA, José Luis; CONDE, Francisco Javier; *et al*. **Teología política**. Barcelona: Trotta, 2009.

A ideia de que a formação a identidade constitucional envolve momentos históricos relevantes e identificáveis não é exclusiva, no entanto, da tradição continental. Pelo contrário, a conhecida teoria da mutação constitucional apresentada por Bruce Ackerman para explicar as mudanças que a Constituição Americana de 1787 sofreu desde sua promulgação reúne os elementos necessários para que seja inserida entre as teorias fundacionais da identidade constitucional, apesar de envolver uma leitura diversa da assumida por Schmitt.

Em sua trilogia *We The People*, Ackerman pretendeu desenvolver uma teoria sobre a Constituição americana a partir do que denominou uma democracia dualista. Segundo o autor, este modelo de democracia pressupõe que as decisões tomadas pelo povo seguem, via de regra, dois caminhos distintos. O primeiro caminho consiste nas decisões tomadas pelo governo. Trata-se das decisões tomadas cotidianamente pelas instituições e que, segundo o autor, não contam com o envolvimento específico da população em geral. Nesse caso, as decisões de governo estão adstritas ao modelo constitucional posto e, via de regra, as tentativas de alterar tal modelo por essa via são rechaçadas pelas diferentes estruturas colocadas como mecanismo de controle de excessos. [500] Para Ackerman, no entanto, podem surgir condições históricas tais capazes de mobilizar a população em geral de forma a permitir a mudança nos próprios limites do modelo constitucional posto. Essas condições, denominadas momentos constitucionais,[501] reúnem elementos como apoio popular maciço e o enfrentamento de estruturas postas que, quando bem-sucedidos, culminam na mudança do modelo constitucional posto.

Nessa linha, Ackerman identifica diversos momentos constitucionais que marcam a deflagração deste segundo caminho da sua teoria democrática dual, desde a própria fundação dos Estados Unidos até o movimento dos direitos civis.[502] Para Ackerman, em cada um desses momentos constitucionais, gerações de norte-americanos se mobilizaram, discutiram e solucionaram suas controvérsias com relação à identidade e destino de seu projeto constitucional. [503] E em diversos desses casos as mudanças sofridas pela americana não envolveram alterações formais ao texto ,e sim mudanças substanciais sobre os elementos centrais ao constitucionalismo.

---

[500] ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.
[501] *Ibid*.
[502] ACKERMAN, Bruce. **We the people: the civil rights revolution.** Place of publication not identified: BELKNAP HARVARD, 2018.
[503] *Ibid*.

Uma objeção pode ser apresentada quando se fala em classificar a teoria de Ackerman como fundacionalista. Afinal, o próprio autor identifica a história do constitucionalismo americano como uma trajetória evolutiva, o desenvolvimento popular de uma política de princípios que resulta em reforma revolucionária. Assim, afirma o autor, o dualismo propõe uma discussão intergeracional em que a comunicação com o passado integra o processo pelo qual o presente contribui para a tradição constitucional. [504] Isto sugere um modelo não fundacional, no sentido de permitir a transformação constante da identidade política e constitucional de uma sociedade. Mas o que caracteriza a teoria ackermaniana como fundacional é precisamente a *forma* como o autor pensa essa evolução política americana.

Segundo Ackerman, a evolução da tradição constitucional não se dá em termos incrementalistas. Pelo contrário, ele rechaça expressamente o pensamento de Burke – cuja perspectiva construtivista é mais clara –, denunciando que seu princípio de prudência, nos Estados Unidos poderia degenerar-se em um "elitismo obscurantista"[505] que ignora as conquistas constitucionais daquele país. De outro lado, o autor também não pensa que os elementos constitutivos de uma sociedade estão constantemente à disposição do presente (o que denomina uma democracia monista). Ackerman se coloca entre a "revolução permanente" que altera os elementos básicos da sociedade a todo tempo e a "amnésia revolucionária", que apenas reforças as vias jurídicas e o direito positivo.[506]

Ackerman então sustenta que, apesar de ser adequado perceber que a Constituição e a identidade constitucional como aqui a conceituamos, está sujeita a transformações históricas. Tal transformação não está disponível no dia a dia da vida social e política de uma comunidade. Para o autor, ao cotidiano político estão reservadas as decisões de governo – o primeiro caminho da democracia dualista – que existe apenas nos limites de uma estrutura constitucional. É apenas em dados momentos históricos que se reúnem as condições para que uma transformação nuclear da Constituição ocorra. [507] E essas condições envolvem um apoio extraordinário da cidadania capaz de identificar reivindicações, pautá-las publicamente,

---

[504] Veja-se que isso não significa que a constituição, em Ackerman, não evolua. Mas sua evolução está intrinsecamente relacionada com a resistência institucional à mudança, a ser confirmada por meio da invalidação inicial dos impulsos para rever as decisões políticas fundamentais estabelecidas pelas gerações anteriores, cf. ACKERMAN, Bruce, The Holmes Lectures: The Living Constitution, **Harvard Law Review**, v. 120, n. 7, p. 1738–1812, 2007.

[505] ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

[506] *Ibid*.

[507] *Ibid*.

deliberar de maneira mobilizada e apenas então formalizar uma mudança constitucional. [508] Se colocado dessa forma o processo que pode soar simples; não é. Central à teoria de Ackerman é o fato de que a Constituição é resistente à sua própria modificação, seja por meio de procedimentos formais de alteração, seja pela atuação das próprias instituições constituídas. Assim, apenas cenários efetivamente extraordinários permitem superar as barreiras constitucionais postas para, então alterar a identidade de uma Constituição. E segundo o autor, tais alterações podem ser percebidas a partir de uma análise histórica do desenvolvimento constitucional de uma nação. [509]

E dessa forma resta mais clara a natureza fundacional da teoria de Ackerman acerca da mudança dos significados constitucionais. De fato, Ackerman vai além de Schmitt ao teorizar sobre a mudança dos elementos centrais de uma Constituição. Enquanto Schmitt limitou-se a afirmar que uma alteração na identidade constitucional pressupõe uma nova manifestação constituinte, Ackerman efetivamente propôs um modelo analítico para pensar como um poder desse tipo se manifestaria. Mas Ackerman não foge à percepção fundacionalista de que a formação da identidade constitucional se dá em momentos específicos. Momentos constitucionais que, segundo o próprio autor, são extraordinários. [510] Momentos que, também segundo o autor, definem os limites de atuação das instituições – instituições que devem retomar os significados firmados nestes exatos momentos para conter as investidas contra o sistema posto. De tal modo que apenas uma manifestação extraordinária e substancial do povo possa superar tais resistências constitucionais e estruturais.

É absolutamente irrelevante se, do ponto de vista formal, a formação de uma identidade constitucional, segundo Schmitt ou Ackerman, dependerá de uma lei, de uma emenda, de um novo texto constitucional ou não. No primeiro caso porque, como já visto anteriormente, Schmitt não confunde Constituição com documento jurídico. No segundo, porque está no cerne da preocupação de Ackerman pensar como uma Constituição(a americana) cujo texto é substancialmente semelhante àquele promulgado mais de 200 anos atrás pode ter sofrido alterações tão substanciais.

---

[508] *Ibid*.
[509] *Ibid*.
[510] *Ibid*.

4.1.2 Teorias construtivistas da identidade constitucional: formação da identidade a partir de processos contínuos.

Ao lado das chamadas teorias fundacionais da identidade constitucional, é possível identificar uma segunda corrente sobre a formação da identidade constitucional que não pensa o conceito a partir de momentos específicos e extraordinários. Teorias que aqui denomino construtivistas pensam a identidade constitucional como parte de um processo por meio do qual os sujeitos e grupos inseridos em uma comunidade constitucional constroem e reconstroem a identidade da à luz de suas contradições, aspirações e compromissos. Teorias construtivistas não necessariamente concebem a formação da identidade constitucional como uma decisão consciente ou mesmo momentânea de um povo, porque tal identidade deflui de uma pluralidade de processos sociais, políticos e mesmo jurídicos que reconformam a identidade constitucional e a reconectam com as identidades passadas.

É central a estas teorias, em primeiro lugar, a ideia de continuidade. Conquanto não ignorem as transformações pelas quais passa uma comunidade constitucional, teorias construtivistas da identidade constitucional buscam identificar as pontes (se existentes) entre o passado e o presente, de modo a encontrar uma unidade na diversidade. Dito de outra forma, se teorias fundacionais buscam identificar uma nova identidade constitucional a partir de cada momento constitucional bem-sucedido, teorias construtivistas propõe que se analise a possibilidade de compatibilizar as inovações do presente com as tradições do passado. Por vezes isso não será possível e, de fato, uma nova identidade estará presente. Mas por vezes essa tarefa permite esclarecer os compromissos e aspirações originários de uma dada comunidade, entendendo as transformações da identidade constitucional não como uma ruptura, mas como aperfeiçoamento de um projeto inacabado.

A ideia de que a interpretação da Constituição se dá por meio de uma construção intergeracional não é estranha ao pensamento constitucional. É conhecido o argumento de Ronald Dworkin que equiparou a construção (judicial) do direito constitucional com a elaboração de um romance em cadeia (*chain novel*) [511]. Para Dworkin, a interpretação constitucional exige que o intérprete busque a melhor resposta para os problemas constitucionais considerando as soluções já apresentadas no passado, garantindo com isso a

[511] DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. 9. print. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1995.

coerência do sistema. [512] Isso não significa que as interpretações anteriores determinam o resultado dos casos atuais. Nelas se busca, pelo contrário, os princípios de moralidade política que fundamentam o ordenamento constitucional e que sejam capazes de conferir uma direção para a busca da melhor resposta. [513] A ideia de romance em cadeia está intrinsecamente relacionada a uma perspectiva de continuidade. Em um romance escrito por muitas mãos ao longo dos anos, personagens podem mudar, e reviravoltas podem acontecer a meio caminho da história contada. Mas não se admite, por imperativo de integridade, que um romance do gênero drama seja convertido em uma comédia de terror. [514]

Ideia semelhante foi sustentada por Carlos Santiago Nino[515], quando o autor trata da Constituição como um processo que almeja o constitucionalismo ideal. Para Nino, o processo de interpretação constitucional se assemelha a construção de uma catedral. Trata-se de uma obra humana que envolve diversas gerações. Cada geração adota visões estéticas e arquitetônicas distintas, que invariavelmente são traduzidas no resultado da construção. Mas, ainda que representando uma pluralidade de visões e perspectivas, a catedral segue uma catedral,[516] construída pouco a pouco sem alterar-se sua substância. Como afirma Roznai, as mudanças na Constituição e sua identidade não devem se confundir com a metamorfose constitucional.[517]

No campo específico da identidade constitucional, esse trabalho já apresentou dois autores que se situam no campo das teorias construtivistas: Gary J. Jacobsohn e Michel Rosenfeld. Como já apontado no item 2.1.2, apesar de haver semelhanças e sobreposições no pensamento de ambos os autores, suas diferenças (quanto a referencial teórico e propostas) são igualmente marcantes. Como se verá mais adiante suas teorias acerca da formação da identidade constitucional podem ser conciliadas de maneira coesa, contribuindo para uma compreensão ampla deste processo. E nesse aspecto cumpre retomar os principais pontos de suas propostas.

---

[512] Nessa linha, Dworkin sustenta o dever do autor do romance em cadeia de buscar, entre as diversas interpretações disponíveis para a continuidade da obra, qual melhor permite o progresso daquele trabalho (*Ibid*. p. 231).

[513] Nessa linha, ao adotar sua conhecida alegoria do juiz Hércules, Dworkin sustenta que, para este, "a melhor história (...) significa a melhor do ponto de vista da moralidade política" (*Ibid*. p. 248).

[514] O exemplo de Dworkin é a modificação brusca da personalidade de um personagem que, pelo material já desenvolvido, seria incompatível com o progresso do romance em cadeia até então, cf. *Ibid*.

[515] NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. 1. ed. Barcelona: Gedisa Ed, 1997. , p. 51-53.

[516] *Ibid*.

[517] ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers**. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017.

Conforme já analisado, Gary J. Jacobsohn parte do referencial teórico burkeano para pensar o processo de formação da identidade constitucional. Para o autor, o ponto central deste processo é o que identificou como desarmonias constitucionais. [518] O conceito de desarmonia constitucional se refere às contradições intrínsecas aos ordenamentos constitucionais em geral, que se revelam tanto internamente (aos documentos constitucionais) quanto externamente (no plano da realidade). [519] Internamente, o texto constitucional ou as decisões que integram o referencial constitucional de uma comunidade por vezes podem apontar em sentidos distintos – tutelando, por exemplo, ambas a promoção da igualdade material e a proteção da liberdade econômica. Externamente, as desarmonias constitucionais se revelam na distância entre as promessas do texto constitucional e realidade que não concretizou tais expectativas normativas. que permitem ao povo, ao longo do tempo, transformar a identidade ora buscando maior desarmonia, ora menor desarmonia. [520]

Neste processo, que Jacobsohn considera ter natureza dialógica, busca-se atribuir uma unidade às desarmonias constitucionais. [521] A comunidade constitucional busca propor soluções para compatibilizar princípios colidentes e para reduzir as distâncias entre a expectativa normativa e a realidade social e política. Para Jacobsohn, isso exige da comunidade constitucional que se reconecte com as aspirações e compromissos do passado, extraindo destes os princípios que lhe permita projetar os objetivos do futuro. [522] Nesse aspecto, a teoria de Jacobsohn é (confessadamente) burkeana, visto que seu foco não são as grandes transformações e rupturas constitucionais, mas sim a busca das narrativas que compatibilizam a história de uma determinada comunidade com as transformações sofridas em sua identidade. [523] Jacobsohn sustenta a necessidade de manter-se alguma continuidade razoável que vincule as diversas manifestações de uma Constituição ao longo do tempo. De modo que a identidade constitucional é construída como uma ponte entre passado, presente e futuro de uma nação.

Rosenfeld, por sua vez, tem como marcos teóricos de sua teoria as premissas hegelianas e lacanianas sobre a formação do eu. Partindo destas formulações o autor propõe que a Constituição adquira sua identidade a partir das relações intersubjetivas travadas pelo

---

[518] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010, p. 1-33.
[519] *Ibid*. p. 326.
[520] *Ibid*.
[521] *Ibid*. p. 84-135.
[522] *Ibid*. p. 7.
[523] O burkeanismo perspassa toda a análise de Jacobsohn, cf. *Ibid*. p. 19 e ss.

"sujeito constitucional", o sujeito plural que é autor, intérprete e destinatário da .[524] Também para Rosenfeld é central o apelo ao discurso constitucional como instrumento de formação da identidade constitucional. É pelo discurso constitucional que todos os agentes humanos que foram, são e serão abarcados por um mesmo ordenamento constitucional se unem em um mesmo sujeito constitucional, transformando o pluralismo (nós) em unidade (o sujeito constitucional).[525] Mas o discurso constitucional em si envolve uma tarefa de imaginação pela qual fatos históricos são condensados, aspectos são ignorados e outros são destacados, de forma a construir uma narrativa constitucional coesa e capaz de legitimar a existência daquela dada comunidade constitucional.[526] Rosenfeld identificou três instrumentos construtivos do discurso constitucional: a negação, a metáfora e a metonímia. A função da negação, na narrativa constitucional, é a de definir o sujeito constitucional em contraposição a outros sujeitos.[527] O sujeito constitucional se define por não se confundir com um passado pré-constitucional, com outros sujeitos constituídos a partir de outras identidades não-constitucionais etc.[528] A metáfora e a metonímia, por sua vez, são instrumentos discursivos pelos quais as semelhanças (metáfora) ou as diferenças (metonímia) no sujeito constitucional plural são exaltadas em detrimento uma da outra, de forma a constituir um sujeito uno.[529]

Diferentemente do que ocorre de acordo com Jacobsohn, o processo de construção de identidades em Rosenfeld não é propriamente dialógico, mas efetivamente dialético, ele se dá por meio do confronto com outras identidades, sua negação, sua reapropriação, sua ressignificação e, enfim, a criação de algo novo. Esse processo é uma constante que, na linha afirmada por Rosenfeld, decorre tanto da natureza plural do sujeito constitucional, cuja identidade coletiva está constantemente sujeita à reconstrução, incluindo-se nesta coletividade indivíduos e grupos antes excluídos ou desconsiderados, quanto da distância entre fato e norma, entre real e ideal, que gera a necessidade de discursos capazes de conectar o sujeito constitucional e as aspirações da Constituição.[530]

---

[524]ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.
[525] *Ibid*. p. 23.
[526] *Ibid*. p.18.
[527] *Ibid*. p.46 e ss.
[528] Rosenfeld avança para afirmar que, a partir do processo de negação, surge uma "falta" na identidade do sujeito constitucional que deve ser preenchida retomando-se as identidades originariamente negadas. Essas identidades, no entanto, são reapropriadas de maneira a se conformar com um novo modelo. O autor exemplifica: ˜religiões são readmitidas sob a condição de que não apresentem ameaças a outras religiões ou a concepções não religiosas do bem", cf. *Ibid*. p. 47.
[529] *Ibid*. p. 51-57.
[530] ROSENFELD, Michel, **Constitutional Identity**, [s.l.]: Oxford University Press, 2012.

Também se pode dizer construtivista a visão de diferentes constitucionalistas americanos que tem se dedicado ao tema da transformação constitucional nas últimas décadas. É o caso da teoria de Jack Balkin acerca da formação do que denominou "cultura constitucional"[531]. Para o autor, a cultura constitucional consiste nas "crenças dos membros de uma comunidade política sobre o que sua Constituição significa".[532] E ela inclui "histórias e memórias sobre eventos chaves e textos (...) e lutas sobre seu significado social". Não é necessário grande esforço para perceber que Balkin trata a cultura constitucional nos termos em que esta tese avança o conceito de identidade constitucional. Para ele, a formação de uma cultura constitucional envolve tanto a visão de profissionais do Direito quanto as leituras que os leigos fazem sobre o significado constitucional:

> (...) O que profissionais do direito consideram razoável ou irrazoável no discurso jurídico é inevitavelmente influenciado pelo que não-juristas com quem vivem e interagem pensam sobre a moral, política e o significado dos Estados Unidos.[533]

Pensando nessa forma, Balkin sustenta que as narrativas em torno do que significa a Constituição podem por vezes ser classificadas entre heterodoxas (*off-the-wall*) e ortodoxas (*on-the-wall*) a depender do grau de aceitabilidade que elas podem ter para os atores jurídicos em geral. [534] Quanto mais heterodoxa uma posição, mais inaceitável ela é como parte do direito constitucional vigente e mais se pode presumir que uma tese desse tipo não encontra eco na leitura adequada da Constituição. [535] De outro lado, quanto mais ortodoxa, mais aceita em termos amplos. [536] Nota-se que para Balkin, há um processo dinâmico pelo qual teses heterodoxas e ortodoxas se relacionam. De um lado, o autor sustenta que a ortodoxia exerce uma função pedagógica de expor a irrazoabilidade de posições heterodoxas. [537] De outro, as

---

[531] A ideia de que identidade constitucional envolve cultura constitucional também é encontrada em TUORI, Kaarlo. Introduction to the Theme: Constitutional Identity. **Retfærd: nordisk juridisk tidsskrift**, v. 37, n. 4, p. 3-9, 2014.

[532] Siegel, por sua vez, caracteriza a cultura constitucional em contraposição com a elaboração de normas constitucionais. Para a autora, a cultura constitucional consiste na "rede de compreensões e práticas que estruturam nossa tradição constitucional, incluindo aquelas que conformam o Direito, mas que não seriam reconhecidas como 'criadoras do Direito de acordo com os critérios formais do próprio sistema jurídico" SIEGEL, Reva B. Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 150, n. 1, p. 297, 2001. .

[533] BALKIN, J. M. Constitutional redemption: political faith in an unjust world. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011, p. 179.

[534] *Ibid*. p. 180 e ss.

[535] *Ibid*.

[536] *Ibid*.

[537] *Ibid*.

posições heterodoxas podem se difundir de tal forma a se cristalizar como leituras adequadas da Constituição, tornando-se então parte da doutrina constitucional e convertendo-se em leituras ortodoxas. [538] Essa transformação é fruto do ativismo político pelos quais pessoas "pressionam as posições da heterodoxia para a ortodoxia", o que, para Balkin, é "a história padrão dos mais bem-sucedidos movimentos sociais" [539], cujas demandas se movimentam da heterodoxia para a ortodoxia de maneira, segundo o autor, da seguinte forma:

> Em um primeiro estágio, as demandas de movimentos sociais são amplamente ignoradas pelo público em geral e pela maioria dos juristas, e no limite em que são reconhecidas, são rejeitadas como lunáticas. No segundo estágio, elas são erradas, mas interessantes; no terceiro estágio elas se tornam plausíveis, mas erradas; no quarto estágio elas se tornam quase tão plausíveis quanto suas concorrentes; e no quinto estágio elas não só são plausíveis, mas provavelmente corretas... [540]

Balkin afirma a necessidade de movimentos sociais assumirem teses constitucionais heterodoxas e torna-las interessantes, para que depois se convertam em plausíveis, possivelmente corretas, melhores que os argumentos contrapostos e, enfim, "naturais e completamente óbvias".[541] Em sentido semelhante, Reva B. Siegel propõe pensar a transformação constitucional a partir da atuação de movimentos sociais[542] que traduzem suas demandas em um discurso capaz de apelar para valores públicos e significados constitucionais compartilhados. Partindo do conceito de constitucionalismo democrático, Siegel vê um papel "jusgenerativo" nos movimentos sociais quando eles atuam a partir da persuasão[543] de outros cidadãos, autoridades e poderes e se submetem ao que chamou de condição do "valor público" [544]. Significa dizer que, apesar de movimentos sociais se formarem a partir dos padrões de injustiça que eles identificam contra si (em contraposição ao restante da sociedade), a transformação constitucional é obtida por meio do apelo a valores públicos[545]:

---

[538] *Ibid*.
[539] *Ibid*. p. 181.
[540] *Ibid*. p. 181.
[541] BALKIN, Jack M, How Social Movements Change (Or Fail To Change) the Constitution: The Case of the New Departure, **Suffolk University Law Review**, v. 39, p. 27–65, 2005.
[542] Siegel refere-se aos movimentos sociais como "blocos de construção cruciais de autogoverno: associações na sociedade civil que mediam as relações entre o governo e a cidadania" (SIEGEL, Reva. The jurisgenerative role of social movements in United States Constitutional Law. In: **Apresentação em Conferência SELA, Oaxaca, México, Jun**. 2004.
[543] E também, segundo a autora, da violência e da desobediência civil. *Ibid*. p. 10.
[544] *Ibid*. p. 11.
[545] A dinâmica envolvendo igualdade e diferença, como trabalhada por Siegel, pode ser aproximada também dos instrumentos narrativos da metáfora e da metonímia expostos por Rosenfeld como ferramentas de construção da

"um movimento pode concretizar sua visão constitucional apenas no limite em que é persuasivo em apresentá-la como a visão da nação, como requerido pelos princípios e ressoante com as memórias que compõem a tradição constitucional da nação"[546].

Quando um movimento social é bem-sucedido, ele é capaz de "re-apresentar" o significado dos compromissos constitucionais da sociedade, atualizando-o de acordo com suas visões e reivindicações[547] ,seja por meio de uma alteração formal na Constituição, seja por meio da transformação das compreensões sobre o significado dela "dentro e fora dos tribunais"[548]. Suas narrativas sobre o significado da Carta Magna se tornam senso comum, enquanto as teses anteriormente vistas como ortodoxas passam a ser vistas como "reacionárias e elas mesmas heterodoxas"[549]. Note-se que também nessa corrente de pensamento, a ideia de continuidade é central à transformação dos significados constitucionais. Afinal, como destaca Siegel, "a autoridade de um movimento social para apresentar argumentos constitucionais deriva de sua habilidade para discorrer sobre o significado de uma tradição enquanto ela vive e muda na história" [550].

Balkin destaca, contudo, que as afirmações sobre o significado da Constituição não têm, todas, o mesmo peso.[551] Pelo contrário, algumas opiniões importam mais para definir o senso comum constitucional porque, por exemplo, algumas são de Ministros de uma Suprema Corte, outras são de formadores de opinião, outras são de membros de um

---

identidade constitucional. De tal modo que, a depender de como a narrativa será construída, ora o apelo à igualdade, ora o apelo à diferença torna-se central à transformação dos significados constitucionais, cf. ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.

[546] SIEGEL, Reva. The jurisgenerative role of social movements in United States Constitutional Law. In: **Apresentação em Conferência SELA, Oaxaca, México, Jun**. 2004. Note-se que o trabalho de Siegel tem se focado especialmente no caso dos Estados Unidos. Nessa linha, é possível compreender a referência à "tradição constitucional da nação" como a ideia aqui desenvolvida de identidade constitucional, e não de identidade nacional em seu conceito étnico tradicional. Seguindo Habermas e Rosenfeld, de fato o discurso nacional americano por vezes se confunde com o próprio discurso constitucional, de tal modo que o patriotismo americano é lido por estes autores como um patriotismo constitucional, cf. HABERMAS, **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. No mesmo sentido, ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.
.

[547] SIEGEL, Reva. The jurisgenerative role of social movements in United States Constitutional Law. In: **Apresentação em Conferência SELA, Oaxaca, México, Jun**. 2004

[548] SIEGEL, Reva B. Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 150, n. 1, p. 297, 2001., p. 303.

[549] BALKIN, J. M. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011, p. 181.

[550] SIEGEL, Reva. The jurisgenerative role of social movements in United States Constitutional Law. In: **Apresentação em Conferência SELA, Oaxaca, México, Jun**. 2004

[551] BALKIN, J. M. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011.

movimento social em ascensão. Isso não significa que outras opiniões não importam. O que Balkin pretende destacar é que a mudança nos significados constitucionais – de heterodoxos para ortodoxos – envolve complexas relações e contingências (inclusive a própria sorte ou acaso do destino) nas quais participantes com destaque e maior poder de influência exercem um papel relevante. [552] De maneira mais específica, o autor sustenta que a mudança sobre o sentido comum da Constituição é fruto de "agitação política e ativismo de movimentos sociais seguidos de eleições bem-sucedidas e indicações judiciais". [553]

Como argumentarei a seguir, tanto as teorias fundacionalistas quanto as teorias construtivistas são capazes de apreender parcialmente os mecanismos de formação e transformação das identidades constitucionais. Para uma concepção abrangente acerca de como tais identidades se formam, contudo, uma síntese parece ser necessária. No item seguinte, apresento uma proposta de síntese que opera no plano filosófico, teórico e jurídico a partir do conceito de luta pela Constituição. [554]

4.2 **A luta pela Constituição.**

Como argumentarei a seguir, tanto as teorias fundacionalistas quanto as teorias construtivistas são capazes de apreender parcialmente os mecanismos de formação e transformação das identidades constitucionais. Uma concepção abrangente sobre a formação de tais identidades exige um esforço de síntese que, em primeiro lugar, se realiza no plano filosófico, adotando-se conceitos-chave que sejam adequados para explicar as transformações que uma identidade e uma comunidade constitucional sofrem ao longo de suas existências. Segundo, essa síntese deve considerar argumentos teórico-jurídicos capazes de incorporar de maneira adequada o discurso de formação e transformação da identidade constitucional à sua normatividade em sentido estrito. A proposta desta tese é compreender o debate existente acerca das transformações da identidade constitucional a partir do conceito de luta pela Constituição. Não se pode deixar de concordar com Miguel Gualano de Godoy e Vera Karam Chueiri quando afirmam que "os constitucionalistas, em geral, evitam o conflito, seja como

[552] *Ibid*.
[553] *Ibid*. p. 203.
[554] Os argumentos aqui desenvolvidos foram primeiramente apresentados em CORBO, Wallace, Filosofia constitucional e teoria do reconhecimento: entre o direio constitucional ao reconhecimento e o constitucionalismo do reconhecimento, **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 34, n. 1, p. 1–35, 2018.

categoria teórica (...) ou como prática política ou, ainda, como exercício de direitos".[555] Na mesma linha proposta por estes autores, no entanto, é necessário interpretar as ações transformadoras a partir deste esforço, dessa luta teórica ou mesmo literal, o que não significa, com isso, trazer uma inovação nunca antes vista pelo direito.

Pelo contrário, a luta pela Constituição, como aqui é trabalhada, abarca o encontro do conceito de luta por reconhecimento, como desenvolvido por Axel Honneth especialmente no início dos anos 90, e de luta pelo direito, como afirmado no século XIX por Ihering. A esses autores, devem-se somar as contribuições mais recentes do constitucionalismo contemporâneo, como os conceitos de constitucionalização do direito, a teoria da força normativa da Constituição e as concepções dialógicas da interpretação constitucional para ter-se um quadro abrangente dos mecanismos pelos quais uma identidade constitucional se forma e se transforma. A coordenação entre essas perspectivas permite conceber a formação da identidade constitucional como parte do processo que é a própria Constituição. Um processo que tem momentos relevantes de ruptura ou transformação, daí o acerto das teorias fundacionais, mas que também envolve construções evolutivas que se desenvolvem em termos reformadores.

4.2.1 Paradigma filosófico e teórico: a luta pelo reconhecimento (Honneth) e a luta pelo Direito (Ihering).

O ponto de partida teórico e filosófico são as teorias da luta por reconhecimento e da luta pelo Direito, como apresentadas respectivamente por Axel Honneth e Ihering, cuja adequada compreensão permite lançar novos olhares sobre os processos de transformação da identidade constitucional.

Em *Luta por Reconhecimento*, Axel Honneth pretendeu retomar o programa de filosofia social hegeliano[556] com foco no fenômeno da experiência da injustiça, a partir das relações intersubjetivas em que os indivíduos buscam a satisfação de suas pretensões normativas perante o outro e por meio do qual formam suas identidades. A proposta mais

[555] GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam, (Direito ao) protesto: promessa e compromisso com o primeiro direito, *in*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.), **Direito constitucional brasileiro**, São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

[556] Segundo Zurn, enquanto a filosofia moral se volta para questões de obrigações e direito de ação individual e a filosofia política volta-se para as ideias de lei e distribuição justa, a filosofia social preocupa-se com as "condições estruturais necessárias para a boa vida e [com as] deformações sociais nessas condições que impedem a autorrealização saudável" (ZURN, Christopher, Anthropology and normativity: a critique of Axel Honneth's 'formal conception of ethical life', **Philosophy & Social Criticism**, v. 26, n. 1, p. 115–124, 2000.).

abrangente de Honneth é apresentar uma gramática dos conflitos sociais que permita explicá-los à luz do instrumental metafísico hegeliano coordenado com a psicologia social de George Mead.[557]

Partindo do pensamento do jovem Hegel em Jena, Honneth afastou-se da concepção sugerida por autores como Charles Taylor[558] e Nancy Fraser[559] segundo os quais o reconhecimento estaria associado a problemas de natureza cultural que ocupam o cenário político a partir dos anos 1960, ou – fazendo justiça à complexidade do argumento de Taylor – que o reconhecimento se limitaria a explicar o processo de formação da identidade do homem moderno.

Para Honneth, as demandas por reconhecimento não podem ser historicamente situadas nas recentes reivindicações políticas apresentadas na esfera pública a partir do século XX. Reivindicações por reconhecimento estão presentes não só no bicentenário movimento feminista, como também no movimento operário e no movimento negro, em suas formações muito anteriores aos "novos movimentos sociais". O projeto honnethiano não se limita a compreender analiticamente as diversas reivindicações por justiças postas na esfera pública nas últimas décadas.[560] Situado na tradição da teoria crítica, o que Honneth pretende é identificar uma verdadeira gramática moral dos conflitos sociais, inserindo-se e criticando a tradição marxiana capaz de explicar a experiência da injustiça e a evolução moral das sociedades pós-convencionais a partir de uma *luta por reconhecimento*.

Na compreensão de Honneth o processo de relações intersubjetivas em que os indivíduos desenvolvem suas identidades e almejam sua autorrealização é marcado por sucessivas lutas por reconhecimento, em que o Eu desenvolve determinadas capacidades à luz de sua relação com o Outro, em níveis diversos, progressivamente expandidos e almejando uma ideia de emancipação. Em outras palavras, o indivíduo, inserido em diversas etapas de formação de sua identidade, reconhece o outro e busca ser reconhecido em capacidades distintas por meio de uma luta intersubjetiva. Uma vez adquiridas tais capacidades, o indivíduo encontra-se apto a buscar uma modalidade mais expandida de reconhecimento, que

---

[557] HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.
[558] TAYLOR, Charles; GUTMANN, Amy; TAYLOR, Charles, **Multiculturalism: examining the politics of recognition**, Princeton, N.J: Princeton University Press, 1994.
[559] FRASER, Nancy. Recognition or redistribution? A critical reading of Iris Young's Justice and the Politics of Difference. **Journal of Political Philosophy**, v. 3, n. 2, p. 166-180, 1995 .
[560] HONNETH, Axel. Recognition and Justice: Outline of a Plural Theory of Justice. **Acta Sociologica**, v. 47, n. 4, p. 351–364, 2004.

encontra seu ápice na valoração de suas habilidades individuais como úteis para a sociedade. [561]

Alicerçado em Hegel e Mead, Honneth identifica três esferas de reconhecimento próprias da sociedade burguesa. Cada uma destas esferas encontra-se vinculada à determinada atitude positiva de autorrelação, ou seja, de relação do indivíduo consigo mesmo, pela qual o indivíduo se desenvolve enquanto ser merecedor de respeito quanto às suas necessidades básicas, quanto aos seus direitos e quanto às suas formas de autorrealização. [562]

Estas esferas revelam a sequência de etapas por meio das quais os indivíduos desenvolvem de maneira progressiva e expandida as características necessárias para poder atingir sua autorrealização. Estas três etapas são identificadas pelo autor como o Amor, o Direito e a Solidariedade. [563]

Na esfera do Amor, o reconhecimento se estabelece a partir da aceitação e encorajamento afetivo que conduzem à atitude positiva da autoconfiança corporal. [564] Por meio da relação intersubjetiva que ocorre em um círculo mais restrito, nas relações primárias, como aquelas travadas na família e entre amigos, o indivíduo desenvolve segurança em relação ao seu próprio corpo e passa a se entender como sujeito cujas necessidades merecem ser atendidas. Honneth remete aos estudos de Donald Winnicott, que demonstraram, no desenvolvimento da relação entre a criança e a mãe, um processo de progressiva individuação da mãe no que diz respeito ao bebê e vice-versa. Este processo é marcado, por sua vez, pela luta do bebê para ser reconhecido como ser portador de necessidades que devem ser atendidas e pela sua crescente conscientização quanto à existência da mãe, apartada de si. [565]

Segundo a interpretação conferida por Honneth, é a partir do momento que a criança reconhece a independência da mãe e recebe desta os desígnios necessários de que a despeito da distância física que decorre da ruptura da simbiose inicial entre mãe e criança existe uma relação de afeto perene em que a criança pode confiar, esta desenvolve pela primeira vez a noção de que é um sujeito independente, dotado de necessidades e interesses próprios que devem ser reconhecidos. Desenvolve-se, na etapa do Amor, a atitude positiva de

---

[561] HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.
[562] *Ibid*.
[563] *Ibid*.
[564] *Ibid*.
[565] *Ibid*.

autorrelação do indivíduo que Honneth identifica como a *autoconfiança*, notadamente uma autoconfiança quanto à sua integridade física e psicológica. [566]

O sujeito dotado de autoconfiança é capaz, em seguida, de buscar um nível mais expandido de reconhecimento, que se desenvolve nas relações jurídicas na esfera da ordem jurídica ou do Direito. Segundo Honneth[567], é por meio do reconhecimento de um outro generalizado como portador de determinados direitos e deveres que o indivíduo é capaz de projetar-se como portador de direitos e deveres, antecipando, As reações esperadas nas relações jurídicas intersubjetivas em que se lança. Na medida em que estas pretensões normativas sejam satisfeitas, ou seja, que as reações esperadas se concretizem ou, sendo violadas, que os mecanismos coercitivos vigentes restabeleçam a validade e efetividade das normas jurídicas, o indivíduo é capaz de desenvolver a atitude positiva do *autorrespeito*. Esta atitude refere-se ao reconhecimento do indivíduo enquanto um ator moralmente autônomo, capaz, portanto, não só de fazer julgamentos morais como de anuir com as regras gerais vigentes e participar do processo de formação da vontade coletiva[568].

Em uma terceira etapa, este indivíduo dotado de autoconfiança e de autorrespeito busca o reconhecimento de suas capacidades e habilidades específicas, um respeito social pelos meios a partir dos quais busca sua autorrealização. Nesta esfera do reconhecimento, os indivíduos pressionam pela expansão dos horizontes de valorização das capacidades e habilidades individuais, buscando estima social e desenvolvendo, a atitude positiva de autorrelação identificada pela *autoestima* (ou autoconfiança ética)[569] A estima social de que se fala não se confunde com a própria autorrealização individual, ou seja, com o alcance de uma posição de destaque na sociedade, referindo-se, diversamente, ao respeito recíproco e solidário pelas habilidades e capacidades individuais concretas, tidas por valiosas ao empreendimento comum. A estima social é, portanto, necessária para a autorrealização, na medida em que, se a sociedade não respeita estas capacidades e habilidades, será impossível ao indivíduo empregá-las com sucesso na busca por autorrealização. [570]

A cada esfera de reconhecimento corresponde não só uma atitude positiva, como também uma atitude negativa – uma forma de desrespeito. Assim, na esfera do Amor, a negação do reconhecimento relaciona-se principalmente com a violação da integridade física

[566] *Ibid*.
[567] *Ibid*.
[568] *Ibid*.
[569] *Ibid*.
[570] *Ibid*.

e psíquica dos indivíduos. A violação do reconhecimento no Direito consiste, por sua vez, na privação de direitos que se revela pela violação das reivindicações jurídicas que o indivíduo compreende como condições para o reconhecimento de sua autonomia moral.[571] Por fim, a atitude negativa de reconhecimento na esfera da estima social corresponde à negação da valoração social em razão de que o indivíduo deixa de ter suas formas de autorrealização estimadas por seus pares.[572]

Conclui-se que a autoconfiança, o autorrespeito e a autoestima, em conjunto, são condições necessárias à autorrealização do indivíduo, e são necessárias ao processo de busca espontânea dos objetivos de vida escolhidos pelo sujeito, sem pressões externas (sociais) ou internas (psicológicas) [573]. Quando as assimetrias e deficiências sociais conduzem a uma negação do reconhecimento em alguma dessas esferas, materializa-se o fenômeno da experiência de injustiça, no qual o indivíduo entende que os padrões de reconhecimento estabelecidos institucionalmente são desrespeitados indevidamente em relação a si, gerando-lhe sentimentos negativos como a vergonha. Este é o contexto em que podem surgir lutas que pressionam os limites sociais e valorativos vigentes em favor de níveis de reconhecimento cada vez mais expandidos.[574]

É nesse ponto que repousa a relevância do papel do Direito inicialmente identificado na teoria do reconhecimento honnethiana. Como visto, o autor pensou o Direito como um espaço de reconhecimento da imputabilidade moral dos indivíduos. Trata-se de uma esfera em que propriedades universais dos seres humanos são reconhecidas, conferindo-lhes o autorrespeito com relação a sua capacidade de tomar decisões morais e de sujeitar-se às mesmas regras e fruir dos mesmos benefícios jurídicos que seus pares. [575]

Como ocorre nas demais esferas do reconhecimento, as lutas por reconhecimento travadas por indivíduos e grupos em dada sociedade pressionam os limites do Direito no

---

[571] *Ibid*.
[572] *Ibid*.
[573] *Ibid*.
[574] Como expõem Lory Britt e David Heise, um dos objetivos dos movimentos sociais baseados em identidades marginalizadas é o de transformar as concepções da sociedade e dos próprios indivíduos sobre seus participantes. Nessa linha, os autoes concebem a vergonha e o orgulho como emoções que decorrem da forma como uma pessoa interpreta a visão do outro. A diferença sendo que, enquanto a vergonha gera o impulse da retirada e do acobertamento, o orgulho está diretamente relacionado à ocupação do espaço público. Daí que movimentos de orgulho, como, por exemplo, as paradas gays, se desenvolvam por meio da exposição pública de símbolos, imagens e posturas a que a sociedade atribui conotações pejorativas, cf. BRITT, Lory; HEISE, David, From Shame to Pride in Identity Politics, *in*: **Self, Identity, and Social Movements**, [s.l.: s.n.], 2000, p. 252–268.
[575] HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.

sentido de uma expansão que se dá em dois níveis,- uma expansão *social*, por meio da qual indivíduos previamente excluídos passam a ser abrigados pela proteção jurídica e uma expansão *objetiva*, por meio da qual novas demandas passam a ser resguardadas juridicamente como condição para o reconhecimento da autonomia moral das pessoas. [576] Diferentemente das demais esferas de reconhecimento (a das relações primárias e a da estima social), no entanto, o Direito apresenta um potencial emancipatório único, pois, segundo o autor, nas últimas passagens de seu Luta Por Reconhecimento:

> Os padrões de reconhecimento do direito penetram o domínio interno das relações primárias, porque o indivíduo precisa ser protegido do perigo de uma violência física, inscrito estruturalmente na balança precária de toda ligação emotiva (...). Mas a relação jurídica moderna influi sobre as condições da solidariedade pelo fato de estabelecer as limitações normativas a que deve estar submetida a formação de horizontes de valores fundadores da comunidade.[577]

Em outras palavras, a expansão do Direito pode estabelecer limites tanto nas esferas das relações primárias quanto da estima social, fixando proteções específicas capazes de fortalecer a pretensão de autorrealização dos indivíduos e grupos. Para dar contornos mais concretos a esta formulação, pense-se, por exemplo, na forma pela qual a Lei Maria da Penha buscou empoderar mulheres, em suas relações primárias, contra a gravíssima realidade da violência doméstica.[578] Ou como a proteção constitucional a comunidades tradicionais e povos indígenas transfere para o Direito a função de estabelecer horizontes de valores compartilhados, promovendo uma solidariedade social no sentido honnethiano.

A ideia de que o Direito se constrói a partir de lutas travadas pelos indivíduos não é estranha à própria teoria do Direito , conquanto o conceito de luta esteja pouco presente nas formulações mais recentes sobre o tema.[579] É em 1872, de fato, que Rudolf Von Ihering

---

[576] *Ibid*.
[577] *Ibid*.p. 278.
[578] Uma concepção do Direito posta é partidária da ideia colocada pelos movimentos feministas de que o privado ou pessoal é político. Sobre a releitura feminista da dicotomia público-privado, confira-se PATEMAN, Carole; AVANCINI, Marta, **O contrato sexual**. São Paulo: Paz e Terra, 1993..
[579] Não que a referência à luta não seja comum em diversos autores. Mesmo Francisco Campos, em sua investida contra a reforma agrária proposta nos anos 60, falava na luta como parte da construção do direito, cf. CAMPOS, Poder de Emenda: Reforma Agrária. No mesmo sentido, Roberto Lyra identificou, seguindo a linha marxiana, a natureza conflitiva do Direito - como fruto de processos de luta e síntese em torno do sistema posto. Para o autor, "cada perfil atualizado do Direito autêntico é um instante do processo de sua eterna reconstituição, do seu avanço, que vai desvendando áreas novas de libertação. (...) O Direito, em resumo, se apresenta como positivação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formula os princípios supremos da Justiça Social que nelas se desvenda", cf. LYRA FILHO, Roberto, **O que é direito**, São Paulo: Brasiliense, 2006. Como apontou Clévè, contudo, a posição de Lyra Filho peca ao identificar o direito como liberdade -

publica seu "A luta pelo Direito" buscando contrapor-se a teorias como a proposta por Savigny no sentido de que o Direito, tal como a linguagem, se formaria e transformaria por meio de processos orgânicos e evolutivos.[580]

Já no início de seu conhecido texto, Ihering afirma sua teoria de que o Direito, longe de ser fruto de uma evolução sem esforço da sociedade, é obtido exclusivamente pelo meio de luta. [581] Essa luta encontra-se no cerne, para o autor, não só da existência e formação dos direitos subjetivos, mas também do direito objetivo, do próprio ordenamento jurídico. [582]

No plano dos direitos subjetivos, a luta pelo direito para Ihering envolve uma luta pela própria existência moral do ser humano, uma luta, pela sua autopreservação[583][584] No plano do direito objetivo, no entanto, a luta pelo direito converte-se em um dever do indivíduo perante a sociedade. [585] Disto o autor extrai, ainda, que a luta individual pelo direito subjetivo violado é ela mesma, também, uma luta pelo direito objetivo –uma luta que afeta toda a sociedade e pela qual o defensor de seu próprio direito defende o direito em geral. [586]

Apesar de focar seus principais argumentos na luta pelo direito privado, Ihering identifica três aspectos relevantes para a perspectiva aqui desenvolvida sobre a identidade constitucional e seus processos de formação a partir de lutas. Em primeiro lugar, a luta pelo direito em Ihering é tanto conceitual ou metafórica, luta-se pelo direito, por exemplo, quando se busca sua proteção jurídica diante da violação perpetrada por terceiros – quanto literal – as "lutas sangrentas" necessárias para transformar ou construir o direito em jogo. Não se fala, portanto, em meros processos judiciais, legislativos ou políticos, mas em revoltas sociais e lutas no sentido mais puro da expressão.[587] Nesse sentido, Ihering afirma que

---

deixando de lado que, na contemporaneidade, ele pode ser também forma de dominação (CLÈVE, Clèmerson Merlin, **Para uma dogmática constitucional emancipatória**, [s.l.: s.n.], 2012.p. 92).

[580] Como expõe Bobbio, central à Escola Histórica do Direito a que se vincula Savigny é uma leitura tradicionalista do direito, que vê na "simples força da inércia", na história e sentimento uniforme de uma nação a força generativa do direito, cf. BOBBIO, Norberto; MORRA, Nello, **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, São Paulo: Ícone, 2006.p. 51.

[581] IHERING, Rudolf Von, **Luta pelo direito**, S.l.: Edipro, 2019.

[582] *Ibid*.

[583] *Ibid*.

[584] Honneth refuta a tese de que a luta pelo direito é uma luta por autopreservação ao afirmar sua teoria de que tal luta é uma luta pelo reconhecimento da autonomia moral do indivíduo, cf. HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.

[585] IHERING, Rudolf Von, **Luta pelo direito**, S.l.: Edipro, 2019.

[586] *Ibid*.

[587] E prossegue o autor: "Aquele que achar a luta antiestética, deixando de lado completamente o título estético, deverá também deixar de lado toda a literatura e arte desde a Ilíada de Homero e as esculturas dos gregos até as pinturas dos nossos dias, pois não existe nada que, por si mesmo, tenha exercido tal atração quanto a luta, em suas diversas formas".

> [T]odas essas grandes conquistas que se podem registrar na história do direito - a abolição da escravidão, a eliminação dos servos, a livre disposição da propriedade territorial, a liberdade da indústria, a liberdade da consciência, não têm sido adquiridas sem uma luta das mais encarniçadas e que frequentemente tem durado vários séculos, e quase sempre banhadas em ondas de sangue. [588]

Em segundo lugar, Ihering sustentou que um indivíduo, e uma sociedade só estarão realmente em posição de defender arduamente seus direitos quanto os tenham obtido por meio da luta:

> (...) Esta circunstância por força da qual os povos não chegam ao direito sem penosos esforços, sem inúmeros trabalhos, sem lutas contínuas, e até derramando seu próprio sangue, é justamente a que origina entre os povos e o seu direito um laço íntimo, que no começo da vida, no nascimento, se estabelece entre a mãe e o recém-nascido. [589]

Afirma o autor que "O direito que cai do céu é um direito que se esvai facilmente – mas ninguém ousará, arrancar " filho dos braços da mãe que o gerou" [590]. Nessa linha, a luta, em Ihering, é condição para a formação de laços fortes entre o sujeito e o direito que ele pretende ver protegido. Em terceiro lugar, Ihering identifica na própria luta pelo direito – ou melhor, na reação à violação do direito – a confirmação da relevância do próprio direito. Ou seja, na própria luta se revela a existência e a persistência de um direito violado.[591]

As perspectivas de Honneth e de Ihering se complementam reciprocamente.[592] Ihering contribui para uma ideia de luta pelo direito ao buscar desconstruir a ideia de que o direito existe e se desenvolve por um processo evolutivo natural e independente da ação humana. Pelo contrário, é por meio da ação humana, da luta seja aquela que se desenrola em revoltas populares, seja aquela luta iniciada nos tribunais ,que o direito se transforma e evolui. Mas evolui em que sentido?

Subjacente ao texto de Ihering parece estar um compromisso com a proteção do indivíduo e de ideais liberais, o que se justifica diante do período histórico em que escreve o

---

[588] IHERING, Rudolf Von, **Luta pelo direito**, S.l.: Edipro, 2019.
[589] *Ibid*.
[590] *Ibid*.
[591] "Não é somente a dor, mas também, em muitos casos, a violência, ou tenacidade, com a qual o sentimento do direito reage a uma lesão, que é a pedra de toque de sua saúde. (...) A irritabilidade e a ação, isto é, a faculdade de sentir a dor causada por uma lesão em nosso direito e a coragem aliada à resolução de repelir o ataque, são o duplo critério mediante o qual se pode reconhecer se o sentimento do direito é são" cf. *Ibid*..
[592] O próprio Honneth retoma a teoria de Ihering ao tratar das lutas por reconhecimento jurídico HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011,. p. 184, conquanto não trate da teoria da luta pelo direito apresentada pelo autor.

autor e, igualmente, de sua dedicação ao direito privado. O esclarecimento desse processo de luta, no entanto, pode ser encontrado em Honneth. É necessário lembrar que Honneth estabelece as bases de sua teoria sobre a luta por reconhecimento na tradição da teoria crítica. E isso traz implicações teóricas para sua empreitada. Pois, a partir dos escritos de Marx, a teoria crítica se caracteriza por buscar identificar no sistema social vigente os instrumentos que permitem sua subversão em direção à emancipação social. E a partir de Honneth é possível identificar a luta pelo direito como parte essencial de uma luta por emancipação social.

Primeiro, é em Honneth que se identifica uma caracterização das lutas capazes de influenciar os padrões normativos de reconhecimento como lutas sociais. Lutas sociais que são caracterizadas como "processo prático no qual experiências individuais de desrespeito são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro", experiências que, dessa forma, podem influir "na exigência coletiva por relações ampliadas por reconhecimento".[593] As lutas pelo direito, então, são empreitadas coletivas deflagradas a partir de experiências de injustiça articuladas também de maneira coletiva.

Segundo, a teoria da luta por reconhecimento em Honneth não se satisfaz com perspectivas neutras acerca de quais lutas são travadas no bojo de uma sociedade. Em sua conhecida crítica à teoria de Nancy Fraser sobre as lutas por reconhecimento, Honneth identifica que, em uma sociedade, diversos grupos buscam avançar suas reivindicações por respeito e valorização de suas perspectivas.[594] Mas, diferente de Fraser que se foca em movimentos sociais Honneth reconhece que nem todos estes grupos de fato *merecem* obter tal reconhecimento.[595] Se por um lado seria fácil propor que grupos como minorias raciais e de gênero padecem de falta de representatividade e poder político e devem ser elevados a um patamar de igualdade; por outro haverá grupos que igualmente ignorados ou desrespeitados no debate público que não merecem mesma sorte a exemplo de grupos neonazistas. Só é possível diferenciar entre um e outro grupo, no entanto, adotando-se um critério substancial que estabeleça um horizonte ético mínimo capaz de convalidar as lutas por reconhecimento.

---

[593] *Ibid*. p. 257.
[594] FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange**. London ; New York: Verso, 2003.
[595] *Ibid*.

[596] Honneth propõe pensar o modelo de luta por reconhecimento a partir do conceito de eticidade formal.

O conceito de eticidade tem sido central aos debates sobre teoria da justiça que contrapõem as tradições kantiana e hegeliana. Taylor diferencia de maneira clara a *Moralität* kantiana da *Sittlichkeit* (eticidade) hegeliana em seu profundo estudo sobre a filosofia de Hegel. Segundo o filósofo canadense, a *Sittlichkeit* diz respeito às "obrigações morais que tenho para com uma comunidade permanente da qual faço parte". Neste sentido, a *Sittlichkeit* determina ao indivíduo produzir algo que já existe, ou seja, a obrigação ética decorre da vida comum e dos valores compartilhados por uma determinada comunidade. Não há "fissura entre o que deve ser e o que é, entre *Sollen* e *Sein".* De outro lado, a *Moralität* (moralidade) atua de maneira oposta, na medida em que implica uma "obrigação de realizar algo que não existe. O que deve ser contrasta com o que é". "A obrigação vale para mim não em virtude de eu fazer parte de uma vida comunitária mais ampla, mas por ser uma vontade racional individual". E arremata Taylor: "a doutrina da *Sittlichkeit* é que a moralidade alcança a sua completude numa comunidade", em contraposição à *Moralität* que concebe o direito como "eternamente contraposto ao real", gerando um desacordo perpétuo entre moralidade e natureza[597].

A eticidade formal honnethiana se propõe como um ponto médio entre a tradição kantiana e as visões comunitaristas que remetem a Hegel. Da primeira, adota "o interesse por normas as mais universais possíveis, compreendidas como condições para determinadas possibilidades". Das segundas, extrai "a orientação pelo fim da autorrealização humana". A eticidade formal busca se afastar de ideais específicos de vida boa, mas ainda assim propor as estruturas capazes de promover o reconhecimento dos sujeitos como autônomos e individuados. [598] E tais estruturas são precisamente aquelas necessárias para o desenvolvimento do indivíduo nas três esferas de reconhecimento. A luta por reconhecimento

[596] Honneth afirma que "descrever a história das lutas sociais como um processo gerido requer a antecipação de um estado último preliminar, de cujo ângulo de visão é possível uma classificação e avaliação dos fenômenos particulares" HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 269

[597] TAYLOR, Charles; SCHNEIDER, Nélio, **Hegel: sistema, método e estrutura**, São Paulo: É Realizações, 2014.p. 411.

[598] Honneth é mais sucinto em sua distinção: "na tradição que remonta a Kant, como foi dito, entende-se por 'moral' a atitude universalidade em que nós podemos respeitar todos os sujeitos de maneira igual como 'fins em si mesmos' ou como pessoas autônomas; o termo 'eticidade' se refere, em contrapartida, ao *ethos* de um mundo da vida particular que se tornou hábito, do qual só se podem fazer juízos normativos na medida em que ele é capaz de se aproximar das exigências daqueles princípios morais universais" HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 270.

tem por objetivo permitir a igual oportunidade de autorrealização individual, independentemente dos valores específicos de vida boa que uma ou outra comunidade adotem.[599] Em termos específicos Honneth adotou como parâmetro de avaliação das lutas por reconhecimento e das transformações pelas quais passa um sistema social a ideia de individualização, isto é, "o aumento nas oportunidades para um indivíduo legitimamente articular sua personalidade", e a inclusão social, ou seja, "a expansão da inclusão de sujeitos no círculo de membros integrais da sociedade"[600]. É neste sentido que se pode identificar um caráter emancipatório na teoria honnethiana.[601]

A exposição desses elementos principais das teorias de Honneth e Ihering permitem avançar para, em um segundo momento, compreender como a formação da identidade constitucional se desenvolve a partir de processos de luta, incorporando perspectivas fundacionais e construtivistas sobre essa identidade.

4.2.2 A Constituição como *locus* de lutas por reconhecimento e pelo direito.

É comum afirmar que a experiência do constitucionalismo do pós-guerra tem como base o deslocamento da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, tornando-a fundamento último de todo o Direito.[602] O fenômeno da constitucionalização do direito se revela, assim, por meio da supremacia formal e material da Constituição, que passa a ser referencial axiológico para todo o ordenamento, não só de modo a deslocar determinadas decisões para o corpo de normas constitucionais, como também promovendo uma filtragem da interpretação de todo o direito cujo conteúdo deve ser com ela, então, compatível.[603]

---

[599] ZURN, Christopher F., **Axel Honneth: a critical theory of the social**, Cambridge , UK ; Malden, MA: Polity Press, 2015. p. 76. Nesse sentido, confira-se: "A justiça ou o bem estar da sociedade é proporcional à sua capacidade de assegurar as condições de mútuo reconhecimento sob as quais a formação da identidade pessoal, e a autorrealização, possa avançar adequadamente", cf. FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange**. London ; New York: Verso, 2003, p. 174.
FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange**. London ; New York: Verso, 2003, p.p. 184-185.

[601] No mesmo sentido, Honneth discute o pensamento de Habermas buscando coordenar sua própria teoria sobre as lutas sociais com a ideia de um interesse emancipatório originária da teoria crítica, cf. HONNETH, Axel, Is there an emancipatory interest? An attempt to answer critical theory's most fundamental question, **European Journal of Philosophy**, v. 25, n. 4, p. 908–920, 2017.

[602] Uma didática exposição sobre o tema pode ser encontrada em: BARROSO, Luís Roberto, **Temas de direito constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[603] SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda. **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris**, p. 113-148, 2007.

Como núcleo do Direito, a Constituição – antes despida de relevância social em razão de concepções sociológicas ou puramente normativas a ela atribuídas – passa a estar sujeita às pressões por expansão social e objetiva, fruto de lutas por reconhecimento que buscam ressignificar o sujeito constitucional e os direitos fundamentais. Esta recém-adquirida centralidade jurídica – que se converte também em centralidade social e política –permite indagar se a Constituição seria um espaço em que se desenvolvem as lutas por reconhecimento e pelo direito, na linha apontada por Honneth e Ihering. Em caso positivo é preciso entender como a identidade constitucional se relaciona com essas lutas. A hipótese que será analisada é a de que que a identidade constitucional se forma como resultado das disputas narrativas que gravitam em torno dos elementos caracterizadores de uma comunidade constitucional. Dito de outra forma, diversos grupos sociais e instituições produzem diferentes interpretações e atribuem distintos significados a um texto ou práticas constitucionais, constituindo sua percepção sobre o Eu constitucional. Estas narrativas são por vezes disputadas por aqueles que se encontram excluídos (como partícipes, ou em suas reivindicações) da comunidade constitucional como constituída em dado momento, forçando uma mudança na identidade constitucional que permanece em constante desenvolvimento. Nessa linha, pode-se pensar a formação da identidade constitucional a partir das lutas sociais que tem a Constituição como ponto de partida, como instrumento e como ponto de chegada.

Pensar a Constituição como *ponto de partida* das lutas sociais significa entender que as reivindicações por um reconhecimento negado podem partir das próprias expectativas normativas geradas pelo ordenamento constitucional.

A partir do seu deslocamento para o centro do Direito, a Constituição transforma-se em referencial institucional a partir do qual os indivíduos buscam adquirir autorrespeito, resgatando o Direito violado. Ou seja, a Constituição torna-se o parâmetro que define *quem* está protegido em sua condição de pessoa e *quais* pretensões são requisito para a proteção desta condição de pessoa, merecendo tutela jurídica. É quando as pretensões normativas estabelecidas por este parâmetro constitucional e cultivadas pelos indivíduos são desatendidas, quando então pode surgir aquele "sentimento paralisante de vergonha social, do qual *só o protesto ativo e a resistência poderiam libertar*"[604]. É neste sentido que a Constituição pode ser pensada como deflagradora de lutas sociais.

---

[604] HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011

Para que a Constituição exerça esta função é necessário que alguns fatores se coordenem. Em primeiro lugar, na linha do já afirmado por Honneth, nem sempre uma negação de expectativas normativas produzirá uma luta por reconhecimento. É neste sentido que se afirmou (com o autor) que as lutas por reconhecimento *podem* ser deflagradas, e não que elas *serão* deflagradas.[605] Parece ser razoável crer que o desenvolvimento destas lutas depende da formação de organismos sociais (em forma de movimentos) capazes não só de superar o sentimento de vergonha social [606], o que por si só exige uma consciência de grupo que conteste a visão de que o estigma é justificável ou correto[607],como também de articular publicamente as reivindicações por autorrespeito.[608]

Esta organização surge, por sua vez, na medida em que os indivíduos sujeitos ao desrespeito e à degradação percebem que suas experiências são compartilhadas com diversos outros, passando a desnaturalizar a negação a que estão submetidos em favor de uma tentativa de superar o quadro de humilhação. Pode-se pensar assim a existência de *movimentos sociais*[609] como um primeiro elemento necessário para pensar Constituição como ponto de partida das lutas sociais.

---

[605] *Ibid*.

[606] Como sustenta William Eskridge Jr., "o maior custo do estigma estatal era intangível, tomando a forma de vergonha que americanos marginalizados internalizaram como consequência de sinais sociais e estatais destrutivos", cf. ESKRIDGE, William N., Channeling: Identity-Based Social Movements and Public Law, **University of Pennsylvania Law Review**, v. 150, n. 1, p. 419, 2001. Neste sentido, os movimentos sociais podem exercer um importante papel de converter a vergonha em orgulho, cf. BRITT; HEISE, From Shame to Pride in Identity Politics..

[607] ESKRIDGE, William N. Channeling: Identity-Based Social Movements and Public Law. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 150, n. 1, p. 419, 2001.

[608] Não quero, ao falar em "formação de organismos", incidir no risco de sucumbir a um individualismo associativista. Evidentemente, estes "organismos" podem já estar formados, na forma de comunidades que compartilham valores, modos de vida ou características em comum. O traço relevante, aqui, é a percepção intersubjetiva do desrespeito enquanto tal, que permite a comunidades presentes ou futuras organizar-se no sentido de superar o quadro de negação de reconhecimento. Nessa linha, Eskridge destaca que mesmo a organização de movimentos sociais é influenciada pelos custos da organização, onde o Estado se mobiliza para perseguir movimentos sociais organizados de grupos marginalizados, maiores são os custos da organização e menores as chances de seus benefícios serem tais a justificarem que cidadãos se engajem nessa luta política, cf. *Ibid*..

[609] Estou adotando, aqui, um sentido amplo do conceito de movimentos sociais, considerados como grupos razoavelmente organizados de indivíduos que partilham experiências ou traços comuns e que se movimentam politicamente em uma certa direção comum. O sentido aqui é mais amplo do que aquele adotado por autores como Juliana Cesario Alvim, que além de interpretar estes movimentos como "tentativas coletivas de influir nos arranjos sociais", também lhes atribui uma característica específica de marginalização social, contrapondo-os, por exemplo, com o que a autora identificou como "contramovimentos", formados a partir da reação às reivindicações formuladas pelos primeiros (GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso**. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016). Aqui, trato ambas as organizações coletivas sob a mesma nomenclatura, na medida em que identifico em ambos os casos organizações sociais que lutam por um reconhecimento que entendem negado. Será apenas em um outro momento que apresentarei o critério de legitimação destas organizações.

Mesmo havendo estes movimentos, o potencial da Constituição para promover lutas por reconhecimento é contingente. Nem toda Constituição, em todo contexto histórico e social, servirá como referência para a formulação de lutas.[610] Será inevitavelmente necessário, na linha do que defenderam autores como Hesse[611], que haja um vínculo entre a sociedade e a Constituição que impulsione aquela no sentido de fazer valer e respeitar o conteúdo desta última.[612] Ou seja, é necessário que a Constituição de fato gere, para os indivíduos a ela sujeitos, pretensões normativas reais. Do contrário, se a Constituição é apenas um texto despido de normatividade, é discutível qualquer influência que tenha para as lutas por reconhecimento jurídico.

Nesta linha, um segundo fator necessário às lutas pela Constituição é a própria existência de algum nível de *efetividade constitucional*[613]. Por "algum nível", quer-se dizer que não necessariamente precisa estar presente uma Constituição normativa, no sentido de Loewenstein, mas ao menos uma Constituição nominal, ou seja, uma Constituição com pretensão de conformação da realidade, ainda que incapaz de a conformar por completo.[614]

Se de um lado a efetividade é necessária para que os indivíduos e grupos fomentem suas pretensões normativas à luz do texto constitucional, também a própria interpretação constitucional exerce função-chave em sua compreensão como ponto de partida de lutas. Isso porque um indivíduo ou grupo apenas pode entender-se violado quanto às pretensões normativas que cultiva se, de antemão, atribuiu ao texto constitucional algum sentido que fundamente estas pretensões – por meio de um processo interpretativo. Tratando das normas sociais em geral, Honneth identifica três condições para a articulação de reivindicações por emancipação social. Primeiro é necessário identificar que as normas postas como naturais permitem não a interpretação naturalizada como correta, como também outras

---

[610] Agradeço a Daniel Cardinali pela observação de que outros referenciais como os direitos humanos ou direitos civis podem ser apropriados por movimentos distintos em contextos históricos, jurídicos e sociais diversos.

[611] A vontade da Constituição, na linha de Hesse, é aquele fator presente na consciência geral que permite converter a Constituição em força ativa. É curioso ressaltar como em Hesse já é possível identificar uma constatação cara à teoria do reconhecimento como formulada por Taylor e Honneth, qual seja, a ideia de que entre o ser e o dever ser deve necessariamente haver algum vínculo capaz de gerar uma identificação entre o projeto constitucional e uma dada sociedade (HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991).

[612] Com Hesse, no entanto, é possível também afirmar que a Constituição se molda à realidade social em constante mudança – por que não, uma mudança causada, por vezes, pelas lutas por reconhecimento que forçam os sentidos constitucionais em favor da inclusão de indivíduos e demandas (*Ibid*.).

[613] Podemos emprestar, aqui, a conceituação sintetizada de efetividade como "o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo" (BARROSO, Luís Roberto,.**Temas de direito constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.).

[614] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 2018.

interpretações. [615] Segundo, é necessário identificar que a interpretação naturalizada beneficia determinados grupos, como condição de mobilização social em torno da natureza injusta e excludente da interpretação posta. [616] E terceiro, é necessária a articulação de uma nova interpretação que avance o modelo emancipatório pretendido.[617]

No plano da interpretação jurídica, a primeira condição de transformação do direito em direção a um ideal emancipatório tem sido reconhecida como uma das bases do positivismo jurídico como avançados por Kelsen[618] e Hart.[619] De fato, ambos os autores reconheceram que o ordenamento jurídico não encerra a totalidade as relações sociais e, pelo contrário, resguarda um espaço de manobra interpretativa que permite diferentes graus de discricionariedade do intérprete.[620] É notável a percepção de Hart[621] – situada após o chamado giro-linguístico – que reconheceu que a abertura interpretativa do direito é consequência da própria textura aberta da linguagem. [622] Não sendo o intérprete, portanto, mera boca da lei, mas reconhecendo sua atividade cognitiva e volitiva, então a primeira condição para tomar a Constituição como ponto de partida das lutas pelas Constituição é reconhecer que as interpretações sobre seus significados não são unívocas, ainda que tenham sido sedimentadas e tidas por naturais ao longo de gerações.

Em segundo lugar, também no plano jurídico, é crescente a crítica que busca revelar o direito como um sistema que representa as visões dominantes de uma dada sociedade. Nesse sentido, o direito nasce como mecanismo de manutenção de *status quo* de desigualdades, seja ignorando as estruturas de opressão vigentes, seja resguardando-as[623]. Este status quo que dificilmente será abalado por seus beneficiários, pode ser percebido por aqueles que lhes tem negado os benefícios de ser um partícipe do direito , aqueles que, como

---

[615] HONNETH, Axel. Is there an emancipatory interest? An attempt to answer critical theory's most fundamental question. **European Journal of Philosophy**, v. 25, n. 4, p. 908–920, 2017.
[616] *Ibid*.
[617] *Ibid*.
[618] KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
[619] HART, H. L. A. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford : New York: Clarendon Press ; Oxford University Press, 1994.
[620] KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. ; HART, **The concept of law**.
[621] HART, H. L. A. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford : New York: Clarendon Press ; Oxford University Press, 1994.
[622] HONNETH, Axel. Is there an emancipatory interest? An attempt to answer critical theory's most fundamental question. **European Journal of Philosophy**, v. 25, n. 4, p. 908–920, 2017.
[623] MACKINNON, Catharine A., **Butterfly politics**, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2017.

coloca Honneth, veem o direito como feitos "para eles" e não "por eles"[624]. Nos Estados Unidos, a corrente teórica denominada *critical legal studies* buscou precisamente revelar esta característica. Como explica Mangabeira Unger, o movimento revelava como o direito era dotado de uma indeterminação que apenas parecia desaparecer por meio do compartilhamento de uma visão sobre a sociedade que era exposta por "intérpretes credenciados"[625]. Buscava-se revelar que "o direito e o pensamento jurídico refletem, confirmam e reconstroem as divisões e hierarquias inerentes" a um estágio de organização social[626].

Uma vez reconhecido que as interpretações postas não são unívocas, nem neutras, é possível avançar para um processo de reimaginação dos significados constitucionais, partindo do próprio ordenamento constitucional posto e buscando a inclusão e o reconhecimento de demandas marginalizadas.[627]

Disso decorre que as lutas sociais que se desenvolvem a partir da Constituição são, também, lutas interpretativas, em que significados atribuídos institucional ou extra institucionalmente colidem entre si, pressionando os limites do sentido constitucional "para dentro" (no sentido de restrição ou conservação do *status quo*) e "para fora" (no sentido de expansão do sentido constitucional).

Havendo (1) uma expectativa de aplicação da Constituição; (2) grupos cujas expectativas normativas não são representadas pelos sentidos naturalizados e atribuídos à Constituição; e (3) o desenvolvimento de uma interpretação capaz de atribuir-lhe novo sentido inclusivo destes grupos; então uma luta por reconhecimento pode se desenvolver tendo como ponto de partida a Constituição.

Falar em Constituição como *instrumento de luta social* significa, em um segundo sentido, entender que não só reivindicações surgem a partir de pretensões normativas constitucionais não atendidas, como também que é a apropriação da Constituição, a partir desta violação, que permite (re)estabelecer o reconhecimento negado. Dito de outra maneira: é a Constituição – por sua efetividade negada – que deflagra o conflito e é ela – por sua própria vontade de conformar a realidade – que pode resolvê-lo.

---

[624]HONNETH, Axel. Is there an emancipatory interest? An attempt to answer critical theory's most fundamental question. **European Journal of Philosophy**, v. 25, n. 4, p. 908–920, 2017.

[625] UNGER, Roberto Mangabeira, **The critical legal studies movement: another time, a greater task**, London ; Brooklyn, NY: Verso, 2015.

[626] *Ibid*.

[627] Alguns casos de reimaginação deste tipo serão apresentados adiante, notadamente no capítulo 6, ao tratarmos das transformações da identidade constitucional. Sobre o processo de transformação de doutrinas constitucionais heterodoxas em doutrinas ortodoxas, remeto ao item 5.3

É importante ressaltar o acerto de leituras céticas sobre a Constituição e o fenômeno do constitucionalismo. Nessa linha, por exemplo, Stephen Holmes questiona a visão idealista da Constituição que propõe ver o movimento constitucional como um movimento de libertação por grupos oprimidos, ignorando que tais grupos, por definição, não teriam o poder de estabelecer uma estrutura jurídica protetiva de seus interesses. Pelo contrário, afirma Holmes, é mais adequado ler as Constituições como a cristalização de visões majoritárias, por vezes contrárias à leitura democrática idealizada.[628] Em linha semelhante, Roberto Gargarella destacou como a ideia de que os direitos fundamentais são mecanismos de proteção de minorias originalmente se voltara não para a proteção de grupos marginalizados, e sim de minorias econômicas – credores – temerosas de avanços de pautas majoritárias – devedores – que colocariam em risco sua propriedade.[629]

O que a ideia de luta pela Constituição propõe, seguindo a tradição da teoria crítica, é que o modelo constitucional (seja o constitucionalismo, seja a Constituição) possa de fato ser lido como produto de ideais políticos, econômicos e sociais de elites nacionais e internacional. Mas uma vez estabelecido o sistema de dominação, no entanto, nele mesmo é possível encontrar as ferramentas para sua transformação. O mesmo sistema estabelecido por elites burguesas no século XVIII e XIX para proteger direitos fundamentais de modo a perpetuar um status de dominação acaba por gerar expectativas normativas daqueles que não integram tais elites mas que, se vendo como sujeitos de direito, esperam ser regidos pelos mesmos imperativos de igualdade e liberdade.[630] Afirma Cléve:

> Se o Direito é o resultado - nos campos legislativo (criação de normas) e jurisdicional (interpretação) - da luta entre detentores de interesses e direitos contrastantes; se o Direito é um espaço de luta (mas também de cooperação); se condensa uma relação de forças (pressupondo certa dose de consenso), significa que cristaliza não apenas os valores dos grupos hegemônicos, mas também as vitórias, ainda que difíceis, dos grupos e classes reivindicantes.[631]

---

[628] HOLMES, Stephen. Constitutions and constitutionalism. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, p. 189-216, 2012.

[629] GARGARELLA, Roberto, **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**, 1. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1996. No mesmo sentido o estudo em que se baseia Gargarela: WOOD, Gordon S., **The American revolution: a history**. New York: The Modern Library, 2003.

[630] Essa é a linha desenvolvida por T. H. Marshal em seu célebre estudo sobre a evolução dos direitos. Para o autor, cada geração de direitos reconhecida nos sistemas burgueses foi capaz de gerar novas expectativas normativas, expandindo-se o rol de direitos reconhecidos para uma nova geração e assim sucessivamente, cf. MARSHALL, Thomas H.; BOTTOMORE, Tom (Orgs.), **Citizenship and social class**,. London: Pluto Press, 1992.

[631] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. [s.l.: s.n.], 2012, p. 68.

Entender a Constituição como mecanismo das lutas sociais pode significar diversas propostas. Por exemplo, pode-se falar na Constituição como base de argumentos morais e políticos formulados pelos já mencionados movimentos sociais.[632] Pode-se falar, ainda, na Constituição como um instrumento da luta em razão da judicialização de questões políticas e sociais com arrimo em cláusulas constitucionais.[633] Estas visões particularistas ilustram um sentido mais abrangente da ideia de Constituição como mecanismo das lutas sociais: a Constituição permite potencializar os efeitos emancipatórios da luta social na medida em que, de um lado, preveja mecanismos que deem vazão institucional às reivindicações formuladas pelos diversos movimentos sociais, e, de outro, na medida em que seja capaz de estabelecer o que se pode denominar de limites emancipatórios a estas reivindicações.

No primeiro sentido, a Constituição converte-se em mecanismo de luta na medida em que fornece uma caixa de ferramentas[634] que permite não só aos movimentos sociais organizados apresentar suas demandas, como também fomenta a formação destes mesmos movimentos e a vocalização de suas reivindicações por reconhecimento.[635] Tratando da experiência paquistanesa, Imran Ahmed remete ao conceito de Constituições estratégicas como aquelas capazes de substituir canais tradicionais de luta política que são inacessíveis ou eventualmente evitados por grupos sociais.[636]

É possível pensar em uma série de meios pelos quais isso pode se desenvolver em um dado ordenamento constitucional específico, mecanismos de democracia direta, semidireta e participativa, estabelecimento de instrumentos que tornem o processo político poroso (Legislativo e Executivo) à pressão social, e a jurisdição constitucional são apenas alguns dos exemplos de criação de potenciais vias alternativas ou cumulativas de luta social pelas quais

---

[632]GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso**. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016.

[633] O tema foi trabalhado por Daniel Cardinali, em especial à luz do movimento LGBTI, cf.: CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

[634] Empresto a ideia de uma "caixa de ferramentas" de Cass Sunstein (SUNSTEIN, Cass R., **Why nudge? the politics of libertarian paternalism**, paperback. New Haven: Yale University Press, 2015.).

[635] Esta formulação parece ter forte proximidade com as perspectivas republicanistas sobre a Constituição, visto que se voltam para as liberdades públicas e para o agir cívico dos indivíduos. Sobre o tema do republicanismo, confira-se MAIA, A. C. e MENEZES, T. Republicanismo Contemporâneo, Constituição e Política *in* SARMENTO, Daniel; CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza (Orgs.), **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009..

[636] AHMED, Imran, 'Strategic Constitutions': Constitutional Change and Politics in Pakistan, **South Asia: Journal of South Asian Studies**, v. 40, n. 3, p. 481–499, 2017.

indivíduos e grupos podem vocalizar suas reivindicações por um reconhecimento negado em direção à emancipação individual e coletiva. Note-se, contudo, que como apontado por Charles Epp, não basta que as ferramentas existam, é necessário que estejam presentes as condições para alcançá-las. Ou, nos termos usados pelo autor, é necessário que haja uma estrutura de apoio para que os grupos disputem social, política e juridicamente suas narrativas e significados constitucionais.[637]

A própria emancipação individual e coletiva é, em um segundo sentido, também a expressão da Constituição como mecanismo de luta social. De fato, ao reunir uma ordem de valores, apontando as aspirações e compromissos de uma dada sociedade, a Constituição define os horizontes éticos da comunidade constitucional e aponta os limites emancipatórios das reivindicações postas.[638] Nessa linha, a Constituição opera como uma bússola do reconhecimento, que ao apontar no sentido da expansão do direito em direção à inclusão de grupos previamente excluídos, também deslegitima as reivindicações que propõe a negação de direitos e a marginalização de grupos sociais.

Seguindo teorias como a formulada por Axel Honneth, é necessário perceber que a luta por reconhecimento não se restringe a grupos historicamente marginalizados que recorrentemente são tidos como injustiçados por uma sociedade[639], pensem nos movimentos feminista, negro e LGBTI como exemplos disso. Também outros grupos travam lutas sociais em busca do reconhecimento de suas próprias demandas, incluindo aqueles que sustentam a superioridade racial, étnica, religiosa, de gênero, de origem ou de sexualidade de seus grupos sobre outros. Em outras palavras, não é apenas o movimento negro que luta por reconhecimento, também os movimentos neonazistas de caráter fortemente racistas travam suas próprias lutas. Trata-se, no entanto, de movimentos eminentemente conflitantes entre si, o que demanda algum critério de legitimação que permita refutar certas reivindicações por reconhecimento em favor de outras. É nisso que repousa este segundo aspecto instrumental da Constituição.

Assim, como mecanismo de luta, a Constituição pode ser apropriada pelos movimentos sociais e pelas próprias instituições de modo a indicar a diretriz ética legitima das

---

[637] Estas estruturas podem prover o financiamento, treinamento ou mesmo os espaços para a articulação destas demandas, cf. EPP, Charles R., **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective**, Chicago: University of Chicago Press, 1998. p. 18.

[638] HONNETH, Axel. Is there an emancipatory interest? An attempt to answer critical theory's most fundamental question. **European Journal of Philosophy**, v. 25, n. 4, p. 908–920, 2017, .p. 278.

[639] FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange**. London ; New York: Verso, 2003.

lutas por reconhecimento. Ocupando o lugar da eticidade formal proposta por Honneth. Lembre-se que a ética não é tida em um sentido forte, como uma certa ideia do que é bom ou do que é certo, mas em um sentido formal, abrigando a própria ideia de emancipação social.[640] Nessa linha, adota-se uma perspectiva própria de um constitucionalismo emancipatório em que as pretensões voltadas à subjugação de uns grupos por outros, ou pretensões de negação de direitos, marginalização e exclusão contra certos grupos são afastadas pelo instrumental constitucional – cujo norte aponta em sentido oposto.

Por fim, a Constituição é também um *ponto de chegada* destas lutas sociais. Significa que elas surgem a partir da Constituição, desenvolvem-se pela Constituição e almejam a mesma Constituição.[641] Dizer que a Constituição é um ponto de chegada não é afirmar que existe algo como um projeto constitucional acabado, ou como um estado de perfeição constitucional. Pelo contrário, precisamente porque o movimento de expansão social e objetiva da Constituição é constante, pode-se dizer que o ponto de chegada a que almejam os movimentos sociais está a todo tempo avançando (ou retrocedendo) com relação às suas reivindicações. Diz-se que a é ponto de chegada para significar duas ideias.

A primeira ideia é a de que aquilo que almejam os movimentos sociais é (r)estabelecer um reconhecimento constitucional negado. Ou, em outras palavras, é fazer valer as pretensões normativas que eles extraíram da Constituição, a partir de interpretações que desenvolveram, de demandas que lograram apresentar na esfera pública (inclusive institucionalmente) e que se compatibilizaram com o norte emancipatório constitucional. Sendo assim, o coroamento deste processo de luta não pode ser, senão, o reconhecimento solidário, social e institucional, de que o significado constitucional abarca as demandas formuladas por estes movimentos. Ou seja, é a institucionalização ou a difusão, na sociedade, da percepção de que a interpretação constitucional levada a efeito por determinado movimento é correta que revela um sucesso de dada luta por reconhecimento.

---

[640] Retomando o conceito de eticidade formal, veja-se a sucinta definição de Danielle Petherbridge, "a eticidade formal deve ser entendida como um ideal normativo em que padrões de reconhecimento específicos permitem aos indivíduos adquirir a autoconfiança, autorrespeito e auto-estima necessários para a plena autorrealização", razão pela qual sua pretensão emancipatória parece estar longe de dúvidas (HONNETH, Axel; PETHERBRIDGE, Danielle (Orgs.), **Axel Honneth: critical essays ; with a reply by Axel Honneth**, Leiden: Brill, 2011.).

[641] Especificamente no caso brasileiro, esta busca pela constitucionalização das reivindicações coletivas e individuais é revelada pelo que Oscar Vilhena Vieira denominou seu compromisso maximizador, no sentido de que "todos os setores que foram capazes de se articular no processo constituinte [tiveram] satisfeita ao menos parcela de seus interesses", cf. VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. DO COMPROMISSO MAXIMIZADOR À RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 3, p. 375-393, 2018.

Esta institucionalização pode se dar por diversos mecanismos: ela pode ser formal, quando ocorrem alterações propriamente ditas no texto constitucional, por meio de emendas constitucionais ou pela incorporação de tratados internacionais de direitos humanos (no caso brasileiro), ou puramente material (ou informal), quando a incorporação das reivindicações sociais se dá por meio de uma alteração quanto à interpretação constitucional dominante, configurando-se o fenômeno da mutação constitucional.[642]

Reitera-se, mais uma vez, que a conquista de um reconhecimento constitucional de demandas formuladas por movimentos sociais não implica um "fim da história"[643] ou um ponto de chegada definitivo que estabelece que nada mais resta pelo que lutar. Em realidade, um mesmo objetivo de emancipação pode esconder reivindicações conflitantes entre si. Tome-se, por exemplo, a discussão sobre o casamento homoafetivo – que é tido, de um lado, como pauta emancipatória para parcela do movimento LGBT e, de outro, como uma reivindicação indevida, que sujeita aquele grupo às opressões das práticas heteronormativas vigentes.[644]

Sem ignorar estas lutas internas quanto ao significado de emancipação social, fato é que um modelo de constitucionalismo assim pensado identifica na Constituição um papel fundamental de "alvo" das lutas por reconhecimento.

Isso tampouco pode significar uma redução por completo de toda luta por reconhecimento a uma luta por reconhecimento jurídico. Repita-se o que já foi dito: o Direito tem um especial papel emancipatório na medida em que pode abarcar pretensões por reconhecimento formuladas não só no âmbito das lutas por autorrespeito, como também por autoconfiança e autoestima. No entanto, o Direito não pode tudo – de modo que haverá lutas que apenas se poderão travar fora dos limites do jurídico. Não só isso, o reconhecimento jurídico não basta se não se converte em real resposta às reivindicações postas. Só se pode falar na Constituição como ponto de chegada das lutas sociais, portanto, se a efetividade constitucional for pressuposto desta afirmação. Logo, quanto menos efetiva uma Constituição,

---

[642] De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, "a mutação constitucional consiste em processo informal de mudança da Constituição, que ocorre quando surgem modificações significativas nos valores sociais ou no quadro empírico subjacente ao texto constitucional, que provocam a necessidade de adoção de uma nova leitura da Constituição ou de algum de seus dispositivos" (SOUZA NETO, C. SARMENTO, D. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 339). Uma análise dos mecanismos de transformação da identidade constitucional será desenvolvida adiante, no item 5.3.

[643] Cf. item 5.3.1

[644] Sobre o tema, confira-se, mais uma vez, CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

menos o reconhecimento constitucional de uma reivindicação social poderá ser considerado, em si, como o objetivo das lutas sociais.

Dito isso, há um segundo sentido pelo qual se pode conceber, dentro do paradigma aqui proposto, a Constituição com um ponto de chegada das lutas sociais por reconhecimento. Trata-se da ideia de que as diversas lutas por reconhecimento, ao gerar uma expansão social e objetiva da Constituição, são capazes também de constituir um horizonte compartilhado de valores constitucionais.[645] Em outras palavras, a Constituição pode ser considerada um ponto de chegada na medida em que estabelece também os valores reconhecidos em uma sociedade, sempre a partir da luta e à luz de um ideal emancipatório, gerando não só efeitos sobre o autorrespeito dos indivíduos, como também sobre sua autoestima (enquanto valorização de formas de vida e de autorrealização pessoal).[646]

Novamente, torna-se inevitável enfrentar a crítica fortemente trazida pela tradição liberal e procedimentalista que refuta a tese de que um ordenamento social deva trazer em si ideias sobre vida boa, valiosa, correta.[647] Uma formulação adequada desta crítica apontaria que conceber a Constituição como uma ordem de valores implica diversos riscos para o pluralismo e para o respeito à diversidade em sociedades cada vez mais marcadas pela conjugação de diversas "doutrinas abrangentes" [648], para empregar a expressão de Rawls. Incorporar ao ordenamento constitucional valores substantivos sobre que formas de vida devem ser preservadas e valorizadas gera um risco de autoritarismo cuja forma mais perniciosa é a do perfeccionismo moral. [649]

Uma resposta a esta formulação, no entanto, foi posta por autores como Taylor, que identificaram no procedimentalismo (especialmente o de matriz liberal) uma tentativa vã de despegar as comunidades do rico sistema de valores que necessariamente são

---

[645] HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011, p. 278.

[646] A ideia de uma Constituição como um documento que não é axiologicamente neutro foi identificada pela Corte Constitucional Alemã no famoso caso *Lüth.* Naquela ocasião, a Corte afirmou que a Constituição "não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico (...) [e que] estabeleceu também, em seu capítulo de direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo" (MARTINS, L (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005, p. 381).

[647] Essa é a linha filosófica traçada por autores como Rawls e Fraser, cf. RAWLS, John. **Political liberalism**. Expanded ed. New York: Columbia University Press, 2005. (Columbia classics in philosophy). ; FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 70, p. 101–138, 2007.

[648] RAWLS, John. **Political liberalism**. Expanded ed. New York: Columbia University Press, 2005. (Columbia classics in philosophy).

[649] Nino sintetiza a ideia de perfeccionismo moral como a visão de que "é legítima a atuação do Estado que impõe ideais de virtude pessoal" (NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. 1. ed. Barcelona: Gedisa Ed, 1997, p. 77).

compartilhados pelos grupos sociais que as integram. Para Taylor, não é possível pensar o ordenamento social sem atenção às concepções de bem compartilhadas na sociedade, de maneira que mesmo a pretensa neutralidade liberal está imbuída de considerações éticas, referentes aos valores devem ser cultivados em uma sociedade (por exemplo, liberdade, participação política etc.). [650]

Não se pode negar razão a quaisquer dos lados. Pensar a Constituição como uma ordem de valores implica indagar "que valores?". Pouca preocupação poderia haver se a resposta a esta questão fosse "os meus valores" – mas quando são os valores do Outro que encontram arrimo constitucional, algum tipo de desconforto teórico pode surgir. Em outras palavras, o risco do perfeccionismo moral e da imposição de valores não compartilhados pode se desenvolver a partir desta concepção.

De outro lado, a tentativa de formular uma Constituição "fraca" em valores não só é socialmente improvável, visto que as sociedades construirão seus ordenamentos constitucionais à luz de suas cosmovisões razoavelmente compartilhadas[651] ,como parece ser historicamente superada. Mesmo a Constituição americana, cujo cânone[652] foi em larga medida elaborado no auge do constitucionalismo liberal, hoje comporta leituras moralmente fortes (como ilustrado na posição substancialista de Ronald Dworkin[653]) em contraposição a leituras que, mesmo assumidas como procedimentalistas, também comportam decisões morais de natureza substancial (refletido na teoria de John H. Ely[654]). Constituições contemporâneas, em sentido semelhante, têm sido crescentemente abertas ao reconhecimento de certos valores e do respeito e promoção de determinadas formas de viver.

O que parece necessário, neste debate, é amarrar algumas ideias já desenvolvidas neste item em favor de um ponto comum. Falar na Constituição como ponto de chegada, no sentido de que ela passa a revelar um horizonte compartilhado de valores constitucional, não

---

[650] TAYLOR, Charles; GUTMANN, Amy; TAYLOR, Charles. **Multiculturalism: examining the politics of recognition**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 1994, p. 62.

[651] Nessa linha, não é possível discordar da crítica comunitarista ao liberalismo, sendo os indivíduos enraizados, não é possível considerar uma moral que seja contrafática ou puramente racional, de tal maneira que estruturas básicas de uma sociedade serão formadas a partir das experiências históricas e culturais dos indivíduos que as constroem, cf. SANDEL, Michael J., The Procedural Republic and the Unencumbered Self, **Political Theory**, v. 12, n. 1, p. 81–96, 1984.

[652] Ou seja, conjunto de documentos que compõe o referencial do constitucionalismo americano, cf. BALKIN, J. M.; LEVINSON, Sanford, The Canons of Constitutional Law, **Harvard Law Review**, v. 111, n. 4, p. 963, 1998.

[653] DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. 9. print. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1995.; DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

[654] ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

pode ter um sentido autoritário e perfeccionista. Como já visto, o norte da expansão constitucional, no paradigma do reconhecimento, é a emancipação social, que só pode ser atingida por meio da pluralização dos horizontes de valores, e não da imposição de valores de uns grupos sobre outros.

A cristalização das lutas por reconhecimento e pelo Direito na Constituição implica uma expansão progressiva do reconhecimento dos diversos valores e formas de vida que constituem uma sociedade, exclusivamente na medida em que isso aponte para uma emancipação crescente. Não se trata de constitucionalizar valores que oprimam outros grupos, e sim aqueles que permitam que mais e mais indivíduos, com cada vez mais reivindicações, possam encontrar na Constituição os fundamentos para se estimarem mutuamente em suas diversas formas de vida. A solidariedade é promovida em razão de a Constituição converter-se em referencial não só jurídico, como também social.

É apenas neste sentido, que Honneth desenvolveu na ideia de uma eticidade formal[655], mas que também pode ser extraído de uma leitura de Taylor em favor da pluralização dos horizontes de valor[656], que se pode conceber uma sociedade que encontra na Constituição um núcleo gravitacional das lutas por reconhecimento emancipatório.

Feitas essas considerações, é necessário responder, ainda, a duas questões referentes ao processo de luta pela Constituição. A primeira pergunta diz respeito ao objeto: pelo que se luta? A segunda, ao sujeito: quem luta? São as questões analisadas a seguir.

4.2.3 Pelo que se luta?

A luta pela Constituição não é apenas uma luta por um texto ou conjunto de documentos escritos. Antes de tudo, ela é a própria luta pela Constituição em um sentido material, por uma determinada identidade constitucional propriamente dita. Por assim dizer, quem luta pela Constituição, luta por uma compreensão acerca das aspirações e compromissos constitucionais, buscando ao mesmo tempo a proteção da comunidade constitucional como posta e o avanço do projeto constitucional realizado, com o reconhecimento de novos direitos constitucionalizados. Há, portanto, na luta pela Constituição, um processo de continuidade e

[655] HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.
[656] TAYLOR, Charles. **The ethics of authenticity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1992; TAYLOR, Charles; GUTMANN, Amy; TAYLOR, Charles. **Multiculturalism: examining the politics of recognition**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 1994.

resistência (quanto ao ordenamento constitucional existente) e de expansão (no sentido dos horizontes éticos definidos pela Constituição). Mas o que isso significa?

Pode-se pensar a luta pela Constituição, que se desenvolve nas diferentes esferas institucionais ou não, como uma luta que gira em torno de três objetivos: a luta por narrativas constitucionais, a luta por significados constitucionais e a luta pelo reconhecimento de direitos constitucionalizados.

4.2.3.1 A luta por narrativas constitucionais

A Constituição suscita, no processo de formação da comunidade constitucional, o surgimento de diferentes e por vezes conflituosas narrativas sobre esta comunidade. Na linha já sustentada por Rosenfeld, essas narrativas são formuladas a partir de processos de negação e reconstrução a partir dos quais os diversos indivíduos e grupos que integram a comunidade constitucional buscam imaginar uma história comum sobre a Constituição que os vincula. [657]

A luta por narrativas constitucionais é mais evidente no contexto americano, especialmente diante da leitura vigente sobre os Estados Unidos enquanto uma nação constitucional. Nessa linha, os americanos – mais do que suas contrapartes europeias – teriam construído um discurso nacional que se sobrepõe de maneira substancial ao próprio discurso constitucional. [658] Identidade constitucional e identidade nacional, naquele país, seriam então conceitos próximos como em poucos outros. E, nessa linha, as narrativas constitucionais são narrativas sobre o próprio povo ("We The People") americano.[659]

Interessante pensar como essas narrativas se contrapõem e, por vezes, contradizem até mesmo indícios históricos. Lawrence Tribe, sobre este aspecto, destaca como o discurso corrente segundo o qual a 1ª Emenda à Constituição norte-americana protege uma visão libertária da liberdade de expressão não encontrava eco real quando da promulgação da emenda. Pelo contrário, é só a partir do século XX que tal visão começa a ganhar as mentes e

---

[657] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.

[658] *Ibid*.; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

[659] Segundo Laurence Tribe, "O poder da linguagem constitucional – ambos seu texto puro e os vocabulários constitucionais genericamente fundados neste texto – se estende para além de facilitar a organização e sucesso de causas políticas. Ele molda nosso destino nacional, nossa conversa nacional e nossa auto-compreensão" (TRIBE, Laurence H., America's Constitutional Narrative, **Daedalus**, v. 141, n. 1, p. 18–42, 2012.p.31).

corações estadunidenses, a partir de uma narrativa sobre os *founding fathers* e sua suposta visão corajosa e protetiva das liberdades individuais.[660]

As narrativas constitucionais envolvem a história que um povo conta sobre sua Constituição, com o objetivo de avançar uma determinada visão sobre si. Nem toda narrativa, lembre-se, é válida – a Constituição, como texto ou como prática, limita as narrativas possíveis dentro do seu quadro normativo. Mas nos limites do que se pode construir a partir de uma experiência constitucional, as diferentes narrativas e contranarrativas se contrapõem buscando moldar a identidade do sujeito constitucional plural.

4.2.3.2 A luta por significados constitucionais

A luta por narrativas constitucionais se relaciona com a luta por significados constitucionais. Faço uma distinção entre a narrativa constitucional como uma narrativa sobre uma história (imaginada) de uma comunidade (imaginada) e o significado constitucional como a atribuição de sentido aos conceitos constitucionais. Assim como o juiz Brandeis fundamentou em uma história imaginada de coragem libertária para concluir por um sentido ampliado de liberdade de expressão, os indivíduos e grupos sociais formulam suas narrativas constitucionais, por exemplo, atribuindo à Constituição um caráter emancipatório , para construir o significado de conceitos constitucionais específicos. Democracia, liberdade, igualdade e tantos outros conceitos constitucionais têm seus significados construídos e reconstruídos a partir das narrativas que os fundamentam e das disputas conceituais especificamente travadas sobre si.

Não é de outra forma que se pode compreendera evolução no pensamento sobre direito à igualdade no Brasil. Enquanto autores no início do século XX, como foi o caso de Francisco Campos[661], e mesmo no início dos anos 90, caso de Celso Antônio Bandeira de Mello[662], que pensaram o princípio da igualdade em perspectiva eminentemente formal – a igualdade perante a lei –, formulações que despontam a partir do segundo pós-guerra no mundo e especialmente nos anos 2000 no Brasil já vão identificar um segundo significado de

---

[660] Tribe faz referência à decisão de 1927 em Whitney v. California, em que o juiz Louis D. Brandeis sustentou uma história de "coragem" e proteção da liberdade de expressão pelos *founding fathers* americanos, cf. *Ibid*.
[661] CAMPOS, Francisco, Igualdade de Todos Perante a Lei, **Revista de Direito Administrativo**, p. 47, 2013.
[662] MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, São Paulo: Malheiros, 2003.

igualdade – como igualdade material.[663] Nesse novo significado não é a-histórico nem surgiu por pura evolução do tempo. Como já sustentara Ihering, se a ideia de que a igualdade exige também igualdade de condições materiais mínimas para viver ingressou no campo do Direito, foi porque diversos indivíduos e grupos sociais se envolveram em processos de luta por este sentido.[664] Mais recentemente, como repercussão de lutas travadas por movimentos sociais e grupos historicamente discriminados, somou-se ainda ao princípio a perspectiva da igualdade como reconhecimento, significado que seria ignorado décadas atrás e que hoje parece estar sedimentado em direito.[665]

4.2.3.3 A luta por (reconhecimento de) direitos constitucionalizados

A luta pela Constituição é, por fim, uma luta pela constitucionalização de direitos. A Constituição é, como já visto, o ponto de chegada das lutas travadas no âmbito social, político e jurídico. Nesse sentido, as disputas por narrativas e por significados constitucionais almejam reconhecimento jurídico e institucional de que a Constituição tutela determinadas reivindicações ou grupos sociais.

É certo, como já visto, que a Constituição não é apenas um documento jurídico , ela representa as aspirações e compromissos de uma sociedade, uma ordem de valores compartilhados pela comunidade constitucional. Mas seu aspecto jurídico não pode ser ignorado. E se é, portanto, norma, a Constituição depende também de mecanismos institucionais para se realizar plenamente. Os agentes sociais e políticos que se contrapõe na construção das narrativas e significados constitucionais lutam, por fim, por um reconhecimento institucional , na forma de decisões emanadas dos poderes Judiciário, Executivo ou Legislativo, dos direitos reivindicados na esfera pública. Direitos que, se não estão pontos, são ao menos imaginados[666] , dando assim o impulso necessário para a luta e conquista.

---

[663] Por todos, confira-se GOMES, Joaquim B. Barbosa, **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social : a experiências dos EUA**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001; SARMENTO, D., A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Dis-criminação “De Facto”, "Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Aflrmativa, *in*: **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**, [s.l.]: Editora Lumen Juris, 2006, p. 139–166.

[664] Precisamente na linha afirmada por Ihering, cf. IHERING, Rudolf Von, **Luta pelo direito**, S.l.: Edipro, 2019.

[665] O tema da igualdade e suas transformações no contexto brasileiro será retomado no item 6.3.

[666] SIQUEIRA, Gustavo Silveira, **História do direito pelos movimentos sociais: cidadania, experiências e antropofagia jurídica nas estradas de ferro (Brasil, 1906)**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 67-68.

Igualmente certo é que a luta por reconhecimento institucional de direitos desdobra-se, ainda, em uma luta pela efetividade do direito reconhecido. Se por um lado a identidade constitucional se constrói por narrativas, por outro as narrativas não são suficientes, é na vida de cada sujeito que participa da comunidade constitucional que se faz sentir o projeto constitutivo dessa comunidade. A luta por direitos constitucionalizados não é apenas uma luta pelo reconhecimento formal destes direitos, mas uma luta pela efetividade da Constituição.[667] Porque, sem fugir aos paradigmas da luta pelo direito e da luta por reconhecimento, apenas quando uma pessoa concreta vê seu direito respeitado, na esfera da sua realidade tangível, é que ela pode se reconhecer em sua autonomia moral. Essa perspectiva evidencia, por sua vez, a pluralidade de locais em que a luta pela Constituição se desenvolve, não só na cúpula de instituições, como também nos mais miúdos níveis sociais e estatais. É o respeito e aplicação da Constituição pelo guarda de trânsito, pelo policial militar, pelo servidor público – é também por isso que se luta.

4.2.4 Quem luta? Os agentes da formação da identidade constitucional

Esta tese não assume um foco institucional, senão teórico e normativo. Significa dizer que não se pretende aqui, definir os limites de atuação institucional quando da aplicação do conceito de identidade constitucional que aqui se desenvolve. Mas isso não significa que considerações desse tipo não devam ser feitas. Pelo contrário, é essencial afirmar-se quem são os agentes que constroem e reconstroem a identidade constitucional ao longo do tempo.

O debate travado atualmente acerca da última palavra sobre a Constituição tem sido objeto de profícuos estudos e reflexões. [668] Pode-se sintetizar as principais leituras sobre o tema em três principais correntes, a da supremacia legislativa, a da supremacia judicial e as teorias dialógicas.[669] As teorias de supremacia, como afirma Conrado Hübner Mendes,

---

[667] Agradeço ao professor Daniel Sarmento por essa observação, entre tantas outras.

[668] BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; BARROSO, Luís Roberto, Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo, **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 0, n. 21, 2012; SOUZA NETO; SARMENTO, Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da" última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial; MENDES, Conrado Hübner, **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

[669] Uma quarta corrente, que flerta com o modelo schmittiano, parece sustentar ainda uma posição de primazia do Poder Executivo na interpretação constitucional. Em Schmitt, essa tese fora afirmada sob a premissa de que nem o Poder Judiciário nem o Parlamento altamente fragmentado seriam capazes de representar a nação e fazer cessar o conflito que supostamente marcaria a República de Weimar. com fundamento no art. 48 da Constituição de Weimar, o autor argumentara em favor do princípio do líder, identificando na figura do Führer o representante

propugnam que uma determinada esfera do poder – Legislativo ou Judiciário – estão melhores capacitados para dar a última palavra sobre a interpretação da Constituição. [670] De outro lado, como se extrai das lições de Mendes, teorias dialógicas sugerem que o significado constitucional é fruto de um "diálogo permanente e cooperativo entre instituições". [671]

Como é possível inferir da ideia de luta pela Constituição, sustento que a construção das narrativas, significados e conceitos constitucionais envolve, primeiramente, um processo constante. A Constituição, como afirmado por Lawrence Tribe, é um verbo[672] e, como tal, indica a ação e movimento. Nessa linha, de fato, não cabe pensar a luta pela Constituição como um processo em que há uma última palavra. Há, como já apontado, pontos de chegada , a institucionalização efetiva (ou a falha na institucionalização) de reivindicações postas acerca das narrativas, significados e conceitos constitucionais. Mas como já visto, toda transformação na Constituição abre espaço para novas transformações, fomentando um processo – pode-se dizer dialógico ou dialético – de formação da identidade constitucional.

Neste processo estarão inseridos dois grupos de agentes: agentes institucionais e os não-institucionais. No campo institucional, inserem-se as estruturas dos poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – que atualmente se concebem como intérpretes da Constituição. Os membros destes poderes buscam, pela sua atuação, avançar suas narrativas, significados e conceitos constitucionais. Envolvem-se em lutas pela Constituição dentro de cada poder e também diante dos outros poderes. Tudo para, , fazer valer uma visão institucionalizada sobre a identidade constitucional.

No campo não-institucional, inserem-se os demais atores sociais . movimentos sociais, grupos de interesse, organizações não-governamentais etc. Aqui é relevante a percepção apontada pela doutrina constitucional contemporânea no sentido de que a Constituição não é tarefa para juristas.[673] Pelo contrário, como afirma Balkin, é necessário

---

real da nação e, portanto, aquele capaz de dar voz ao poder constituinte, cf. SCHMITT, Carl; MOREIRA, Luiz. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

[670] MENDES, Conrado Hübner, **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

[671] *Ibid*.

[672] TRIBE, Laurence H. America's Constitutional Narrative. **Daedalus**, v. 141, n. 1, p. 18–42, 2012. . No mesmo sentido, PITIKIN, H. F. Idea of a Constitution, The. J. Legal Educ., 37, 1987, 167.

[673] Nessa linha a proposta de Levinson e Balkin no sentido de ampliar o cânone constitucional para além dos documentos jurídicos – o texto constitucional ou opiniões judiciais –, incorporando, por exemplo, discursos históricos de líderes políticos capazes de demonstrar que o Direito constitucional não é fruto apenas da sabedoria de grandes juristas, como também de ação política de massa. BALKIN; LEVINSON, The Canons of Constitutional Law.p. 1019-1020.

reconhecer que juristas nada mais são do que parte de uma "subcultura cujos valores de elite tendem a conformar e ocasionalmente distorcer suas perspectivas"[674]. Nesse sentido, qualquer estudo da Constituição como uma ordem de valores, como um bem social de que se apropria o povo – a comunidade constitucional – na construção e reconstrução de suas aspirações e compromissos precisa reconhecer, com Balkin, que há valor na cultura popular que contribui para a formação do Direito constitucional.[675] Seja na formulação conhecida de Peter Haberle[676] acerca da comunidade aberta de intérpretes da Constituição, seja na mais recente teoria de Bruce Ackerman[677] sobre as mutações constitucionais avançadas por movimentos organizados, seja na proposta de constitucionalismo democrático que parte dos movimentos sociais, como avançada por Reva B. Siegel e Robert Post[678]; não se pode ignorar que as narrativas, significados e conceitos constitucionais eventualmente institucionalizadas surgem a partir de reivindicações postas por pessoas reais, a partir de debates que se dão nas ruas, na imprensa, na *internet* e em outros espaços públicos e privados. Uma Constituição, para existir como tal, depende enfim da vontade da Constituição a que aludia Konrad Hesse[679] – uma vontade que não é puro imperativo da razão, mas criada a partir de pessoas reais que compartilham a visão de que a Constituição é algo pelo qual vale lutar.

---

[674] BALKIN, J. M.; SUNSTEIN, Cass R., Populism and Progressivism as Constitutional Categories, **The Yale Law Journal**, v. 104, n. 7, p. 1935, 1995.
[675] *Ibid*.p. 1990.
[676] HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**, trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2003
[677] ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.
[678] POST, Robert C; SIEGEL, Reva B, Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash, **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, p. 373–433, 2007.
[679] HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

4.3 **Síntese necessária: a luta pela a identidade constitucional entre descoberta e criação.**

Sustentei, nesse capítulo, que uma compreensão adequada dos processos de formação da identidade constitucional exige adotar-se a perspectiva das lutas pela Constituição. Mas onde ficam as teorias fundacionais e construtivas nesse panorama? Em realidade, a luta pela Constituição deve ser ela mesma pensada à luz de ambas as correntes que trataram da formação da identidade constitucional.

De fato, constituições (e a comunidade constitucional) não surgem no vácuo ou em um estado de "posição original".[680] Elas são produto de pessoas enraizadas,[681] que têm um passado, tradições, crenças muitas vezes compartilhadas. Toda identidade constitucional é construída invariavelmente olhando-se para esse passado. Por vezes, pode-se olhar para esse passado de modo a reafirmá-lo como projeto futuro. Outras vezes, olha-se o passado para rejeitá-lo, parcial ou totalmente, buscando superá-lo. O grau de militância constitucional não afasta, contudo, que há algo de descoberta na formação da identidade constitucional. E da mesma forma, há algo de construção, o futuro de fato não é dado e as respostas que uma comunidade constitucional dará às novas perguntas e reivindicações surgidas ao longo de sua existência envolverão a necessidade de coordenar a identidade existente, seus princípios, aspirações e compromissos com tais novas exigências, conferindo respostas inovadoras às reivindicações. Neste sentido, a teoria da luta pela Constituição assume, no plano jurídico, a perspectiva positivista de que o Direito é fruto tanto de atos cognitivos, quanto de atos volitivos.[682] Mas, diferentemente do positivismo jurídico, pensa-se aqui o Direito constitucional não apenas na perspectiva jurídica, como também na perspectiva social – e na relação entre essas esferas.

E a chave conferida pela ideia de luta pela Constituição envolve perceber que tanto criação quanto descoberta, na formação da identidade constitucional, envolvem tais processos de luta. Lutas que podem ser tanto imediatamente físicas, as manifestações em ruas, os incêndios em carros, os embates com as forças de repressão, quanto imediatamente

---

[680] RAWLS, John. **A theory of justice: Original edition**. Harvard University Press, 2005.
[681] SANDEL, Michael J. The Procedural Republic and the Unencumbered Self. **Political Theory**, v. 12, n. 1, p. 81–96, 1984
[682] A este respeito, confira-se o estudo de Andreas Krell, cf. KRELL, A.J., **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

teóricas, o uso de vias formais, a reflexão intelectual. [683] Em ambos os casos, no entanto, se está diante de um impulso transformador, que parte de grupos excluídos e não reconhecidos e que busca sua inclusão e de suas reivindicações, a partir da, por meio da, e chegando à Constituição. Seja para definir que aspectos do passado são relevantes na Constituição da comunidade constitucional, seja para disputar as narrativas e significados que um projeto estabelecido deve adotar, entre construtivismo e fundacionalismo, há um elemento comum: as pessoas que, articulando sua imaginação e sua ação coletiva, conduzem os processos de apropriação e luta pela Constituição.

[683] HONNETH, Axel. Is there an emancipatory interest? An attempt to answer critical theory's most fundamental question. **European Journal of Philosophy**, v. 25, n. 4, p. 908–920, 2017.

5 TRANSFORMAÇÃO E CRISE DE IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

As pessoas mudam e as sociedades mudam. Não é estranho reconhecer que também a identidade constitucional, esse núcleo dos compromissos e aspirações de uma comunidade formada a partir da Constituição, se transforma ao longo do tempo. Por outro lado, como já se viu, a função normativa da identidade constitucional envolve precisamente uma resistência – inclusive com eficácia jurídica própria – às transformações. Como conciliar transformação e continuidade? Como, ademais, distinguir transformações legítimas de rupturas inadmissíveis?

Sustento, neste capítulo, que os processos de luta pela Constituição envolvem, de um lado, transformações incrementais na identidade constitucional, pela qual novos significados vão sendo atribuídos, pela dinâmica política, social e jurídica cotidiana, aos seus conteúdos substancial, procedimental e relacional. Rejeito parcialmente a dicotomia posta pela teoria de Bruce Ackerman[684] ,que distingue momentos de política ordinária dos momentos extraordinários, sugerindo que nos primeiros não haveria transformação efetiva da Constituição em sentido material. De outro lado, é preciso reconhecer que transformações na identidade constitucional podem estar intrinsecamente ligadas também a momentos excepcionais da vida política e social de uma dada comunidade constitucional. Momentos em que os significados e narrativas constitucionais são postos em xeque. Por vezes, a própria ideia de que a Constituição é algo pelo qual se vale lutar é questionada. Estes momentos, que denomino crises de identidade constitucional (ou crises constitucionais) acabam por testar os limites da identidade constitucional, podendo gerar uma transformação de um ou mais conteúdos desta identidade ou uma efetiva ruptura com a Constituição vigente. No primeiro caso, a transformação consiste em um avanço ou uma limitação dos horizontes constitucionais existentes. No segundo, ocorre a substituição do que havia por algo novo, com estabelecimento de horizontes constitucionais distintos do que antes existia. Para além dos mecanismos sociais e políticos que deflagram essa transformação, ou seja, a ressignificação da identidade constitucional sobre a qual se falou no capítulo anteriores – os mecanismos institucionais dessa transformação são diversos. Nesse capítulo, trato de quatro mecanismos desse tipo: a mutação constitucional, a interpretação constitucional, a emenda constitucional e a nova Constituição. Todos estes mecanismos se configuram como instrumentos de

[684] ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

transformação e, quando a identidade constitucional falha em resistir às mudanças, podem implicar também a derrocada de um projeto constitucional existente.

5.1 **A desarmonia constitucional e as lutas pela Constituição como premissas da(s) crise(s) de identidade constitucional.**

Constituições são interna e externamente desarmônicas. No plano interno, dispositivos constitucionais por vezes apontam em sentidos opostos[685].A Constituição brasileira de 1988 tutela princípios que isoladamente podem ser vistos como liberais burgueses (e.g. livre iniciativa) ou fortemente sociais (a promoção da igualdade material). No plano externo, as Constituições prometem um mundo que em menor ou maior grau, não existe na prática[686] ,comprovado pelos milhões aguardando, no Brasil, o salário mínimo que atenda às necessidades vitais básicas como promete o artigo 7º, inciso IV da Constituição.

As leituras feitas acerca dessa desarmonia são diversas. Com relação às desarmonias internas, há quem sustente, desde Carl Schmitt, que Constituições do tipo compromissórias – marcadas se fundamentar em princípios conflitantes – tornam um governo inviável.[687] Na formulação de Schmitt, em realidade, Constituições compromissórias falham em exercer a função básica de uma Constituição: decidir sobre a unidade política. Não há unidade política onde há desarmonia , de modo que uma Constituição dessa espécie constitui uma comunidade constitucional instável, que aguarda o momento de efetiva tomada da decisão pelo poder constituinte. [688] Como governar, afinal, com dois mestres – o socialismo e o liberalismo; o comunismo e o capitalismo; o Estado mínimo e o Estado social?

No plano externo, as desarmonias constitucionais são por vezes lidas a partir da análise sobre efetividade da Constituição. Também na linha da doutrina alemã – como representada, por exemplo, em Karl Loewenstein[689] e Konrad Hesse[690] , as Constituições têm uma vontade de produzir seus efeitos na realidade, dependendo do desenvolvimento de um sentimento constitucional[691] entre a população no sentido de fazer valer seus comandos. Nessa linha, uma Constituição que não produz seus efeitos na realidade possui um defeito. A

---

[685] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.
[686] *Ibid*.
[687] SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.
[688] *Ibid*.
[689] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 2018.
[690] HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.
[691] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 2018.

normatividade plena é o objetivo de toda Constituição, de modo que uma Constituição que não seja normativa ou não é uma Constituição real (Constituições semânticas) [692], ou ainda está em uma fase embrionária no desenvolvimento constitucional (constituições nominais) [693] que pode vir a ser superada por uma melhor organização social.

Ambas as leituras parecem imprecisas por ignorarem dois fatores: primeiro, o fato do pluralismo que impõe a construção de um sujeito constitucional plural; segundo, o movimento de transformação do direito que renova as expectativas normativas a cada nova conquista. Se, contemporaneamente, a Constituição deve atender às demandas de uma comunidade constitucional plural, é natural que consignará regras e princípios que apontam nos diversos sentidos defendidos pelos indivíduos e grupos sociais que compõem essa comunidade. [694] Nesse sentido, uma tentativa de suprimir as desarmonias internas iria de encontro ao próprio ideal do constitucionalismo, que aponta em direção ao avanço na proteção de direitos e na limitação do Estado. [695]

É questionável, ainda, se uma tentativa desse tipo não seria sequer possível. Afinal, se a Constituição não se limita ao texto constitucional, mas sim engloba todo um processo de construção de significados constitucionais, então basta a uma Constituição identificar objetivos indeterminados para que as desarmonias internas surjam. Uma Constituição perfeitamente construída a partir de ideais de igualdade permitirá, ainda assim, a pergunta: que tipo de igualdade? Uma Constituição absolutamente liberal – como é o caso da Constituição norte-americana – permitirá ainda questionar: que liberdade? E como concretizá-la? As desarmonias surgem internamente precisamente porque as narrativas, significados e interpretações acerca dos objetivos constitucionais estão abertas ao debate social, político e jurídico. Como dizem os americanos, *it's not a bug, it's a feature*. É uma característica do constitucionalismo e das constituições que as desarmonias internas existam, fomentando as lutas já identificadas no item anterior. Ou, como apontam Reva B. Siegel e Robert Post, o desacordo interpretativo é uma condição natural do constitucionalismo, de tal modo que se pode entender as desarmonias internas essenciais para que cidadãos plurais possam

---

[692] *Ibid*.
[693] *Ibid*.
[694] O sujeito constitucional é, nessa linha, plural também nos compromissos que assume, cf. ROSENFELD, Michel. **Constitutional Identity**. [s.l.]: Oxford University Press, 2012.
[695] Novamente, sob a perspectiva emancipatória desenvolvida no Capítulo 1.

reconhecer a Constituição como sua, engajando-se nas disputas interpretativas sobre o significado da Constituição.[696]

Em segundo lugar, pensar as desarmonias externas como revelação de um constitucionalismo insuficiente também traz consigo armadilhas. É certo que, para fins de classificação ontológica, pode ser útil buscar analisar os graus de distância entre as promessas constitucionais e a realidade – até mesmo para verificar onde uma Constituição é mera fachada, onde ela é levada a sério. Mas a efetividade constitucional pensada pode esconder o fato de que alguma desarmonia externa, ou seja, alguma distância entre a realidade e a normatividade, será constante.

Vale retomar o pensamento de Konrad Hesse acerca da força normativa da Constituição. Como já visto, o autor alemão sustentou que a Constituição possui uma pretensão de eficácia que "procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social".[697] Mas "a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente". [698] É a própria comunidade constitucional concreta que manifesta uma vontade de Constituição, capaz de conferir à Constituição sua força normativa. E a Constituição, dotada de tal força, passa então a conformar a comunidade constitucional concreta.

Pensando esse processo dialético a partir do paradigma da luta pela Constituição, fica evidente que a distância entre a Constituição - como dever ser e horizonte ético - e a realidade - como ser – é uma constante. Porque, como visto, sempre que uma comunidade constitucional atribui de maneira bem-sucedida determinado significado à Constituição, ela gera também novas expectativas normativas entre sujeitos incluídos ou não nesta comunidade que, então, passam a lutar por uma expansão do sentido constitucional. [699]

Esse movimento foi bem exemplificado pela teoria de T. H. Marshall[700] acerca do desenvolvimento dos direitos, notadamente no caso britânico. Em seu conhecido estudo, o autor sustentou uma sequência na evolução dos direitos que envolveu a conquistas de direitos

---

[696]POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights**, v. 42, p. 63

[697] HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

[698] *Ibid*.

[699] Essa é a linha aqui adotada, na tradição da teoria crítica e à luz das premissas filosóficas e teóricas de Honneth e Ihering, cf. HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.; IHERING, Rudolf Von, **Luta pelo direito**, S.l.: Edipro, 2019.

[700] MARSHALL, Thomas H.; BOTTOMORE, Tom (Orgs.). **Citizenship and social class**. London: Pluto Press, 1992. (Pluto perspectives).

civis, de direitos políticos e de direitos sociais como inter-relacionada, de forma que um grupo de direitos deu azo à luta por e à conquista de outro grupo de direito sucessivamente. Reiterando o exemplo já dado, um modelo constitucional que estabeleça o direito fundamental à igualdade permitirá lutas por significados que expandem sequencial ou paralelamente o conteúdo inicial deste princípio jurídico.

Nunca há encontro total entre realidade e normatividade, porque uma vez obtido plenamente o direito à igualdade em uma certa formulação por exemplo igualdade material), evidenciar-se-á outro sentido não antes considerado, mas relevante para vários grupos sociais (por exemplo igualdade como reconhecimento). E porque há limites epistêmicos que impedem antever todas as outras formulações de igualdade que podem ser necessárias para a inclusão de novos sujeitos e grupos à comunidade constitucional, pode-se concluir em termos teóricos que virtualmente toda aproximação entre a Constituição e a realidade gera um novo distanciamento, não antes conhecido, entre dever ser e ser.

E novamente *it's not a bug, it's a feature*. Assim como a Constituição é um processo, também o é o constitucionalismo em seus ideais de limitação do poder e promoção de direitos fundamentais. Que esses ideais estejam abertos a novas formulações é essencial para que um projeto efetivamente emancipatório possa existir, promovendo uma comunidade constitucional cada vez mais plural e inclusiva. Esta conclusão não serve, em nenhum grau, para deslegitimar os esforços de análise acerca das distâncias entre as promessas constitucionais e a realidade. Pelo contrário, ela torna esses esforços ainda mais relevantes, não para apontar defeitos constitucionais, mas para reforçar a necessidade de aprimoramento do processo de lutas pela Constituição.

Como se viu, a luta pela Constituição é um processo constante que tem como premissa exatamente a existência de tais desarmonias internas e externas. Sendo um processo constante, as transformações da identidade constitucional se dão cotidianamente, nos meios sociais, políticos e jurídicos que de maneira incremental adequam os significados das promessas constitucionais às reivindicações contemporâneas. Momentos há, contudo, em que a comunidade constitucional põe em xeque o próprio projeto ao redor do qual se constitui. Ou seja, em que se questiona a premissa básica de que a Constituição é algo pelo qual se vale lutar. Nestes momentos, que chamarei de crises de identidade constitucional (ou simplesmente crise constitucional) abrem-se dois caminhos: o do avanço no projeto constitucional posto, com as transformações necessárias para que ele seja reapropriado pela comunidade constitucional, ou a ruptura deste projeto.

5.2 **Transformação e crise de identidade constitucional.**

A vida sob uma Constituição não é uma vida em constante ebulição. Pelo contrário, a ela surge, como texto ou como prática consolidada, para dar solução aos conflitos. E ainda quando pensada como um processo de atribuição e reatribuição de significados, a ela tem como objetivo definir acordos morais e procedimentos básicos que guiam o exercício do poder político.

Se por um lado a total ebulição social não é (ou não deve ser) a realidade de uma comunidade constitucional, isso não exclui, por outro lado, uma Constituição suscita incontáveis e permanentes lutas em torno de narrativas, significados e direitos constitucionais. Neste exato momento, grupos de pessoas sem moradia, pessoas vulnerabilizadas em razão de raça ou gênero, pessoas refugiadas de países em estado de guerra, pessoas que compartilham sofrimentos de injustiça que nem se podem imaginar estão mobilizadas em maior ou menor grau em busca do reconhecimento de suas dignidades. Em busca da transformação destas narrativas, significados, direitos, da identidade constitucional.

Falar em transformação da identidade constitucional envolve algumas considerações preliminares. Primeiro, nem toda alteração formal de uma Constituição implicará transformações de sua identidade. Como visto, a identidade constitucional envolve o conjunto de características e valores definidores das decisões substantivas, procedimentais e relacionais de uma data Constituição. Isso significa que, de um lado, pode haver mudanças em nela que, como sustentou Richard Albert, têm como objetivo esclarecer normas constitucionais prévias ou aprimorar procedimentos constitucionais falhos, sem alterar o conteúdo da identidade constitucional.[701] De outro lado, Constituições (como textos) podem tratar de temas que não dizem respeito propriamente à identidade constitucional e cuja alteração não afeta as narrativas, significados e direitos constitucionais que definem um sistema. Em segundo lugar, a ausência de alteração formal a uma Constituição tampouco significa que sua identidade não tenha sido alterada. A luta pela Constituição pressupõe precisamente que diversas narrativas e significados cabem em uma mesma Constituição formal, de tal modo que a continuidade textual de uma Constituição não implica a continuidade de seu significado.

---

[701] ALBERT, Richard. **Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions / Richard Albert**. Oxford, United Kingdom ; New York: Oxford University Press, 2019.

Adiante, no item 5.3, tratarei especificamente de mecanismos que podem institucionalizar as transformações da identidade constitucional. Nesse momento, cabe esclarecer a questão conceitual: o que é uma transformação da identidade constitucional?

5.2.1 Um primeiro conceito: transformação da identidade constitucional.

5.2.1.1 Espécies de transformação: transformação com continuidade (transformação da identidade constitucional em sentido estrito) e transformação com ruptura (substituição da identidade constitucional).

Em sentido amplo, a transformação da identidade constitucional envolve todas as alterações pelas quais passam as narrativas e significados constitucionais que afetam diretamente um ou mais dos conteúdos da identidade constitucional. Toda mudança no sentido em que se pensam os valores substantivos básicos da Constituição, seus mecanismos de exercício do poder e a sua posição diante do constitucionalismo implica alguma forma de transformação da identidade constitucional. Mas nem todas as transformações operam de maneira semelhante.

De um lado, pode-se falar em transformações da identidade constitucional que atingem, por exemplo, alguns elementos do conteúdo da identidade constitucional – expandindo ou limitando seu significado. Tome-se como exemplo a mudança na interpretação da 1ª Emenda à Carta Magna Americana, que trata da liberdade de expressão. Até o século XX, a visão institucionalizada acerca do significado do direito à liberdade de expressão concebia limites substanciais a esta liberdade. Seria comum , identificar legislações estaduais criminalizando determinadas formas de expressão, sendo certo que por anos determinados discursos (como o comunista) foram efetivamente tidos por não tutelados, inclusive pelas cortes. [702] É a partir de meados do século XX que o significado atribuído à liberdade de expressão e a narrativa do constitucionalismo americano sobre a tradição protetiva desta liberdade se alterou, culminando na leitura vigente que pensa a proteção à liberdade de expressão em termos virtualmente absolutos. [703] Pode-se entender que uma mudança desse

[702] A exemplo do caso Dannis v. United States, em que a Suprema Corte norteamericana definiu que a liberdade de expressão não protegia o direito à manifestação política de membros do partido comunista (ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, **Dennis v. United States, 341, U.S. 494 (1951)** julg. 4 jun. 1951).
[703] O próprio caso Dennis foi posteriormente superado pelo julgado de Yates v. United States, cf. ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, **Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957),** julg. 17 jun. 1957.

tipo teria transformado a identidade substancial da Constituição americana. Não por completo: a impacto profundo se deu com relação a um dos valores constitucionais básicos, cujo significado foi avançado no sentido de maior proteção da liberdade.

No extremo oposto, uma transformação pode ser de tal forma intensa a ponto de tornar-se totalmente impossível dizer que a identidade constitucional resultante tem qualquer semelhante com a que a antecedeu. Tome-se por exemplo o caso português. A Constituição Portuguesa de 1976 estabeleceu, em seu preâmbulo, o objetivo de criação de um estado socialista. Complementando esta finalidade, o artigo 2º tratava da transição do Estado português para um modelo socialista, estabelecendo a finalidade de criação das condições para o "exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras". Diversos outros dispositivos, esclareciam como a organização econômica e social no modelo socialista se desenvolveria naquela sociedade. Ocorre que, desde 1982, uma sequência de revisões constitucionais fez praticamente desaparecer – salvo pela referência feita no preâmbulo – a menção ao socialismo ou mesmo os mecanismos para seu atingimento.

Entre os portugueses, as revisões constitucionais suscitaram um acalorado debate acerca da ruptura ou continuidade do projeto de 1976. Autores como J. J. Gomes Canotilho sustentaram que as revisões não implicaram ruptura constitucional. Pelo contrário, consistiriam em uma legítima reavaliação dos objetivos do estado que, contudo, é marcada pela continuidade com o projeto que lhes antecedeu.[704] Em sentido semelhante, Jorge Miranda questiona se o socialismo estabelecido no texto originário sequer conservava qualquer sentido autônomo.[705] Em sentido oposto, no entanto, Paulo Otero destaca que as revisões constitucionais realizadas até 1989 teriam "transfigurado" a identidade da Constituição portuguesa, "tornando-a mesmo irreconhecível face à normatividade escrita".[706] O caso português reforça como a própria identificação de rupturas está sujeita a lutas interpretativas. Considere-se, por hipótese, que a perspectiva de Otero fosse a mais adequada, de modo que as revisões de fato tornaram a Constituição portuguesa irreconhecível diante de sua identidade

[704] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livr. Almedina, 1993.
[705] MIRANDA, Jorge, A originalidade e as principais características da constituição portuguesa, **Cuestiones Constitucionales**, v. 16, n. enero-junio, p. 253–280, 2007. Segundo Miranda, "[a] Constituição continua sendo, após seis revisões constitucionais, após a entrada de Portugal para a Comunidade Europeia e a passagem desta União Europeia e após tantas transformações registradas no País e no mundo, a mesma Constituição que a Assembleia Constituinte aprovou em 1976. (...) A Constituição continua sendo Constituição de Liberdade e Constituição de solidariedade", cf. MIRANDA, Jorge. A Constituição e a democracia portuguesa. **Revista Crítica**, 2009.
[706] Para o autor, o ingresso de Portugal na União Europeia teria ainda acentuado as transfigurações da constituição portuguesa, cf OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**. Coimbra: Almedina, 2010. 3v., p. 220 e ss.

original. Neste caso, a transformação envolvida não se poderia dizer mera mudança pontual, pois implicaria efetiva substituição da identidade constitucional – uma ruptura, afinal, com a Carta anterior, ainda que o texto apresentasse uma continuidade jurídica com aquele revisado.

Partindo desta hipótese , mas sem pretensão de desautorizar a interpretação posta pela doutrina portuguesa, os casos americano e português seriam então exemplos de transformações constitucionais que se distinguem não só na intensidade da transformação ocorrida, como também no tipo de transformação que ocorreu. Enquanto o caso americano pode ser lido como uma transformação pela qual a identidade constitucional mudou, mantendo substancialmente aspectos de continuidade com o que havia antes, o caso português poderia indicar uma efetiva substituição da identidade constitucional – ou de parte dela – por outra totalmente distinta.

Estes exemplos esclarecem a classificação que proponho acerca das transformações da identidade constitucional. Conforme sustento, pode-se falar em *transformações propriamente ditas*, em que a identidade constitucional muda sem romper com o passado, ou em *substituições de identidade constitucional*, em que se rompe expressa ou implicitamente com a identidade anterior para fixar compromissos e aspirações com ela incompatíveis. Colocado o binômio transformação-substituição, é necessário pensar que elementos permitem distinguir um fenômeno de outro.

Richard Albert, em seu estudo sobre as emendas constitucionais, construiu um quadro teórico que pode ser emprestado para essa análise. Segundo o autor, emendas constitucionais propriamente ditas podem ser classificadas de acordo com seus objetivos.[707] Elas podem ser, em primeiro lugar, corretivas, quando busquem retificar falhas institucionais da Constituição que não haviam sido identificadas anteriormente. [708] Em segundo lugar, emendas constitucionais podem ser elaborativas, quando tenham por objetivo avançar os princípios e objetivos constitucionais postos. Emendas elaborativas continuam o projeto constitucional em linha com o modelo estabelecido.[709] Emendas constitucionais podem também ser reformativas, quando alterem as regras constitucionais sem subverter os princípios centrais à Constituição. Nesse caso, a emenda não se limita a corrigir falhas ou expandir o projeto constitucional, busca simplesmente alterar um elemento da Constituição

[707] ALBERT, Richard. **Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions / Richard Albert**. Oxford, United Kingdom ; New York: Oxford University Press, 2019.
[708] *Ibid*.
[709] *Ibid*.

sem romper com o modelo vigente. [710] Por fim, uma emenda constitucional pode ser restaurativa quando tenha por objetivo restabelecer um significado da Constituição que tenha sido superado, por exemplo, em razão de decisões judiciais. [711]

Como será visto adiante, nem toda transformação da identidade constitucional envolve a elaboração de emendas constitucionais. Da mesma forma, nem toda emenda constitucional busca atingir a identidade constitucional propriamente dita, podendo se voltar contra aspectos não nucleares de uma Constituição. Dito isso, é possível transpor a classificação de Richard Albert para o caso das transformações da identidade constitucional, deixando para depois a análise acerca dos mecanismos de tal transformação.

Uma identidade constitucional é transformada, inicialmente, sempre que os elementos da identidade substancial, procedimental ou relacional se modificam sem romper com as expectativas e horizontes constitucionais postos. Pode-se falar, neste caso, em transformações com continuidade ou transformações em sentido estrito. Essas modificações podem ocorrer de maneiras variadas, ora ampliando o sentido de um elemento constitucional, ora incorporando novos elementos à identidade constitucional; ora alinhando os significados de tais elementos às expectativas da comunidade constitucional, ora restabelecendo significados eventualmente superados. As modificações da identidade constitucional não são necessariamente "progressistas". Pode haver um modelo constitucional tal que, situando direitos fundamentais em seu núcleo identitário, permita ainda assim transformações consideradas como avanços ou como recuos nos significados destes direitos. O que a transformação em sentido estrito exige, para ser tratada como tal, é que tais compromissos não sejam suprimidos ou esvaziados de tal forma que o traço característico da identidade constitucional que havia seja perdido.

Por outro lado, pode-se falar em transformação com ruptura quando se está diante de uma espécie de transformação da identidade constitucional em sentido amplo no qual os elementos centrais ao conteúdo da identidade constitucional são substituídos por outros com eles incompatíveis. Não se trata, portanto, de mera mudança na identidade, de conformação dos compromissos e aspirações constitucionais às mudanças cotidianas da vida social. Trata-se efetivamente de uma substituição da identidade constitucional por outra. Como se viu a partir do estudo do caso colombiano, uma substituição da identidade constitucional pode operar em dois sentidos: ora a substituição pode ser parcial, ora pode ser

[710] *Ibid*.
[711] *Ibid*.

total. [712] Parcial é a substituição que se opera sobre elementos da identidade constitucional que , Ainda que centrais ao conteúdo da identidade constitucional, não geram efeitos sistêmicos para outros aspectos deste mesmo conteúdo. Nessa linha, a ruptura caminha lado a lado com aspectos de continuidade.

Tome-se como exemplo o caso colombiano envolvendo a segunda reeleição de Uribe.[713] O Tribunal Constitucional da Colômbia concluiu que a proposta de reforma constitucional que se pretendia avançar implicaria tentativa de substituição da Constituição incompatível com o modelo presidencial estabelecido por aquela Carta. Caso o Tribunal não tivesse impedido tal medida, ter-se-ia operado, nos termos sustentados nessa tese, uma substituição que incidiria de maneira intensa sobre a identidade procedimental da Constituição ,rompendo, segundo a narrativa do Tribunal Constitucional, com a estrutura básica de exercício do poder constitucional naquele país. Mas tal substituição não necessariamente atingiria, por exemplo, a identidade substancial da Constituição – em outras palavras, seus compromissos substantivos sobre os valores e princípios de moralidade política compartilhados pela comunidade constitucional. [714]

Em contraposição, a substituição é total quando, por meio da alteração de um ou mais elementos da identidade constitucional, são produzidos efeitos sistêmicos sobre a identidade constitucional como um todo, que não mais se pode dizer consentânea com a que antes existia. O caso português, para os que consideram que ali se operou uma ruptura da identidade constitucional, poderia exemplificar essa espécie de ruptura. Porque ao alterar o próprio princípio fundamental do Estado, substituindo o compromisso com o estabelecimento do socialismo, as revisões constitucionais portuguesas incidiram não só sobre um ou outro elemento da identidade constitucional portuguesa. Pelo contrário, elas substituíram a identidade constitucional portuguesa como um todo ,se não modificando os dispositivos constitucionais, alterando-lhe as diretrizes básicas de interpretação e, assim, "transfigurando" a Constituição, na expressão de Otero[715]. Em um estado socialista, pode-se dizer que liberdade, igualdade e propriedade significam coisa diversa que em um estado socialdemocrata (fundado, pois, no capitalismo). A depender da leitura que se atribua ao que é

[712] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-757/2008, julg. em 30 de Julho de 2008. COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-1040/2005, julg. em 19 de Outubro de 2005.
[713] COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. C-141/2010, julg. em 26 de Fevereiro de 2010.
[714] Ainda que transformações sobre a identidade procedimental possam produzir efeitos sobre o respeito e concretização dos valores situados na identidade substancial da constituição, como decorre, por exemplo, da erosão das instituições democráticas.
[715] OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**. Coimbra: Almedina, 2010. 3v.

um estado socialista ,no que se poderia identificar a superação até mesmo das barreiras nacionais ,também se pode dizer substituídas as leituras sobre a posição relativa da Constituição diante da comunidade internacional. E por fim, a substituição do modelo de Estado tende a alterar o próprio exercício do poder político naquele ordenamento constitucional.

Note-se que a distinção proposta entre ruptura e transformação propriamente dita da identidade constitucional em nenhuma medida se alinha às tentativas morfológicas de explicar os fenômenos. Como visto anteriormente, a partir da experiência indiana e colombiana, por vezes se busca explicar a ruptura da identidade constitucional a partir dos conceitos de emenda, reforma ou substituição constitucional, como se as palavras, por si só, esclarecessem a distinção entre os fenômenos. Ocorre que os sentidos destes termos são suficientemente abertos para adequar toda forma de alteração da identidade em qualquer destes significados. Nessa linha, por exemplo, Francisco Campos sustentara que a ideia de "emenda" seria muito mais modesta que a ideia de "reforma". Enquanto a primeira seria parcial, lembrando "o detalhe ou o pormenor", "reforma", para o autor, "abrange o todo a ser reformado".[716] O jurista do Estado Novo e da Ditadura Militar avançou no estudo linguístico:

> Reformar ou é restituir à forma anterior, ou mudar a forma atual da coisa a ser reformada; dar-lhe nova forma, formar de novo a coisa a ser reformada; alterá-la na sua foram e mesmo na sua estrutura; desfigurar a sua fisionomia, alterar o destino ou a significação das suas partes, ainda as essenciais (...). A reforma não é susceptível de ser limitada no seu alcance, porque por definição, reforma abrange o todo ou pode propor-se, assim na sua extensão, como na sua compreensão, a envolver a totalidade, operando diretamente sobre ela ou sobre uma as suas partes constitutivas [717]

No mesmo sentido, Cuervo criticou a doutrina da substituição constitucional colombiana, não concebendo como seria possível ver limite na ideia de "reforma" constitucional que, na tradição colombiana, teria o sentido de mudanças integrais no texto

[716] CAMPOS, Francisco. Poder de Emenda: Reforma Agrária. **Bahia Forense: Legislação, Doutrina, Jurisprudência**, v. 5, n. Jun.-Dez., p. 24–35, 1967.

[717] O próprio Francisco Campos reconhecera, curiosamente, que a linguagem técnica constitucional tratava como sinônimos as ideias de emenda constitucional e reforma constitucional. Nessa linha, o artigo de Campos buscou firmar uma distinção entre os conceitos que, a toda evidência, não chegou a ganhar reverberação na doutrina constitucional (*Ibid*. p. 24-26).

constitucional.[718] Em contrapartida, a doutrina nacional de longa data tem identificado o poder constituinte como um poder de reforma , tratando a emenda constitucional, limitada sob diversas perspectivas, nesta mesma lógica.[719] A questão, em realidade, parece ser menos terminológica do que de conteúdo. Central à ideia de ruptura não é o termo especificamente utilizado por cada ordenamento para tratar das alterações que sofre uma Constituição, e sim a verificação quanto a se, na prática, uma mudança desse tipo está ou não alinhada com a Carta que antes havia.

Continuidade é a palavra central na análise acerca da existência de uma transformação propriamente dita ou de uma ruptura por meio da substituição constitucional. Da mesma forma, falar em continuidade exige do observador um esforço de interpretação e análise acerca da possibilidade ou não de construção e reconstrução das narrativas. O campo da identidade constitucional é, afinal, o campo da interpretação constitucional.[720] E, como tal, serão as dinâmicas sociais, políticas e jurídicas que, interpretando um dado fato da vida constitucional, identificarão uma transformação de um ou outro tipo.

Dessa forma, quando em dois momentos distintos se possa falar na continuidade apesar das mudanças (individualidade a despeito da ausência não mais ser-o-mesmo na identidade constitucional), haverá transformação propriamente dita. Como na catedral de Carlos Santiago Nino ou no romance em cadeia de Dworkin, a história da Constituição é uma obra coletiva e intergeracional que envolve mudanças de perspectiva a exigir coerência temporal e de sentido. Mas quando estes dois momentos revelem, pelo contrário, que a catedral se converteu em pirâmide egípcia ou o romance dramático, transformou-se em obra de terror cômico, a ruptura se operou. As colunas e os personagens podem até se manter os mesmos, mas a obra é outra. Como é outra a identidade.

---

[718] FAJARDO ARTURO, Luis Andrés; GARCÍA LÓPEZ, Eloy; GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio; *et al*. **La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado**. [s.l.]: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2015.

[719] A título exemplificativo, cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2012; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva [u.a.], 2009.

[720] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010; HARRIS, William F. **The interpretable Constitution**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1993. (The Johns Hopkins series in constitutional thought).

5.2.1.2 Modelos de transformação: transformações do tipo incremental e transformações do tipo fundacional.

A luta pela Constituição, na forma que apresentei anteriormente, ocorre constantemente como consequência das expectativas normativas que a Constituição gera ou pode gerar para indivíduos e grupos que percebem a negação de seus direitos. Sendo a luta pela Constituição uma constante, então igualmente sem fim são as lutas pelas transformações na identidade constitucional, avançando ou modificando os compromissos e aspirações constitucionais.

A forma como estas transformações ocorrem variam de maneira substancial. Por vezes, uma transformação da identidade constitucional pode estar relacionada a um pequeno conjunto de atos praticados em um momento histórico bem definido por uma população mobilizada neste sentido. Em outros casos, as transformações são consequência de uma sucessão de atos que não tem necessária relação entre si, praticados em períodos de tempo espaçosos, por vias institucionais e não institucionais diversas. Em ambos os casos, o resultado é a consolidação de novos consensos constitucionais –, de transformação de heterodoxias constitucionais em ortodoxias constitucionais, para remeter ao conceito de Balkin.[721] Mas a realização de um ou outro modelo de transformação tem características, panos de fundo e, eventualmente, até mesmo consequências distintas.

Cumpre distinguir entre estes dois modelos de transformação. O primeiro, aqui denominado transformação do tipo incremental, ocorre quando a identidade constitucional se transforma a partir de um processo histórico gradual, por meio de atos dispersos e não necessariamente coordenados, tornando difícil identificar momentos ou atos que por si só tenham sido responsáveis pela transformação que se operou. O segundo, consiste no modelo fundacional, que se origina de um momento histórico de contestação, envolvendo ações e reações populares, que põe em xeque os conteúdos da identidade constitucional. Essa distinção que visualizo entre dois modelos de transformação da identidade constitucional se contrapõe, ao menos parcialmente, à teoria ackermaniana da mutação constitucional a partir de momentos constitucional.

[721] BALKIN, J. M. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011.

Como já visto nesta tese, é central à teoria de Ackerman a ideia de que a Constituição americana[722] estabelece dois caminhos para o governo. Em condições normais, em que as pessoas estão especialmente preocupadas com avançar seus objetivos pessoas, viver suas vidas, cuidar de suas famílias, a Carta e suas instituições limitam as tentativas de ir além da doutrina constitucional posta. Nesse sentido, eventuais tentativas de transformá-la (ou seja, seus significados) são barradas, por exemplo, pelas Cortes ou pelo Congresso, de modo que o governo vai caminhando nos limites das possibilidades estabelecidas no momento de fundação da Constituição. Momentos há, contudo, em que a as pessoas levantam-se de seus sofás e assumem a postura de efetivos cidadãos republicanos, mobilizando-se em torno de pautas não admitidas pelo modelo vigente com o objetivo de institucionalizá-las.[723] Quando conseguem capturar ao menos um dos poderes políticos, esses movimentos lideram um processo organizado de transformação da narrativa e significados constitucionais que, se bem-sucedido o movimento, passam a ser admitidos de maneira generalizada pelos poderes institucionais e pela população. Estes momentos extraordinários, que envolvem desde a adoção de uma emenda constitucional, a mudança na interpretação constitucional e até mesmo a elaboração de legislações históricas, são aqueles efetivamente dotados de potencial natureza fundacional, capaz de transformar a Constituição para estabelecer até mesmo novos limites para o exercício do poder político.

No capítulo 4, sustentei que teorias fundacionais desse tipo não são capazes de compreender em sua completude o fenômeno das transformações que sofre a identidade constitucional. De fato, nem todas as mudanças que sofre a Constituição são frutos de momentos extraordinários. Essa percepção de Ackerman parece ignorar que entre a mobilização popular generalizada nos vários espaços da esfera pública e a mobilização restrita às disputas ordinárias entre facções políticas existe um amplo espectro dentro do qual a transformação pode operar de maneira bem-sucedida.

---

[722] É importante destacar exaustivamente que a teoria de Ackerman é firmada a partir de uma leitura histórica da constituição norte-americana. E, precisamente porque extraída de uma experiência constitucional específica, não surpreende que ela esteja sujeita não só às críticas internas (ou seja, críticas no sentido de que lê-se mal a histórica constitucional americana), como também às críticas externas (de que a teoria é inaplicável ou parcialmente inadequada para outras realidades constitucionais). É neste último sentido que me oponho parcialmente à visão de Ackerman como apresentada em ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.; ACKERMAN, Bruce. The Holmes Lectures: The Living Constitution'(2007). **Harvard Law Review**, v. 120, p. 1727.

[723] Exemplo disso, para Ackerman, é o movimento dos direitos civis nos Estados Unidos dos anos 50 e 60, cf. ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

Essa constatação ficara mais clara quando trato das transformações pelas quais passou a identidade constitucional brasileira de 1988 e que não envolveram momentos especifica ou perceptivelmente extraordinários na vida constitucional (item 6.3 abaixo).

A distinção entre transformações do tipo incremental e do tipo fundacional se centram, portanto, na natureza difusa ou concentrada do fenômeno transformacional.[724] A difusão ou concentração se fazem sentir no plano temporal, no período histórico em que uma transformação ocorre, podendo-se falar em transformações mais ou menos incrementais –no plano dos instrumentos de transformação – em que a institucionalização da transformação pode ser reconduzida a um maior ou menor número de atos, e no plano institucional, em que a transformação é consequência da atuação predominante de um espaço institucional ou da atuação coordenada de diferentes agentes institucionais.

A distinção entre transformação incremental e fundacional não tem ligação necessária com outros aspectos da transformação constitucional. Assim, uma transformação incremental ou fundacional pode ou não ser fruto da manifestação popular organizada e especificamente mobilizada neste sentido. O caso dos direitos LGBT no Brasil, analisado no capítulo 6, exemplifica uma transformação incremental e mobilizada da identidade constitucional brasileira no sentido de incluir e reconhecer minorias sexuais e de gênero. Em contraposição, a teoria ackermaniana de mutação constitucional tem no seu cerne a ideia de transformações do tipo fundacionais que são consequência de uma mobilização social, em geral liderada por uma das esferas de poder, buscando a ressignificação da Constituição.[725]

Transformações do tipo incremental e do tipo fundacional também não se distinguem quanto às suas consequências. Em ambos os casos, é possível que transformações conduzam tanto ao aprofundamento do projeto constitucional, quanto à ruptura da identidade. O constitucionalismo abusivo analisado por Landau[726] é exemplo de mecanismo incremental

---

[724] Não se pode ignorar, contudo, que em alguma medida toda transformação constitucional é incremental – no sentido de que toda transformação é precedida de mobilizações sociais que crescem e ganham espaços institucionais de maneiras vagarosas e difíceis – ainda que a transformação pareça ter acontecido da noite para o dia, cf. COLE, David, **Engines of liberty: the power of citizen activists to make constitutional law**, First trade paperback edition, revised edition. New York: Basic Books, 2017. Por isso o enfoque parece mais adequado se, no lugar de questionar a extensão do tempo que a transformação leva, o foco se der sobre a concentração ou difusão de atos que levaram à transformação.

[725] O que não significa, repise-se, que o autor rechasse a perspectiva de que a Constituição se transforma ao longo do tempo, cf. ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.; ACKERMAN, Bruce. The Holmes Lectures: The Living Constitution'(2007). **Harvard Law Review**, v. 120, p. 1727.

[726] LANDAU, David. Abusive constitutionalism. **UCDL Rev.**, v. 47, p. 189, 2013.

de erosão da Carta Magna e de sua identidade.[727] Já a Emenda Constitucional n. 72/2013, que estendeu os direitos sociais trabalhistas às trabalhadoras e trabalhadores domésticos institucionalizou uma transformação fundacional da identidade constitucional brasileira (manifestada notadamente no princípio da igualdade e nos direitos sociais) em consonância com o projeto existente e com o ideal constitucional de emancipação social.

Nessa linha, qualificar uma transformação como sendo do tipo incremental ou do tipo fundacional não diz nada sobre a legitimidade ou mesmo a legalidade de tal transformação. O constitucionalismo abusivo pode ser lido como uma transformação do tipo incremental que não é admitida a partir da perspectiva normativa da identidade constitucional. De outro lado, uma emenda constitucional que estabeleça a sujeição interpretativa de uma Suprema Corte constitucional às decisões de uma corte internacional de direitos humanos, em um modelo constitucional comprometido com o avanço de direitos fundamentais, pode ser uma mudança relacional do tipo fundacional que não é incompatível com a identidade constitucional existente. Nessa linha, a resistência da identidade constitucional à mudança – por meio de sua função normativa – não depende do modelo de transformação (se incremental ou não), e sim da compatibilidade entre as tentativas de transformação e o projeto constitucional existente.

O fato de a função normativa da identidade constitucional operar tanto em transformações incrementais quanto em transformações fundacionais não parece excluir uma distinção entre o grau de reação que tais transformações tendem a ter. De fato, transformações fundacionais tendem a assumir centralidade no debate público, mobilizando a sociedade civil e os agentes institucionais em torno de suas pautas.[728] Neste sentido, transformações desse tipo são social e politicamente visíveis. A visibilidade, por sua vez, permite, apesar de não impor .que os grupos sociais contrários a estas formas de transformação igualmente se mobilizem de maneira organizada para conter as mudanças pretendidas. [729]

---

[727] De igual maneira a ideia de "retrocesso constitucional" proposta por Huq e Ginsburg, Partindo também da premissa de que violentas reversões autoritárias poderiam acontecer em democracias contemporâneas, os autores fazem alusão ao chamado "retrocesso constitucional" como uma medida de decadência incremental que atinge os três predicados básicos de uma democracia constitucional: as eleições, a proteção de direitos fundamentais (notadamente a liberdade de expressão e associação) e o Estado de Direito, cf. HUQ, Aziz Z.; GINSBURG, Tom, How to Lose a Constitutional Democracy, **SSRN Electronic Journal**, 2017.

[728] ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993. Isso não significa que toda movimentação neste sentido geraria transformações – há, afinal, momentos constitucionais sem constituição, como reconhece Ackerman.

[729] KLARMAN, Michael J., How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis, **The Journal of American History**, v. 81, n. 1, p. 81, 1994.

Em contraposição, transformações incrementais, como já mencionei, são análogas à alegoria do sapo vivo que lentamente ferve na água da panela. Por envolverem uma atuação difusa de agentes institucionais e não institucionais, a identificação de que uma transformação está em curso pode ser mais difícil, o que torna igualmente mais difícil a organização de uma reação intensa.

Mais uma vez, perceber estes potenciais não diz nada sobre o acerto da transformação. Novamente recordando o constitucionalismo abusivo, sua natureza incremental pode dificultar que os agentes sociais e institucionais atuem com a intensidade necessária para conter os atos corrosivos da democracia e do constitucionalismo. De outro lado, grupos sociais fortemente marginalizados e sem poder político e apoio social generalizado podem encontrar nas transformações incrementais os mecanismos possíveis para a inclusão e reconhecimento de seus direitos, possibilitando a superação do *status* de marginalização.[730]

Da mesma forma, perceber as diferenças entre transformações do tipo incremental e do tipo fundacional não implica criar exigências normativas sobre a transformação da identidade constitucional. Um tipo de transformação não é mais ou menos adequado do que outro. Se por um lado adotar uma ou outra via pode trazer vantagens estratégicas para determinadas pautas, por outro é necessário adotar uma postura despretensiosa que reconheça que as lutas pela Constituição não são passíveis de controle por um ou outro agente.

O caso da igualdade de gênero nos Estados Unidos é emblemático neste sentido. Em 1923, o Congresso Americano pela primeira vez analisou uma proposta de emenda à Constituição (o *Equal Amendment Act* ou ERA) que estabeleceria, em paralelo com a 14ª Emenda, o princípio da igualdade de gênero nos Estados Unidos.[731] É apenas em 1960 que a proposta ganha apoio popular disseminado, sendo então aprovada entre 1971 e 1972 pelo Congresso, passando à etapa de ratificação pelos Estados. Em paralelo, o movimento em favor da legalização do aborto avançava nos poderes legislativos estaduais e caminhava-se

[730] Adiante se verá como, no Brasil, o movimento LGBT se valou desta estratégia para avançar suas pautas de direitos no pós-1988.

[731] Segundo Catherine Mackinnon, enquanto o ERA original, de 1923, explicitamente dispunha que "homens e mulheres terão direitos iguais em todos os Estados Unidos e lugares sujeitos à sua jurisdição", a proposta aprovada pelo Congresso em 1972, revisada em 1943, excluiu a menção a homens e mulheres, estabelecendo que "a igualdade de direitos perante a lei não será negada ou restringida pelos Estados Unidos ou por qualquer Estado com base em sexo" cf. MACKINNON, Catharine A., **Sex equality**, Third edition. St. Paul, MN: Foundation Press, 2016.p. 18.

para o debate envolvendo garantias de bem-estar social para mães, como, por exemplo, um sistema público de creches.[732] Pode-se interpretar aquela mobilização social como um impulso transformacional que envolvia aspectos incrementais e tentativas refundacionais naquele momento no Estados Unidos. Ocorre que em 1973 a Suprema Corte entrou no debate, sustentando já no caso *Frontiero v. Richardson*[733] que a mera aprovação da ERA no Congresso Americano já indicava o crescente compromisso com a igualdade de gênero.[734] Posteriormente, decidindo o famoso caso de *Roe v. Wade*[735], a Suprema Corte reconheceu o direito constitucional à privacidade e, como consequência deste direito, o direito fundamental da mulher ao aborto. A decisão em *Roe* tomou conta do debate público e gerou forte reação dos movimentos conservadores que, desde então, foram bem sucedidos tanto em impedir a ratificação do ERA[736] e a aprovação de medidas que promoveriam a igualdade de gênero, como também em mobilizar um movimento nos Estados e no país em torno da superação de *Roe.*

O chamado *backlash* – a reação à transformação de tipo claramente fundacional que a Suprema Corte acabou por implementar (que Siegel e Post denominaram "a raiva contra Roe"[737])– ocupou a centralidade do pensamento constitucional americano, ora sendo pensado como consequência que deve ser evitada, ora como parte do jogo constitucional.[738] O termo inglês refere-se ao efeito de ricochete e, no debate constitucional, tem sido especificamente aplicado aos movimentos organizados em torno da reversão de conquistas de direitos, em geral por grupos marginalizados.[739] A organização destes movimentos não assume apenas formas e objetivos jurídicos. Nessa linha, por exemplo, Susan Faludi demonstra como o movimento feminista, desde suas primeiras reivindicações, no

---

[732] SIEGEL, Reva B., Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto Era. 2005-06 Brennan Center Symposium Lecture, **California Law Review**, v. 94, n. 5, p. 1323, 2006.
[733] ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973), julg. 14 mai. 1973.
[734] DIXON, Rosalind, Amending Constitutional Identity, **Cardozo Law Review**, v. 33, p. 1847–1858, 2012.
[735] ESTADOS UNIDOS, Suprema Corte, Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973), julg. 22 jan. 1973.
[736] Atualmente, 37 estados ratificaram a ERA. Na forma do artigo 5º da Constituição dos EUA, a promulgação de uma emenda exige a ratificação três-quartos dos estados (ou seja, 38 estados). Sustentando que as derrotas políticas do movimento feminista estariam associadas à Roa, confira-se SUNSTEIN, Cass R., Three Civil Rights Fallacies, **California Law Review**, v. 79, n. 3, p. 751, 1991..
[737] POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights**, v. 42, p. 63, .
[738] *Ibid*.
[739] Segundo Siegel e Post, seu uso no debate político remonta ao movimento dos direitos civis, aplicando-se tanto à reação dos estados do Sul dos EUA aos avanços do movimento conquistados pelo movimento negro, quanto à reação dos estados do Norte às demonstração de forças dos movimentos racistas do Sul. Nessa linha, prosseguem os autores, o backlash surge como um conceito neutro, que serviria para "designar contra forças liberadas pela ameaça de mudanças ao status quo", cf. *Ibid*.p. 388-389.

início do século XIX, em torno do direito ao sufrágio, enfrentou fortes reações na sociedade – sob vernizes culturais (filmes, na imprensa e na televisão) e científicos (como em estudos de cunho biológico, ou em teorias sociais) – toda vez que apresentou suas reivindicações e quando as conquistou.[740]

No recorte específico que nos interessa, a discussão sobre o *backlash* tem se voltado para as transformações da identidade constitucional institucionalizadas por meio de decisões judiciais.[741] Nesse debate, duas correntes principais tem se formado: de um lado, aqueles que sustentam que o *backlash* é uma consequência negativa e intrinsecamente relacionada com uma atuação expansiva do Poder Judiciário na interpretação e construção dos significados da Constituição.[742] Para esses autores, a constatação de que tais transformações podem gerar reações contrárias organizadas (*backlashes*) é indicativa da necessidade de cautela, por parte dos tribunais, quando buscam desenvolver leituras morais abrangentes da Constituição.[743]

Nessa corrente pode-se inserir a leitura de Michael Klarman sobre o papel de Brown v. Board of Education na conquista de direitos civis pelo movimento negro. [744] Para o professor de Harvard, a ideia de que Brown teria dado uma "crítica inspiração"[745] ao movimento dos direitos civis seria equivocada. Pelo contrário, o autor sustenta o movimento de direitos civis já se organizava no pré e no pós-Segunda Guerra mundial. De tal forma que não só a decisão da Suprema Corte seria desnecessária, como também, ao tornar

---

[740] FALUDI, Susan, **Backlash: the undeclared war against American women**, 15th anniversary ed., 1st Three Rivers Press ed. New York: Three Rivers Press, 2006.

[741] POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harv. CR-CLL Rev.**, v. 42, p. 373, 2007.

[742] A corrente e seus representantes aqui mencionados foram identificados por Siegel e Post, cf. *Ibid*.

[743] Siegel e Post situam nesta primeira corrente, além de Klarman – sobre cuja teoria se trata a seguir – também as formulações de Cass Sustein e William Eskridge Jr. Enquanto o primeiro autor propôs uma postura minimalista de juízes que julguem casos envolvendo desacordos morais profundso em uma sociedade, de modo a evitar ao máximo a disputa política e os riscos associados para a imagem da Corte , o segundo afirmou ser o backlash um risco que deve ser considerado no âmbito da adjudicação de direitos fundamentais, de modo que ora o risco deve ser considerado suficiente para evitar esse tipo de atuação, ora deve ser assumido quando o custo de evita-lo seja alto demais para um projeto de promoção de igualdade. Conquanto ambas as formulações sejam relevantes, a leitura juriscêntrica de Sustein foge aos propósitos normativos dessa tese , que não se dedica a definir quem deve determinar a identidade constitucional. A preocupação de Eskridge com os riscos do backlash, por sua vez, será retomada adiante, mas é em parte representada nas reservas que Klarman apresenta sobre o tema. Confira-se, sobre isso: SUNSTEIN, Cass R. Three Civil Rights Fallacies. **California Law Review**, v. 79, n. 3, p. 751, 1991. Ainda: ESKRIDGE, William N., **Gaylaw: challenging the apartheid of the closet**, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.

[744] Decidido em 1954, *Brown* é o caso a que se atribui a superação da doutrina do "separado, mas iguais" estabelecida no caso Plessy v. Ferguson em que a Suprema Corte entendeu ser constitucional a segregação racial em locais públicos.

[745] KLARMAN, Michael J. Brown and Lawrence (and Goodridge). **Michigan Law Review**, v. 104, n. 3, p. 431–489, 2005.

inconstitucionais as políticas de segregação racial, teria "cristalizado a resistência" [746] dos estados do Sul dos EUA à transformação racial pela qual passava o país, uma resistência que até então, seria "difusa e episódica" e que, com Brown, teria arregimentado pessoas antes indiferentes à questão dos direitos civis. [747] Klarman confere à mesma leitura aos casos Lawrence v. Texas, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2011, e Goodrige v. Department of Public Health[748], julgado pela Suprema Corte de Massachusetts. Para o autor, ao declarar a inconstitucionalidade da criminalização de relações entre pessoas do mesmo sexo, de um lado, e a inconstitucionalidade da restrição do conceito de casamento à união entre um homem e uma mulher, de outro, ambas as decisões teriam operado para organizar o movimento político contrário ao casamento gay. [749] Assim, concluiu o autor, decisões como Brown e Goodrige são responsáveis por produzir *backlashes* políticos por três razões. Primeiro, elas trazem visibilidade para a questão. Segundo, por sua natureza judicial, elas gerariam maior resistência à transformação. Por fim, também por sua natureza judicial, decisões desse tipo "determinam que a reforma social ocorra em uma ordem diferente da que poderia ter acontecido". [750]

No outro lado da discussão sobre o *backlash* , autores como Siegel e Post propuseram que o backlash nada mais é que uma das variadas formas pelas quais o público busca contestar e influenciar o significado da Constituição.[751] Para os autores, a ascensão do pensamento que identifica no *backlash* um parâmetro normativo de atuação, um indicativo de que juízes não devem atuar em determinadas controvérsias, estaria relacionado com um medo por parte dos grupos políticos de esquerda com relação ao ativismo de direita, bem com a ascensão de movimentos políticos nos EUA dos últimos anos. [752] Propondo seu modelo de constitucionalismo democrático, os autores sustentam em contrapartida que o *backlash* não pode ser associado a uma decisão judicial, mas é consequência dos conflitos interpretativos de uma dada sociedade acerca do significado constitucional. [753] Nessa linha, a possibilidade de *backlash* não serve como um parâmetro normativo de atuação (judicial). Pelo contrário, o

---

[746] *Ibid*.
[747] *Ibid*.
[748] KLARMAN, Michael J., Brown and Lawrence (and Goodridge), **Michigan Law Review**, v. 104, n. 3, p. 431–489, 2005.
[749] *Ibid*.
[750] *Ibid*.
[751] POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harv. CR-CLL Rev.**, v. 42, p. 373, 2007.
[752] *Ibid*.
[753] *Ibid*.

backlash é a demonstração de que os grupos que discordam profundamente sobre os significados da Constituição estão ainda vinculados pelo projeto constitucional.[754]

No paradigma de luta pela Constituição proposto, é possível propor ainda uma terceira leitura acerca do fenômeno do *backlash* que, por um lado, reconhece as objeções postas pelo modelo de constitucionalismo democrático e por outro assume uma posição menos neutra neste debate, quando o assunto envolve pautas de grupos sociais historicamente marginalizados. De fato, com Siegel e Post, e possível afirmar que o *backlash* nada mais é que um movimento de luta pela Constituição. Também com os autores, é preciso reconhecer que o termo tem sido adotado especialmente para designar um tipo específico de luta – a luta de movimentos contrários ao projeto de inclusão e reconhecimento de demandas de grupos marginalizados (como, nos casos mencionados, mulheres, negros, *gays*).[755]

Reconhecer descritivamente o *backlash* como parte inevitável dos processos de luta pela Constituição não implica, no entanto, atribuir a estes movimentos o mesmo valor substantivo que outras lutas. Se o *backlash* é pensado como uma reação à inclusão de grupos marginalizados que busca reverter a conquista de igualdade jurídica e reconhecimento constitucional, então é possível avaliar criticamente estes movimentos como dignos de menor valor ético e jurídico na análise das disputas por significados, e narrativas constitucionais. Nesse sentido, a teoria proposta parece se coadunar com as correntes que veem o *backlash* como um movimento negativo nas disputas por significados constitucionais. Mas ao não deixar essa visão evidente, articulando-a por meio da mera rotulação ou do casuísmo de pautar-se uma ou outra reivindicação como inválida, falha-se em estabelecer uma teoria clara em suas premissas de aplicação. Os parâmetros normativos contra os quais se pode contrastar os *backlashes,* como propostos nesta teoria da identidade constitucional, são nada menos que três: primeiro, como as reivindicações de um movimento deste tipo dialogam com o ideal expansivo do constitucionalismo – , avançando o Estado de Direito, a separação dos poderes e/ou a tutela de direitos fundamentais? Como as reivindicações de um movimento deste tipo dialogam com os compromissos e aspirações constitucionais? E terceiro e mais relevante:

---

[754] Os autores afirmaram que "enquanto os grupos continuam a argumentas sobre o significado de nossa Constituição comum, eles permanecerão comprometidos com um projeto constitucional comum" *Ibid*.p. 427.

[755] Juliana Cesario Alvim chamou estes grupos de "contramovimentos". A nomenclatura só é possível adotando-se uma concepção muito restrita de movimentos sociais, que toma a natureza de suas reivindicações – e não sua participação nas lutas por significados constitucionais – como característica definidora. Nessa linha, tanto a atribuição do rótulo "backlash" quando de "contramovimento" tem por consequência expor uma desvalorização, por quem profere o discurso, acerca dos objetivos desses grupos sociais. Cf. GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso**. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016.

como estas reivindicações se inserem na pretensão emancipatória de inclusão e individualização que uma Constituição como núcleo do reconhecimento expressa?[756]

Notem que a resposta a estas questões se articula com a já exposta função normativa da identidade constitucional. No plano social, ao responder a estas três perguntas um intérprete – institucional ou não, jurídico ou não – poderá avaliar eticamente as narrativas e significados em disputa, atribuindo valor social àquelas que se compatibilizam com o constitucionalismo e a Constituição em sua pretensão emancipatória. No plano jurídico, a resposta a estas três perguntas contribui para o argumento constitucional que envolva a atribuição de peso a interesses (princípios) contrastantes e a interpretação adequada de uma identidade constitucional que possa servir como resistência às reversões de conquistas de direitos.

O que não se pode extrair do *backlash*, no entanto, é uma diretriz geral sobre como uma transformação deve ser buscada. O fato é que prognósticos retrospectivos podem gerar leituras equivocadas sobre a transformação constitucional. É difícil dizer o que aconteceria nos EUA se a Suprema Corte não tivesse atuado. Eventualmente uma transformação incremental se implementaria pela via, até mesmo, do experimentalismo federativo daquele país.[757] Eventualmente essa transformação seria igualmente obstaculizada por movimentos conservadores que em algum momento poderiam se organizar de maneira mais incisiva. O fato é que a luta pela Constituição não cessaria, de modo que também não cessariam as lutas contra a modificação dela.

Considerar o *backlash* pode ser estratégico para os agentes que conscientemente se engajam nos processos de luta pela Constituição, mas o risco (que se pode presumir mais como uma certeza) de que haverá reações às conquistas de grupos marginalizados é suficiente para argumentar por um "adiamento" da luta por transformações. No capítulo 6, tratarei do caso brasileiro envolvendo reivindicações do movimento negro e do movimento LGBT no Brasil, que revelam como mesmo transformações incrementais que se

---

[756] Isso não significa dizer que todas as transformações pelas quais passa uma identidade constitucional serão emancipatórias ou avançarão direitos de minorias marginalizadas. Na linha do que se afirmou anteriormente, o objetivo da teoria não é apenas descrever a identidade constitucional, como também conferir um parâmetro de avaliação das transformações a que está sujeita, sem o qual a teoria arrisca servir tanto às minorias marginalizadas quanto ao projeto autoritário de Francisco Campo, cf. CAMPOS, Francisco. Poder de Emenda: Reforma Agrária. **Bahia Forense: Legislação, Doutrina, Jurisprudência**, v. 5, n. Jun.-Dez., p. 24–35, 1967.

[757] Segundo Siegel e Post, este é um dos principais argumentos formulados por progressistas contra a decisão de Roe. Os autores contestam essa visão, no entanto, argumentando que a oposição à Roe é anterior à própria decisão e se volta contra os avanços que o movimento por direitos reprodutivos já vinha obtendo anos antes. Cf. POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights**, v. 42, p. 63.

consolidam sem forte reação não estão protegidas contra a estratégia de reorganização e reversão de tais mudanças – confirmando, portanto, que o *backlash* apresenta uma característica de inevitabilidade quando o que se pretende é a alteração do *status quo*.

Feitas estas observações, não se pode ainda descartar ou ignorar o acerto de Ackerman no sentido de que há transformações da Constituição que são marcadas por um profundo momento de reflexão social e política sobre as aspirações e compromissos entabulados pelas gerações passadas. Nessa linha, torna-se possível traçar, ainda no campo teórico, uma distinção relevante quanto aos contextos que conduzem à transformação constitucional. E quanto a isso, mais do que a ideia de momento constitucional,[758] parece adequado pensar ainda o conceito de crise de identidade constitucional como uma chave para distinguir essas transformações.

5.2.2 Um segundo conceito: crise de identidade constitucional.

A crise é uma constante na vida moderna. Crises econômicas, políticas e sociais estão correntemente nos noticiários e revelam momentos agudos dos conflitos que surgem de sociedades plurais, em que os interesses em jogo por vezes divergem e colidem. Crises envolvem de um lado, impasses no sistema e as respostas (ou falta de respostas) que se conferem a tais impasses. Envolvem também, de outro lado, a própria percepção da sociedade no sentido de que há uma crise.[759]

Mas nem toda crise que abala uma sociedade é uma crise constitucional. Pelo contrário, como aponta Jack Balkin,[760] uma Constituição existe precisamente para lidar com as crises. Sociedades adotam Constituições para mediar os conflitos e permitir que os agentes institucionais sejam vias para a tomada de decisões no momento de desacordos políticos. A própria disputa sobre os significados da Constituição, prossegue Balkin, não é uma

[758] Se as lutas pela Constituição ocorrem a todo momento e se é possível concordar com a tese de que a Constituição se transforma também fora de momentos extraordinários, então todo momento é potencialmente um "momento constitucional". Assim, é necessário buscar outro vocabulários que seja capaz de apreender a relevância de tais momentos extraordinários sem ofuscar as lutas pela constituição que são constantes.

[759] Segundo Fraser, "o que parece uma crise para o observador externo não se torna historicamente generativo até que os participantes na sociedade o vejam como uma crise", por exemplo, ao perceberem que os problemas não ocorrer "apesar, mas por causa de uma ordem estabelecida", cf. FRASER, Nancy. Democracy's Crisis: on the political contradictions of financialized capitalism. *In*: Harvard University: [s.n.], 2018..

[760] BALKIN, Jack M., Constitutional hardball and constitutional crises, **QLR**, v. 26, p. 579–598, 2008.

característica de uma crise constitucional – senão do cotidiano de uma comunidade constitucional.[761]

Uma crise constitucional não está presente toda vez que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário falham em relacionar-se reciprocamente de maneira positiva (crise política);[762] nem toda vez que a sociedade é abalada por conflitos morais diversos (crise social); [763] nem quando disparam os índices econômicos de desemprego e desigualdade (crise econômica). [764] Ela pode surgir em relação a uma dessas crises, pois a Constituição é diretamente influenciada pela realidade a ela subjacente, mas com elas não se confunde. Se a Constituição consiste na prática de renovar as aspirações e compromissos de dada comunidade constitucional, sendo sua identidade capaz de estabelecer quais os acordos morais de uma sociedade e como ela deverá resolver seus conflitos políticos, então uma crise constitucional afetará precisamente esses objetivos da Carta. Pode-se falar em crise constitucional, quando a Constituição deixa de ser capaz de forma satisfatória de estabelecer os consensos morais e os mecanismos de governo estabelecidos em uma comunidade. Nas palavras de Balkin e Levinson:

> Desacordos e conflitos são elementos natural da política. O objetivo das constituições é administrá-los dentro de limites aceitáveis. Quando o desenho constitucional funciona de maneira apropriada, mesmo que as pessoas discordem fortemente umas com as outras, não há crise. De outro lado, quando o sistema do desenho constitucional quebra, seja porque as pessoas o abandonam, seja porque ele as está conduzindo para o precipício, desacordos e ameaças assumem uma urgência especial que merece o nome "crise". [765]

Neste sentido, Balkin e Levinson classificaram as crises constitucionais em três tipos: (1) crises que surgem quando agentes institucionais (políticos ou militares) recusam expressamente o cumprimento da Constituição; (2) crises que surgem quando, em razão de novas circunstâncias de fato, a fidelidade à Constituição conduziria à ruína ou desastre, quando "atores políticos aderem ao que consideram ser seus deveres constitucionais mesmo quando o céu esteja caindo"; (3) crises que envolvem situações em que as disputas pela Constituição ultrapassam os meros desacordos jurídicos e políticos de modo que as pessoas se

---

[761] *Ibid*.
[762] BALKIN, Jack M; LEVINSON, Sanford, Constitutional Crises, **Faculty Scholarship Series**, n. 18, 2008.
[763] *Ibid*.
[764] *Ibid*.
[765] *Ibid*.

valem de meios extraordinários de protesto, "as pessoas tomam as ruas, as forças armadas se mobilizam e a força bruta é usada ou seu uso é ameaçado como forma de prevalecer". [766] Tratando especificamente do contexto americano, os autores sustentaram que crises do tipo (1) seriam raras atualmente e mesmo na história americana seria difícil tais situações expressas de estado de exceção. [767]Crises do tipo (2), por sua vez, seriam fruto de falhas na estrutura constitucional que, ao assumir certas premissas fáticas e contextuais, deixa de ser capaz de lidar com mudanças não previstas. [768] Em crises do tipo (3), as pessoas em geral alegam fidelidade à Constituição, mas discordam sobre seu significado. [769] A diferença de crises deste tipo e disputas cotidianas sobre o significado da Constituição seriam os meios a que as partes em disputa estariam dispostas a recorrer (ou ameaçar recorrer) para prevalecerem em suas posições. Nada impede, ainda, que uma crise acabe sendo sucedida por outra, visto que esta seria uma tipologia ideal, segundo Balkin e Levinson. [770]

A premissa básica da tipologia de Balkin e Levinson é a de que as constituições definem procedimentos para a solução dos conflitos políticos. De modo que a crise, como um momento agudo de dificuldade do corpo político, surge quando este objetivo não é atendido. [771] Mas Balkin e Levinson deixam de lado uma outra importante função da Constituição, apesar de expressamente a reconhecerem. Trata-se do fato de que uma Constituição, como já visto, também procura sedimentar os consensos básicos de uma comunidade constitucional sobre seus valores compartilhados, sobre os compromissos e aspirações coletivamente buscados por aquele sujeito constitucional. Nessa linha, a tipologia proposta pelos autores é incompleta por focar-se especialmente nos mecanismos de exercício de poder político sob a Constituição, pouco dizendo sobre as crises que envolvem o próprio projeto constitucional.

Mais adequado é pensar a crise constitucional sob duas perspectivas. Primeiro, na lógica de crises procedimentais da Constituição. Aqui, fala-se na crise que atinge a função da Constituição de limitar o exercício do poder político e permitir aos agentes em disputa que cheguem a uma solução sobre seu significado, como de fato Balkin e Levinson haviam identificado. Mas, em segundo lugar, pode-se falar ainda em crises substanciais da

---

[766] *Ibid*.
[767] *Ibid*.
[768] *Ibid*.
[769] *Ibid*.
[770] *Ibid*.
[771] *Ibid*.

Constituição, que ocorrem precisamente quando a comunidade constitucional ponha em xeque o próprio compromisso com o projeto constitucional posto.

Fala-se em uma crise substancial da Constituição quando o sujeito constitucional indica – pela via institucional ou não – uma mudança quanto aos valores básicos que o constituem e a sua identidade. Assim, quando os grupos sociais diversos tomam as ruas para manifestar repúdio ao projeto ou aos objetivos constitucionais até então reconhecidos como básicos e fundamentais; quando os agentes políticos adotam medidas contraditórias ou que põem em xeque tais aspirações; quando, enfim, cria-se a dúvida sobre a manutenção de um sentimento constitucional com relação à Constituição posta, então se estará diante de uma crise do tipo substancial. Crises desse tipo questionam se vale a pena lutar pela Constituição e podem ser o ponto de virada para transformações mais profundas na identidade constitucional, no conteúdo específico substancial, procedimental e relacional atribuído a dada Constituição.

5.2.3 Transformação sem crise de identidade constitucional.

A ideia de uma transformação da identidade constitucional sem crise parte de três premissas já bem reiteradas anteriormente. Primeiro, a premissa de que a formação da identidade constitucional ao longo do tempo envolve aspectos de continuidade que não impõem ser-o-mesmo ao longo do tempo, ou seja, a identidade continua a mesma, mas admite mudanças, desde que haja um vínculo entre a identidade passada e a presente que permita identificá-las como a mesma. A segunda premissa é a de que a Constituição define horizontes éticos ao redor dos quais os grupos sociais disputam narrativas, significados e direitos. Essas lutas pela Constituição são constantes e ocorrem em tantos espaços quanto o pluralismo da comunidade constitucional conceber. Terceiro, uma transformação ocorre, então, quando dessas disputas surjam novos significados, narrativas e direitos não antes reconhecidos.

Dito isso, perceber a possibilidade de que haja transformações da identidade sem crise envolve, inicialmente, constatar que as mudanças no discurso constitucional nem sempre impõem repensar todo o ordenamento constitucional posto. Transformações da identidade constitucional afetam um conteúdo que é em si plural, que engloba considerações substantivas, procedimentais e relacionais, sendo que cada um desses grupos reúne uma pluralidade de normas e valores distintos. Mudanças pontuais em cada um desses conteúdos, conquanto possam não ter efeitos sistêmicos evidentes, são suficientes para alterar a identidade, que deixa de ser exatamente a mesma que antes existia.

Mas como é possível que algo tão relevante quanto a transformação da identidade constitucional – o núcleo das aspirações e compromissos de uma comunidade constitucional – possa acontecer fora de momentos extraordinários ou desacompanhada de crises constitucionais propriamente ditas? Diversos fatores podem se coordenar ou se alternar para que isso ocorra.

Primeiro, é possível que uma pauta diretamente relacionada à um dos elementos da identidade constitucional não esteja posta em evidência no debate público, seja porque ela não encontra um apelo específico na população em geral, seja porque há outros debates candentes que ocupam o imaginário político em determinado momento. Nessa linha, grupos sociais podem avançar suas lutas pela Constituição sob pouca ingerência relativa da sociedade em geral. Para Ackerman, a baixa adesão da sociedade suscitaria nas instituições uma força de reação à mudança.[772] Mas pelo contrário, essa baixa adesão pode reduzir também as pressões pela manutenção do *status quo*, permitindo que instituições já inclinadas a determinada mudança de significado constitucionais se vejam compelidas a promover transformações incrementais como reivindicadas por grupos sociais.

Em segundo lugar, e em linha semelhante, como as lutas pela Constituição se desenvolvem em diferentes espaços, as transformações na identidade constitucional podem se desenvolver em espaços institucionais de menor projeção política e social. Em uma sociedade cujo poder judiciário não conte com grande exposição midiática, mas ainda assim tenha o poder de estabelecer interpretações adequadas da Constituição, grupos podem lograr cristalizar certas interpretações sobre o significado básico da Constituição sem, gerar o mesmo tipo de mobilização social abrangente já mencionado.

Por fim, é preciso lembrar a alegoria do sapo fervendo na panela. Se por um lado grandes e arrebatadoras transformações na identidade constitucional tendem a gerar fortes reações dos diferentes grupos sociais, por vezes mudanças mais incrementais podem de fato levar tempo até que sejam devidamente assimiladas pelos grupos opositores. Neste sentido, como um sapo que não percebe que a água fria está aquecendo, a comunidade constitucional pode aderir a transformações incrementais na identidade constitucional sem que isso gere crises propriamente ditas. Isso não significa que o conflito, as lutas pela Constituição desaparecem, já que elas são constantes. Apenas importa perceber que elas podem não escalar imediatamente ao ponto da crise.

---

[772] ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

5.2.4 Transformação com crise de identidade constitucional.

Nem toda transformação constitucional tem a sorte (ao menos para os transformadores bem-sucedidos) ou o luxo do incrementalismo. Por vezes surgem os contextos extraordinários a que Bruce Ackerman fez referência e que podem culminar em uma transformação – por vezes extrema – na identidade constitucional. Na linha da teoria ackermaniana, a transformação e o momento extraordinário não se confundem. Este último é condição para a primeira, mas pode haver crises de identidade constitucional que não chegam a efetivamente transformar a identidade da Constituição.[773]

A transformação da identidade constitucional em contextos de crise de identidade pode se revelar em contextos diversos. Na leitura ackermaniana, os Estados Unidos exemplificam transformações que surgiram a partir de guerras, de ameaças institucionais e de agitação popular generalizada que revelavam crises de identidade no modelo constitucional americano. O mesmo autor identificou, no plano global, outras situações que geram ou impõem uma forte mobilização social para repensar seus compromissos constitucionais básicos.[774] Importa-nos pensar como uma crise de identidade constitucional, gerada em quaisquer destes contextos, pode afetar o resultado da transformação desta identidade.

Crises de identidade constitucional suscitam uma pergunta básica na comunidade constitucional: vale a pena lutar pela Constituição que existe? Em momentos de crises constitucionais, esta comunidade é chamada a refletir sobre a subsistência de seus compromissos e aspirações firmados no processo histórico de construção constitucional. E uma resposta a esta pergunta pode seguir três caminhos distintos.

Um primeiro caminho é a resposta positiva que não vem acompanhada de efetiva transformação constitucional. Semelhante à ideia de momento constitucional sem Constituição, é possível que a crise constitucional seja superada simplesmente retomando-se o modelo constitucional anterior sem lhe alterar as bases ou premissas.

Um segundo caminho é a resposta positiva – Vale a pena lutar pela Constituição! O que culmina em uma transformação que aprofunda a identidade vigente. Neste caso, a identidade constitucional se transforma de fato, mas não no sentido de buscar

---

[773] ALBERT, Richard. **Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions / Richard Albert**. Oxford, United Kingdom ; New York: Oxford University Press, 2019.
[774] ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. **Virginia Law Review**, v. 83, n. 4, p. 771, 1997

outros compromissos e aspirações constitucionais, e sim buscando-se aprimorar os existentes. Neste segundo caminho, identifica-se como causa da crise não o fato da Constituição estabelecer aspirações e compromissos que não subsistem, mas sim de que ela não vai suficientemente adiante nestas aspirações. Como uma transformação elaborativa[775], então, a crise pode gerar um movimento de avanço no projeto vigente, com continuidade e aprofundamento dos objetivos coletivos da comunidade constitucional.

Por fim, o terceiro caminho é a resposta negativa. Nesse caso, a crise é percebida como fruto de um descompasso entre o projeto da Constituição e as pessoas de carne e osso que compõem a comunidade constitucional. A desarmonia constitucional se torna tal que a comunidade constitucional não mais identifica a possibilidade de se manter unida e constituída ao redor daqueles valores e escolhas representadas na Constituição, de modo que a transformação com ruptura é a solução adotada.

Na prática, as três respostas podem surgir e ser apresentadas por grupos distintos em uma mesma crise constitucional. A luta pela Constituição também envolve lutas pelo avanço do projeto constitucional e lutas contra a Constituição (lutas por outras Constituições). Assim, da mesma forma que narrativas sobre a Constituição disputam as mentes e corações na comunidade constitucional, também as narrativas sobre uma dada Constituição "valer a pena" estarão em confronto, havendo aqueles que adotarão posturas conservadoras (manutenção do projeto), progressistas (avanço do projeto) ou revolucionárias (substituição do projeto constitucional).

O que é importante notar é que a crise em si não dá a resposta sobre os seus resultados. Mais uma vez, serão as respostas conferidas por instituições e pessoas em processo de lutas que determinarão o destino da comunidade constitucional e de sua identidade básica.

5.3 **Mecanismos institucionais de transformação e de substituição constitucionais**

A formação e transformação de identidades coletivas, como a da identidade constitucional, envolvem tipos sociais, culturais, políticos de reimaginação e reformulação da história que contamos sobre nós mesmos. O exemplo do musical *Hamilton,* apresentado no item 3.3.1anteriormente, indica como a arte, é um dos possíveis mecanismos para reformular estas narrativas, reapropriando história, símbolos e documentos até então excludentes para

[775] Para valer-se da nomenclatura de Albert atribuída às emendas constitucionais, cf. ALBERT, Richard. **Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions / Richard Albert**. Oxford, United Kingdom ; New York: Oxford University Press, 2019..

neles encontrar os caminhos de mudança, de promoção da inclusão e do reconhecimento. Tantos são os mecanismos de reformulação de narrativas quanto são os espaços sociais em que pessoas contam e recontam estas histórias. [776]

Mas as transformações na identidade constitucional não se limitam a mudanças nas narrativas e significados atribuídos socialmente à Constituição e à comunidade constitucional. A Constituição é também uma norma, de tal modo que sua transformação depende da institucionalização destas narrativas. É a partir disso que ideias constitucionais heterodoxas assumem a posição da ortodoxia constitucional. Esse item propõe, analisar os mecanismos de institucionalização das transformações constitucionais , isto é, os meios formais e informais pelos quais a identidade constitucional é alterada em sua função normativa. Não é caso de inventariar ou expor de forma manualesca cada um desses instrumentos, que são bem conhecidos da teoria constitucional contemporânea. Assim, para além de expor os elementos básicos de cada um dos mecanismos de transformação, pretendo limitar-me à análise sobre como cada um altera a identidade constitucional.

5.3.1 Interpretação e mutação constitucional.

Um primeiro mecanismo de transformação da identidade constitucional envolve a interpretação constitucional e o conceito correlato de mutação constitucional. Trata-se da hipótese em que as lutas pela Constituição têm por consequência alterar os significados atribuídos a conceitos e institutos do direito constitucional posto, transformando a identidade por meio da mudança na forma como instituições leem a Constituição. O debate norte-americano tem sido profícuo no estudo de tais formas de transformação informal dos sentidos da Constituição, notadamente diante das transformações pelas quais o constitucionalismo americano passou que não poderiam ser atribuídas ao processo formal de emenda à Constituição.

Uma das mais conhecidas – e já abordadas – teorias sobre a mutação constitucional é a desenvolvida por Bruce Ackerman.[777] Como já visto, ao tentar dar sentido

---

[776] Nessa linha, Peter Haberle chegou a propor que até mesmo os feriados são parte constitutiva da identidade de um Estado Constitucional, movimentando a emoções de um povo: "Em uma sociedade aberta, os feriados promovem uma parte do irrenunciável embasamento cultural. Eles mantém e transmitem conteúdos nos quais grande parte do povo pode ser unida consciente ou inconscientemente" cf. HÄBERLE, Peter; MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete, **Constituịcão e cultura direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado constitucional**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[777] ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

às transformações constitucionais ocorridas fora dos parâmetros estritos do Artigo 5º da Constituição dos Estados Unidos, Ackerman sustentou a possibilidade de o Povo ("We the people") sinalizar as alterações nos significados da Constituição por meio de mobilizações disseminadas e concretizadas no âmbito eleitoral. Assim, por exemplo, ao reeleger um presidente cuja pauta principal contrasta com os entendimentos consolidados sobre o significado da Constituição, o povo demonstraria sua vontade de alterar a Constituição – a despeito de não adotar um ato formal de emenda –, sinalizando às demais instituições que esses serão os novos significados a serem adotados.[778]

Reva B. Siegel, por sua vez, afirma uma relação direta entre a cultura constitucional e as transformações de significado da Constituição. Para a autora "em períodos de mobilização constitucional, cidadãos formulam argumentos sobre o significado da Constituição".[779] Esses argumentos, mesmo quando não se convertem em emendas formais, para Siegel, assumem "um papel importante na transformação das compreensões sobre o significado da Constituição dentro e fora das cortes". Nessa linha, as transformações do significado constitucional – a mutação constitucional – é fruto dos diálogos entre a cidadania e o judiciário sobre o significado constitucional.[780]

As mais recentes teorias dialógicas incluiriam neste quadro teórico não apenas as diferentes interpretações cristalizadas por agentes judiciais, como também aquelas capitaneadas pelo executivo e pelo legislativo. [781] Enquanto no campo judicial pode ser mais perceptível como tal transformação ocorra, por exemplo, por um novo caso ou pela disseminação de uma jurisprudência antes minoritária que passa a adotar autoritativamente uma leitura da Constituição, as transformações lideradas pelo executivo e pelo legislativo podem variar em forma a depender do aspecto da identidade constitucional que se transforme.

Em termos imediatos, Legislativo e Executivo podem contribuir para a transformação da identidade constitucional exercendo o que se concebe como suas funções típicas. Nessa linha, o exercício da função administrativa e a elaboração de políticas pelo Executivo são informados pela leitura que a burocracia estatal e os agentes políticos do Poder

---

[778] Ackerman de fato denomina este fenômeno como a sinalização institucional, cf. ACKERMAN, Bruce. The Holmes Lectures: The Living Constitution'(2007). **Harvard Law Review**, v. 120, p. 1727. .

[779] SIEGEL, Reva B. Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 150, n. 1, p. 297, 2001.

[780] *Ibid*.p. 303.

[781] É essa a linha adotada por Jane Reis ao identificar quem seriam os intérpretes autorizados da Constituição – incluindo não só cortes, como também o Executivo, Legislativo, partes em processos judiciais, associações, partidos políticos, lobistas e outros, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Executivo desenvolvem acerca dos significados constitucionais. [782] Sendo o Executivo responsável, em geral, por alcançar os indivíduos, seja fazendo valer direitos prestacionais, seja fazendo sentir a força coercitiva do Estado, as mudanças de postura naquele Poder podem contribuir para cristalizar mudanças nas narrativas e significados compartilhados pela comunidade constitucional.

De forma semelhante, o Legislativo, tanto em sua função legislativa quanto fiscalizatória do Poder Executivo, também contribui para a transformação da identidade constitucional. Não só ao elaborar emendas constitucionais, como se verá a seguir, mas também ao editar leis o poder legislativo, como intérprete da Constituição, cristaliza reivindicações, significados e narrativas que podem ser reconduzidos ao projeto constitucional. [783] Da mesma forma, ao exercer o controle da atuação dos demais poderes, o Legislativo igualmente institucionaliza suas interpretações acerca da Constituição, por vezes contendo avanços de transformação provenientes de outros poderes.

Como já afirmei, no entanto, seria equivocado assumir que qualquer um dos poderes – Executivo, Legislativo ou Judiciário – seja capaz de por si só alterar a identidade constitucional. Primeiro porque, como bem identificado por Juliana Cesário Alvim Gomes,[784] as transformações da identidade constitucional só podem ser pensadas como tal enquanto transformações das narrativas da comunidade constitucional sobre a Constituição que a fundamenta e legitima. Sem o apoio desta comunidade constitucional, o avanço transformador de quaisquer dos poderes pode até ser capaz de institucionalizar conceitos jurídicos, mas não de alterar o núcleo identitário da Constituição. E institucionalizações deste tipo, que não ganham corações e mentes da comunidade constitucional, estão sujeitas à contestação e à

---

[782] Nessa linha, deve-se destacar que desde os anos 80, as principais políticas públicas elaboradas em favor das populações LGBT – desde as políticas de saúde voltadas para o tratamento de AIDS, passando por programas de inclusão social – foram capitaneadas pelo Poder Executivo, cf. LAURINDO-TEODORESCU, Lindinalva, **Histórias da AIDS no Brasil: 1983-2003**, Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, 2015; CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

[783] Adicionalmente, o reconhecimento do papel do Legislativo na interpretação e mutação constitucional gera incentivos para que os legisladores se engajem no discurso constitucional e na sua responsabilidade perante a tradição constitucional. Neste sentido as posições de TUSHNET, Mark, Interpretation in Legislatures and Cuorts: Incentives and Institutional Designs, *in*: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Orgs.), **The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state**, Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2006; LEVINSON, Sanford, Constitutional Engagement "Outside the Courts" (and "Inside the Legislature"): Reflections on Professional Expertise and the Ability to Engage in Constitutional Interpretation, *in*: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Orgs.), **The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state**, Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2006.

[784] GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso**. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016.

reversão por meio da organização social e política desta comunidade. [785] Em segundo lugar, atribuir a um dos poderes a capacidade de alterar a identidade constitucional ignora, ainda, que esta identidade é modificada também pela interação entre os poderes. Em sentido mais evidente, a identidade procedimental da Constituição – que envolve precisamente as vias de exercício do poder político – só pode ser compreender a partir da análise conjunta da atuação dos poderes. Ainda, tendo em vista que a identidade constitucional traz em si uma tendência a resistir às transformações, uma análise que se foque na atuação de um dos poderes instituídos sem atentar a como os demais agentes institucionais respondem às tentativas de transformação gera risco de falsos positivos.

Isso significa não só rejeitar a aplicação de teorias de supremacia judicial ou legislativa à identidade constitucional, como também rejeitar teses que buscam no poder executivo, enquanto líder de movimentos políticos e sociais, a evidência das transformações de identidade de uma Constituição. É especialmente em Ackerman que se identifica a tese de que, em diversos momentos da história americana, a reeleição de um presidente que teve suas pautas transformadoras inicialmente obstaculizadas por outras instituições confirma a vontade popular de transformar a identidade constitucional.[786] Nessa linha, a segunda eleição do presidente funcionaria como um referendo que transmitiria para tais instituições a mensagem de que as transformações por ele propostas ganharam a comunidade constitucional que atribuiu a este representante um "mandato popular" para avançar as transformações apresentadas.[787] Uma teoria desse tipo parece, contudo, extrair exigências normativas de fatos históricos como compreendidos pelo autor.

Sem pretender revisitar a história norte-americana, não há como formular uma tese que se pretenda útil para diversos ordenamentos e segundo a qual um ou outro poder poderia por si só representar a vontade da Nação, como propunha o princípio do líder de Schmit.[788] Em nada a proposta de Ackerman parece buscar, no entanto, um modelo autoritário como o de Schmitt. Pelo contrário, o que Ackerman parece buscar é um meio de identificar

---

[785] Nessa linha a reflexão de Ihering para quem o direito conquistado sem luta geraria menor apego social e poderia ser perdido com maior facilidade, cf. IHERING, Rudolf Von, **Luta pelo direito**, S.l.: Edipro, 2019..

[786] ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993; ACKERMAN, Bruce. **We the people: the civil rights revolution.** Place of publication not identified: BELKNAP HARVARD, 2018.

[787] ACKERMAN, Bruce. The Holmes Lectures: The Living Constitution'(2007). **Harvard Law Review**, v. 120, p. 1727; ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993; ACKERMAN, Bruce. **We the people: the civil rights revolution.** Place of publication not identified: BELKNAP HARVARD, 2018.

[788] SCHMITT, Carl; MOREIRA, Luiz. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

como, no complexo sistema de transformação constitucional americano, os sinais de que haveria canais de democracia direta não-formais. Diante de um modelo, como o dos EUA, que tornou difícil canalizar e tornar bem sucedidas as transformações formais da Constituição – tanto pela via da emenda, quanto pela via judicial –, Ackerman emprega um esforço de interpretação para identificar canais de democracia direta onde esta não existe. Outros ordenamentos jurídicos não dependem de uma formulação desse tipo, na medida em que a relação entre os poderes e os mecanismos democráticos disponíveis podem ser tais que desaconselhem interpretar isoladamente uma ou outra instituição como representativa da vontade popular.

É digno de nota que a mutação constitucional não é ilimitada, como alertara Konrad Hesse. Pelo contrário, sendo a Constituição fruto da interação entre realidade e normatividade, não bastam os impulsos sociais por mudança para que se possa dizer que uma norma constitucional se alterou internamente. É necessário que a mutação pretendida, no caso, a transformação constitucional, seja compatível com o quadro normativo posto, dentro das suas possibilidades interpretativas.[789]

Por fim, deve-se destacar que nem toda mudança na interpretação e na mutação constitucional envolvem uma mudança na identidade constitucional propriamente dita. A mutação é um fenômeno que pode incidir virtualmente sobre todas as normas constitucionais, sejam elas relevantes ou não para a compreensão de uma comunidade constitucional sobre si mesmo. Uma das mais mencionadas teses sobre mutação constitucional no Brasil envolve, por exemplo, o desuso da competência do Senado para suspender leis declaradas inconstitucionais em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.[790] Esteja o argumento de que houve mutação certo ou errado, seria difícil sustentar que a supressão desta competência transformaria a identidade constitucional – mesmo a identidade procedimental – da Constituição de 1988.

5.3.2 A emenda constitucional.

[789] HESSE, Konrad, Limites da mutação constitucional, *in*: **Temas fundamentais do direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2009.
[790] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva [u.a.], 2009.

Além das transformações pela via interpretativa, a identidade constitucional também sofre influência das alterações formais feitas à Constituição, na forma de emendas constitucionais. Como atos de transformação da identidade constitucional, as emendas consistem, em tese, em uma decisão identificável e consciente de uma supermaioria acerca das mudanças necessárias ao projeto constitucional.[791] Interessante notar que em cada ordenamento jurídico, as emendas podem exercer um papel diferente na transformação da identidade constitucional.

Escrevendo no contexto norte-americano, David Strauss argumentou que as emendas constitucionais – e o texto constitucional em geral – por vezes são irrelevantes no processo de transformação constitucional. Para o autor, a importância de uma emenda está relacionada ao grau de maturidade de uma sociedade liberal: Strauss sustenta que, em uma sociedade mais madura, as pessoas desenvolvem instituições que permitem outros mecanismos de transformação da Constituição. Já uma sociedade menos madura, por carecer de "compreensões bem estabelecidas, tradições e padrões de confiança e acomodação mútua", o texto acabaria sendo a única ferramenta para concretizar esse tipo de transformação.[792] Importante notar que nos Estados Unidos, o grau de rigidez constitucional aliado às transformações informais da Constituição de fato têm tornado a aplicação do Artigo V da Constituição Americana menos central na atuação de movimentos sociais e grupos que buscam transformá-la..[793]

Mesmo no contexto norte-americano, no entanto, o argumento de Strauss tem sido contestado. Nessa linha, tratando da já analisada *Equal Rights Amendment*,[794] Reva B. Siegel critica a visão de Strauss por sua natureza juriscêntrica. Segundo a autora, o foco de Strauss na transformação constitucional por meio de decisões judiciais ignora que as demandas e reivindicações formuladas por movimentos sociais são construídas a partir do

---

[791] STRAUSS, David A., The Irrelevance of Constitutional Amendments, **Harvard Law Review**, v. 114, n. 5, p. 1457–1505, 2001.p. 1458.

[792] Segundo Strauss, "em uma sociedade política formada recentemente, qualquer desvio aparente das palavras de uma constituição pode ser visto como revolucionário e pode levar a sociedade a desmoronar; em uma sociedade madura, relações e padrões de confiança estão tão bem desenvolvidos que isso não ocorre" *Ibid*.p. 1462.

[793] Nessa linha, não só Strauss, como também Ackerman, Balkin e Levinson desenvolvem suas teorias de modo a compreender como, na falta de mudanças textuais à constituição americana, ainda assim seus significados e narrativas se alteraram.

[794] É interessante notar que o mesmo caso do ERA é usado por David Strauss, no contexto americano, para defender a irrelevância das emendas constitucionais na transformação de significados constitucionais. Para o autor, a jurisdição constitucional e o papel dos precedentes são tão importantes quanto o texto de uma Constituição, cf. STRAUSS, David A. The Irrelevance of Constitutional Amendments. **Harvard Law Review**, v. 114, n. 5, p. 1457, 2001.

texto constitucional.[795] Nessa linha, Catherine A. Mackinnon afirmou que "a falta de uma garantia explícita de igualdade de gênero tem limitado a Carta Magna americana como veículo para assegurar os direitos e avanço social das mulheres"[796]. Mais, a autora afirma que as possibilidades de construção da igualdade de gênero a partir dos textos normativos existentes se esgotou, tornando necessária a aprovação de uma Emenda que amplie as possibilidades de luta. [797]

Muito já se disse sobre as funções de uma emenda e seu uso como mecanismo de transformação da identidade constitucional quando do estudo comparado e teórico da identidade constitucional no capítulo 0. Cabe esclarecer pontos que poderiam gerar maior controvérsia.

A primeira controvérsia mais evidente é a de que não faria sentido falar em emenda constitucional transformadora da identidade da Carta. Afinal, toda a teoria da identidade constitucional surge precisamente para impedir transformações pela via da emenda. Foi o que sustentaram os alemães, os indianos, e os colombianos estudados no Capítulo 2. Dois aspectos devem ser destacados sobre essa controvérsia.

Primeiro, nem toda transformação da identidade constitucional será incompatível com os traços identitários que havia. Uma transformação – como uma emenda – pode, pelo contrário, avançar o conteúdo da identidade constitucional, não só continuando o projeto existente como aprofundando-o. Assim, por exemplo, um ordenamento constitucional comprometido com a igualdade que estabeleça, pela via da emenda, o reconhecimento de novos direitos de igualdade – não só igualdade formal, como também a material, por exemplo – não passam por uma ruptura na identidade. Pelo contrário, a continuidade do projeto constitucional é evidente. Mas não é possível dizer que a identidade constitucional não mudou. O projeto constitucional, acrescido de tais institutos e conceitos que avançam suas aspirações iniciais, não é o mesmo que era antes. Mas continua sendo individualmente identificável.

Segundo, mesmo transformações da identidade constitucional que sejam incompatíveis com os traços identitários que antes havia podem ser operacionalizadas pela via da emenda. "Podem", aqui, não significa que tal alteração seja legítima ou, mais

---

[795] SIEGEL, Reva B. Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 150, n. 1, p. 297, 2001.
[796] MACKINNON, Catharine A. **Sex equality**. Third edition. St. Paul, MN: Foundation Press, 2016. (University casebook series).
[797] *Ibid*.

especificamente, juridicamente válida. Significa, sim, que a história das constituições mostra que a emenda tem sido pode vezes o instrumento utilizado para promover as transformações constitucionais com ruptura de identidade. Como visto, Richard Albert sequer considera que tais emendas possam ser assim chamadas. Seriam, em realidade, desmembramentos da Constituição, na medida em que estão entre uma emenda legítima (que é compatível com o projeto existente) e uma nova Constituição (que o substitui por completo).[798]

Note-se, ainda, que reconhecer a possibilidade de transformação da identidade constitucional por vias difusas como a da interpretação constitucional na sociedade civil e nas instituições, sem reconhecer a mesma possibilidade para emendas constitucionais geraria o risco de déficit democrático na teoria. Afinal, emendas constitucionais operam em diversos países como *proxies* das compreensões de uma comunidade constitucional sobre sua identidade.[799] Nessa linha, Rosalind Dixon parte do caso da ERA para sustentar que a existência de "vácuos de emenda" [800] constitucional podem gerar receios em tribunais no sentido de responder a demandas majoritárias por transformação constitucional. Nessa linha, as emendas constitucionais, mais do que outros mecanismos de transformação, seriam mais adequadas para "restabelecer a linha-base analógica para subsequentes desenvolvimentos constitucionais" [801].

De toda forma, identificar que transformações – inclusive rupturas – da identidade constitucional podem ser operacionalizadas pela via da emenda constitucional não significa legitimar todas as transformações feitas dessa forma. Pelo contrário, considerar esta possibilidade é o que permite aos intérpretes– o político, o jurista e o cidadão – que estejam atentos a tentativas realizadas, de modo que possam movimentar a identidade constitucional em sua função normativa, seja para restabelecer a identidade que se pretende transformar de maneira ilegítima, seja para defender as transformações válidas.

Cabe ainda uma última consideração acerca das transformações pela via da emenda. É que em casos como o brasileiro, as Constituições podem prever a invalidade de emendas que interfiram em determinadas previsões constitucionais – as cláusulas pétreas. Nessa linha, pergunta-se: pode uma emenda transformar a identidade constitucional que se revela por tais cláusulas?

---

[798] ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. **SSRN Electronic Journal**, 2017. .
[799] DIXON, Rosalind. Amending constitutional identity. **Cardozo L. Rev.**, v. 33, p. 1847, 2011.
[800] *Ibid*.
[801] *Ibid*.

Primeiramente, deve-se lembrar que as cláusulas pétreas não exaurem a identidade constitucional. Elas exprimem uma tentativa de resguardo do núcleo de escolhas fundamentais da Constituição,[802] mas a identidade constitucional não se resume a um ou outro dispositivo, ela envolve uma consideração estrutural acerca das características de um projeto constitucional realizado. Dito isso, mesmo autores que se dedicaram ao estudo das cláusulas pétreas e sua interpretação têm reconhecido a possibilidade de ordenamentos jurídicos convalidarem atos normativos que interfiram em direitos ou institutos protegidos por tais cláusulas, desde que não violem o núcleo de sentido destes princípios fundamentais. [803]

De fato, as normas "petrificadas" por tais cláusulas – como diversas outras normas constitucionais – têm natureza aberta e algum grau de indeterminação de sentido.[804] De tal forma que é natural que diferentes interpretações mais expansivas ou mais restritivas existam sobre elas. Nesse sentido, mesmo cláusulas pétreas como "núcleo do núcleo" da identidade constitucional estão sujeitas a modificações. [805] Pode-se questionar, nessa linha, até mesmo a tese firmada pelo Tribunal Constitucional Colombiano no sentido de que a lógica das cláusulas pétreas seria a da intangibilidade, precisamente porque é possível sustentar que estas normas possam ser tocadas, só não abolidas. Nessa linha, e diferente do sustentado por Joel Colón-Rios,[806] a identidade constitucional, em seu racional de insubstitutibilidade, pode atuar não como um "menos", e sim como um "mais" na análise da validade de emendas constitucionais transformadoras da identidade constitucional. Pois mesmo quando tais emendas possam envolver mudanças que se encontram dentro dos sentidos possíveis das normas "petrificadas", a identidade constitucional como diretriz interpretativa e horizonte

---

[802] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livr. Almedina, 1993; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia e "cláusulas pétreas" na Constituição Federal de 1988. **NOVELINO, Marcelo. FELLET, André (Org.). Constitucionalismo e democracia. Salvador: JusPodvim**, 2013; BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[803] Este é o cerne da discussão sobre a restrição de cláusulas pétreas, por exemplo, pela via da emenda, como exposta por BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[804] Trata-se, como visto, de princípios constitucionais que se apresentam, dessa forma, como conceitos indeterminados, cf. BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: **Temas de Direitos Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. III.

[805] BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia e "cláusulas pétreas" na Constituição Federal de 1988. **NOVELINO, Marcelo. FELLET, André (Org.). Constitucionalismo e democracia. Salvador: JusPodvim**, 2013.

[806] COLÓN-RÍOS, Joel I. A new typology of judicial review of legislation. **Global Constitutionalism**, v. 3, n. 02, p. 143–169, 2014.

ético-constitucional pode denunciar a incompatibilidade entre tais modificações e a Constituição. [807]

Quando se fala na função normativa em sentido estrito, no entanto, ou seja, na aplicação da identidade constitucional como norma jurídica, é necessário repetir uma exigência de prudência apresentada anteriormente. Precisamente porque a identidade constitucional é igualmente indeterminada e envolve um exercício analítico da estrutura constitucional e dos discursos sobre a Constituição, qualquer invalidação de emendas constitucionais compatíveis com os sentidos possíveis da Constituição e de suas cláusulas pétreas deve atender a um alto ônus argumentativo pelo qual se demonstre que a emenda não se limita a alterar a Constituição em seus significados possíveis, mas sim em substituí-la parcial ou totalmente.[808]

5.3.3 A nova Constituição.

A nova Constituição, por fim, pareceria ser o mecanismo mais drástico de transformação da identidade constitucional. Afirmá-lo, contudo, seria confundir texto constitucional com a Constituição – o que, como já visto, é um equívoco quando se pensa a Constituição como um processo social, político e jurídico.[809]

De fato, um novo texto constitucional pode não fazer nada para alterar uma determinada identidade constitucional. Como mencionei anteriormente, ao tratar do pensamento de Rosenfeld,[810] pode-se falar nessa linha em uma identidade constitucional formal – a identidade de um determinado documento ou documentos constitucionais – e em uma identidade constitucional material. Tomada no primeiro sentido, todo novo texto

---

[807] Cf. item 3.3.2.1

[808] Na linha do proposto por Carlos Bernal, cf. BERNAL, C. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 2, p. 339–357, 2013

[809] Nesse sentido, por exemplo, Balkin e Levinson chegaram a sustentar a possibilidade de se pensar um cânone constitucional que seja composto não só pelos textos jurídicos reputados como constitucionais, mas também por outros tipos de discursos, comentários e leituras. Para os autores, pensar a história do direito constitucional como "a história de grandes juristas que nos mostram o caminho a partir de suas sabedoria ou ignorância" seria um equívoco, na medida em que o "mudanças constitucionais – inclusive mudanças na interpretação constitucional – são em geral resultado da ação política de massa", cf. BALKIN, J. M.; LEVINSON, Sanford. The Canons of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. 111, n. 4, p. 963, 1998. .

[810] ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.

constitucional implicará uma nova identidade constitucional formal. [811] Mas nem todo novo texto constitucional cria uma nova identidade constitucional material, [812] assim como nem toda nova identidade constitucional material é acompanhada de novos textos constitucionais. [813]

Por fim, um novo texto constitucional pode de fato buscar uma total alteração da identidade constitucional, rompendo explicitamente com o passado e buscando estabelecer novas aspirações e compromissos. É o caso da Constituição Sul-africana em seu compromisso de superação do apartheid,[814] e de Constituições elaboradas em contextos semelhantes como o de transição de regime e momentos pós-guerra[815] e, como se verá a seguir, da Constituição de 1988 no Brasil.

5.4 **Síntese das conclusões parciais acerca da (trans)formação da identidade constitucional.**

Uma Constituição só pode ser tomada como documento ou projeto vivo porque a comunidade constitucional a que se destina (e que é sua autora) é ela própria uma coletividade viva. E como as pessoas se transformam ao longo da vida, também se transforma a Constituição. Nos dois capítulos anteriores, busquei teorizar sobre estes processos de formação e transformação da identidade constitucional. Processos que envolvem, como já visto, a redescoberta do passado e a construção do futuro. De fato, a Constituição como um processo que almeja determinados ideais éticos é nossa própria catedral em construção, é preciso olhar para o que se construiu e imaginar o resultado final desta empreitada. Um resultado que (não se pode esperar) será conhecido pelos vivos, como os vivos raramente conhecem as catedrais de cuja construção participam.

---

[811] Nesse sentido, Canotilho fala em descontinuidades formais – que se dão pela mera modificação do texto constitucional – e descontitunuidades materiais, que dizer respeito ao próprio conteúdo constitucional, cf. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livr. Almedina, 1993.

[812] Exemplo mais evidente disso foi a substituição integral da Constituição de 1967 no Brasil, por meio da Emenda Constitucional n. 1 (emenda apenas no nome, visto que se tratou de toda uma nova constituição) e que não importou qualquer mudança na identidade constitucional (ou anticonstitucional[812]) autoritária, cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1989. Da mesma forma, um novo texto constitucional pode substituir apenas parcialmente uma identidade constitucional, mantendo aspectos de continuidade evidente.

[813] É o que afirma, novamente, a teoria ackermaniana sobre as transformações da constituição norte-americana, cf. ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

[814] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

[815] ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. **Virginia Law Review**, v. 83, n. 4, p. 771, 1997

Como não é comum que nós, enquanto seres humanos, pensemos a todo momento sobre quem somos, também a comunidade constitucional se desenvolve a partir de consensos consolidados sobre o conteúdo historicamente construído de sua identidade. E esta identidade vai sendo construída em pequenos atos, em difusos atos, em discursos e narrativas articulados e rearticulados cotidianamente. A ideia de que a identidade constitucional se transforma e desenvolve também de natureza incremental é central ao que se sustentou até aqui. Por outro lado, como a vida nos apresenta momentos em que somos chamados a aprimorar nossos princípios morais, também a identidade constitucional conta com momentos de transformação que são articulados e diretamente voltados à transformação. Transformações fundacionais desse tipo também não fogem ao que é comum à experiência constitucional.

Mas momentos há na vida das pessoas e na vida destas comunidades em que somos confrontados com as escolhas do passado e as exigências do presente. Nestes momentos de crise, que põem em xeque quem somos como comunidade constitucional, essa comunidade é confrontada com a urgência de uma resposta sobre seu passado e seu futuro: vale a pena lutar pela Constituição e pela identidade construída historicamente, ou a solução é a tentativa de superar o passado e construir um novo projeto? Nessas hipóteses, de transformação com crise, tal comunidade pode se valer então dos diversos instrumentos de transformação da identidade (a interpretação e a mutação constitucional, a emenda constitucional e a nova Constituição) para trilhar um novo caminho. Não sem a resistência da função normativa da identidade que existe. Mas quando o momento é tal que o grito da mudança se faz ouvir em cada casa, não é a normatividade jurídica que é capaz de conter ou direcionar tais transformações. É apenas a luta.

6 REFLEXÕES SOBRE A IDENTIDADE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: FORMAÇÃO, TRANSFORMAÇÃO E CRISE DA IDENTIDADE EMANCIPATÓRIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os capítulos anteriores tiveram como objetivo fixar uma teoria sobre a identidade constitucional e os mecanismos para sua formação e transformação. Busquei, com isso, desenvolver um instrumental que seja capaz de lidar não só com os recentes cenários de crises constitucionais que marcam diversos regimes contemporâneos, como também com fenômenos há muito estudados sob outros prismas. Neste capítulo, busco analisar como a teoria da identidade constitucional aqui desenvolvida pode ser aplicada à Constituição

brasileira de 1988, sua identidade e transformações. Não pretendo, esgotar o tema acerca das possíveis leituras da Constituição ou tratar de todas as transformações que sua identidade pode ter sofrido. Em linha com o que foi exposto nesta tese, é necessário assumir que o olhar do observador influencia diretamente a leitura acerca das narrativas sobre a Constituição vigente, de tal modo que o que se expõe pode ser pensado também como uma narrativa – que considero a mais adequada – que se soma às outras possíveis sobre nosso constitucionalismo.

No primeiro item, busco responder uma questão preliminar que diz respeito à utilidade da identidade constitucional no modelo brasileiro. Proponho que, a despeito de o sistema constitucional vigente contar com cláusulas pétreas tendentes a tutelar a identidade da Constituição, ainda assim o conceito de identidade constitucional assume relevância em determinados contextos.

Em seguida, passo à análise da identidade da Constituição de 1988 tanto na perspectiva fundacional quanto incremental, sob o ponto de vista de dois movimentos e reivindicações sociais correspondentes: o movimento LGBT e o movimento negro. Como demonstrarei adiante, esta análise situada de dois grupos de lutas pela Constituição permitirá evidenciar transformações na identidade constitucional de 1988, bem como revelar que a luta pela Constituição tem objetivos concretos: a efetivação de direitos de pessoas concretas.

Primeiramente, analiso o processo de participação destes grupos sociais na constituinte e como as conquistas e derrotas poderiam contribuir para uma leitura acerca do cânone constitucional posto – notadamente quanto às promessas constitucionais emancipatórias. Em seguida demonstro como, ao longo das décadas que sucederam a Constituição de 1988, estes movimentos foram bem-sucedidos em transformar os significados da emancipação constitucional pela via da igualdade, consolidando juridicamente suas posições antes heterodoxas.

Por fim, pretendo aplicar os conceitos de crise de identidade constitucional e de transformação com crise ao caso brasileiro. Longe de conferir respostas definitivas, o objetivo deste item é demonstrar como recentes movimentos que tem como marco o ano de 2013 podem revelar potenciais crises substanciais e procedimentais da de 1988 e de que modo a identidade constitucional tem sido posta em xeque no Brasil. Concluo, com algumas proposições básicas acerca de como as funções da identidade constitucional podem operar nesse contexto.

6.1 **Questão prévia: por que a identidade constitucional no Brasil? Riscos e possibilidades.**

A Constituição de 1988, em seu artigo 60, §4°, identificou um conjunto de matérias a princípio intangível nos planos do processo político ordinário e do processo constitucional. Estas cláusulas superconstitucionais, como expõe Oscar Vilhena Vieira, tem por objetivo "proteger a estrutura central do poder" e "impedir que mudanças constitucionais 'normais' gerem uma erosão dos princípios e valores básicos da Constituição".[816] O traço distintivo do modelo de 1988 em comparação com as constituições brasileiras anteriores, como aponta Rodrigo Brandão, foi superar a tradição de estabelecer como cláusulas pétreas tão-somente a república e a federação e voltar a proteção superconstitucional também para direitos fundamentais e para o resguardo da democracia recém-conquistada.[817] Dessa forma, a Constituição de 1988 buscaria operar de maneira expressa como uma efetiva "reserva de justiça" por meio do entrincheiramento de tais posições e valores.[818] Se assim é, , se as cláusulas pétreas identificam a estrutura básica constitucional e já estão, a princípio protegidas por uma intangibilidade do poder de reforma, qual seria então a relevância da identidade constitucional?

Uma resposta a esta questão exige desconstruir duas de suas premissas: a primeira é a de que as cláusulas pétreas esgotariam a identidade constitucional. A segundo é a de que seriam regidas por uma lógica de intangibilidade, como afirmado pelo Tribunal Constitucional Colombiano.

De um lado, é certo que as cláusulas pétreas ao buscarem resguardar determinadas posições contra as maiorias históricas, agravando, com isso, a tensão entre direito e democracia e a dificuldade intergeracional do constitucionalismo, indicam a vontade do constituinte de estabelecer, de modo expresso, aqueles traços característicos da decisão política fundamental que não poderiam sucumbir. Mas, na medida em que se toma a Constituição como verbo e não como um texto, como um processo e uma ação, e não como uma decisão pontual estabelecida em um determinado momento no tempo, então se verifica

---

[816] VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 42, p. 53–97, 1997, p. 56-57.
[817] BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 40-41.
[818] VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 42, p. 53–97, 1997.

que há mais na estrutura básica constitucional do que apenas o que as cláusulas pétreas estabelecem.

De fato, é a partir das práticas sociais, políticas e jurídicas que se desenvolvem sob o comando de um texto constitucional que a Constituição se concretiza e ilumina acerca de seus compromissos básicos e fundamentais. Isso significa dizer que é a partir da interação entre a comunidade constitucional e a Constituição que a identidade constitucional se revela como traço definidor do modelo constitucional vigente. Estes traços podem se confundir com as cláusulas pétreas, mas podem também ir além delas a depender das relações estruturais que se desenvolvam sob a Constituição.

Tome-se o próprio caso da Constituição de 1988 como exemplo. Conquanto o artigo 60, §4°, II tenha estabelecido como cláusula pétrea "o voto direto, secreto, universal e periódico", o texto constitucional silenciou acerca de outros aspectos de democracia semidireta e participativa brasileira – previstos ou não no texto constitucional. A despeito disso, a prática constitucional desde 1998 viu pluralizar os mecanismos de participação popular nas decisões governamentais.

Nessa linha, por exemplo, é emblemática a instituição da Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS, estabelecidos no âmbito federal pelo Decreto n. 8.243/2014. A política buscava fortalecer os mecanismos e instâncias democráticas (art. 1° do referido decreto), estabelecendo diversas instâncias e mecanismos de participação social – como os conselhos e comissões de políticas públicas, as audiências e consultas públicas e outros (Art. 6°). É certo que o PNPS e o SNPS não podem ser considerados "cláusulas pétreas" em nenhum sentido. No entanto, ao serem lidos como parte integrante de um constitucionalismo democrático identificado na Constituição de 1988, tais mecanismos de participação podem ser vistos como transformadores desta mesma identidade, expandindo seu significado e apontando no sentido da manutenção ou expansão destas medidas capazes de incluir e individualizar cada vez mais grupos sociais.

A identidade constitucional é conceitualmente mais abrangente do que as cláusulas pétreas.[819] Apesar de ambas revelarem aspectos do núcleo inquebrantável da

[819] Nessa linha, Ingo Sarlet afirma que, apesar de boa parte dos princípios fundamentais estabelecidos no Título I da Constituição serem considerados cláusulas pétreas, os demais podem ser reputados como limites implícitos ao poder de reforma, já que representariam "decisões essenciais sobre a forma de Estado e de governo" que não podem ser abolidos ou esvaziados, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia e "cláusulas pétreas" na Constituição Federal de 1988. **NOVELINO, Marcelo. FELLET, André (Org.).**

Constituição, as cláusulas pétreas são, como tais, limites materiais expressos ao poder de reforma que exigem previsão normativa específica para serem reconhecidas como tal. Em contraposição, em razão de sua natureza mutável e da exigência de interpretação sistemática para sua identificação, a identidade constitucional é um limite implícito às mudanças constitucionais cujo âmbito de proteção é definido a partir de disputas discursivas dentro de uma sociedade aberta de intérpretes – a comunidade constitucional. Lembre-se, ainda, que para além do aspecto jurídico, a identidade constitucional também é um conjunto de discursos e narrativas sociais e políticas, que fomentam o sentimento constitucional e a Constituição de uma comunidade constitucional. Não se trata, portanto, de conceito voltado exclusivamente para os poderes instituídos ou para as autoridades encarregadas da reforma constitucional – a identidade constitucional é tema para todas as esferas institucionais e não institucionais sobre as quais opera a Constituição.

Uma segunda lógica imprecisa da pergunta diz respeito a perceber as cláusulas pétreas como intangíveis. Essa tem sido a lógica reiteradamente mencionada neste trabalho, com referência à doutrina colombiana da substituição constitucional. De fato, seguindo as premissas daquela teoria, as cláusulas pétreas seriam intangíveis, enquanto a identidade constitucional seria insubstituível. A distinção parece cristalina em um primeiro momento: a intangibilidade significaria a impossibilidade de alterar quaisquer dispositivos superconstitucionais; enquanto a insubstitutibilidade impede que um conjunto de normas que se relacionam entre si para estabelecer um traço característico da Constituição sejam substituídas por outras com elas incompatíveis. A distinção não esclarece, contudo, que as cláusulas pétreas, como normas jurídicas firmadas no texto constitucional, estão sujeitas à atividade interpretativa. E ao estarem sujeitas, deixam de ser intangíveis. Afinal, como identificado pela tradição positivista desde Kelsen e Hart, subjaz ao direito um espaço de discricionariedade interpretativa pelo qual o conteúdo dos textos normativos é completado por uma atividade hermenêutica criativa. A depender de como se construa a ideia de "direitos fundamentais" ou de "federação", uma cláusula pétrea protegerá mais ou menos posições jurídicas.

No caso brasileiro em específico, essa perspectiva é ainda reforçada pela literalidade constitucional. Pois, ao estabelecer as cláusulas pétreas, a Constituição de 1988 não impediu às maiorias históricas tratarem dos temas que a elas se referem. A emenda que

não será objeto de deliberação é, somente, aquela "tendente a abolir" as previsões do artigo 60, §4°, incisos I a IV.[820] Como afirmou o Ministro Sepúlveda Pertence, o estabelecimento de cláusulas pétreas não significa "a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege"[821].

Não só a confusão entre cláusulas pétreas e identidade, como também a própria premissa da intangibilidade das cláusulas pétreas são conceitualmente imprecisas. E nisso se revela a utilidade do conceito de identidade constitucional mesmo no contexto, como o brasileiro, em que a Constituição estabelece expressamente sua reserva de justiça. Essa utilidade se desenvolve em dois planos: no plano jurídico; e no plano social e político.

No plano jurídico, a identidade constitucional é especialmente útil para lidar com dois fenômenos para os quais as cláusulas pétreas em si podem ser insuficientes. Primeiro, com os fenômenos já identificados das transformações incrementais da Constituição. Notadamente os modelos atuais de constitucionalismo abusivo e de jogo duro constitucional operam de forma a minar o núcleo de compromissos constitucionais sem com isso afetar direta ou expressamente as normas superconstitucionais. Como ambos os fenômenos forçam, ainda, os limites interpretativos do sistema constitucional democrático, as medidas adotadas nestes modelos podem, isoladamente, se coadunar com leituras extremamente restritas de cláusulas pétreas – o que não significa que, em conjunto, as medidas incrementais podem destruir até mesmo esse núcleo identitário. É próprio da identidade constitucional, por outro lado, exigir precisamente o tipo de análise estrutural que busca no conjunto de práticas as evidências das transformações e rupturas.

Segundo, e igualmente relevante, a identidade constitucional dá resposta ao próprio problema da interpretação das cláusulas pétreas. De fato, a interpretação de cláusulas pétreas suscita uma relevante discussão democrática. Quanto mais alargada – maximalista – for uma determinada interpretação, maior a lista de medidas excluídas do debate político ordinário e mesmo reformador. Nessa linha, as gerações futuras são limitadas em seu direito ao autogoverno, não tendo outra alternativa para tomar decisões que eventualmente lhes sejam

---

[820] Nessa linha, afirma Brandão que seria "inequívoco que não se veda", pelo artigo 60,§4°, "toda e qualquer restrição às cláusulas pétreas, mas tão somente aquelas que venham a aniquilar, tendencial ou efetivamente, a sua substância, a sua identidade, enfim, precisamente o seu núcleo essencial" BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 282

[821] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança n. 23.047, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julg. 11 fev. 1998.

centrais, senão a ruptura constitucional.[822] De outro lado, quanto mais restrita – minimalista – for uma determinada interpretação das cláusulas pétreas, menos protegido está o projeto constitucional básico, em favor das mudanças de posições e visões de cada maioria histórica.

Em sua eficácia interpretativa, a identidade constitucional como conceito jurídico é capaz de auxiliar a atividade de interpretação das cláusulas pétreas, somando às preocupações de cunho democrático, para reduzir o grau de discricionariedade interpretativa e apontar para as soluções jurídicas que melhor se coadunam com a Constituição enquanto prática e processo reais. Ou seja, ao perquirir-se sobre o significado de "direitos e garantias individuais" inseridos no art. 60, §4º, não só o intérprete poderá considerar os parâmetros de interpretação postos, como também deverá analisar quais entre as interpretações possíveis se compatibiliza com o que será tratado como a identidade constitucional emancipatória da Constituição de 1988.

As possibilidades da identidade constitucional não podem eclipsar, por outro lado, seus riscos. Duas objeções ao emprego do conceito podem ser identificadas como institucional e democrática-antidemocrática.

No plano institucional, ao somar a identidade constitucional como conceito jurídico à caixa de ferramentas disponíveis no direito nacional, surge o risco de reforçar-se a expansão do poder judiciário que, no Brasil, sequer dependeria do conceito para controlar emendas constitucionais. Deve-se lembrar, quanto a isso, que as teorias sobre identidade constitucional desenvolvidas em experiências estrangeiras buscavam contornar à impossibilidade de revisão judicial destas medidas. Ao adotar o conceito em um ordenamento em que esta dificuldade não existe, a atuação de instâncias judiciais pode ser ainda mais reforçada: atos do poder público (incluindo emendas) passam a poder ser controladas não só à luz das cláusulas pétreas, como também do conceito indeterminado de identidade constitucional.

Não é um risco negligenciável. O Brasil pós-1988 viu ascender o poder judiciário em geral, e o Supremo Tribunal Federal em específico, a ponto de autores falarem em Supremocracia,[823] Ministrocracia[824] ou mesmo Magistocracia.[825] Cada um com suas

---

[822] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia e "cláusulas pétreas" na Constituição Federal de 1988. **NOVELINO, Marcelo. FELLET, André (Org.). Constitucionalismo e democracia. Salvador: JusPodvim**, 2013.

[823] A ideia de supremocracia proposta por Oscar Vilhena Vieira propõe que a ascensão e centralidade do Supremo Tribunal Federal na política brasileira recente decorreu de fatores institucionais como "o ethos ambicioso da Constituição de 1988" e a atribuição de competências expandidas ao STF. Com isso, ainda que

particularidades, os fenômenos destacam os aspectos negativos de se transferir para juízes – inclusive juízes concretamente considerados – as decisões políticas e morais caras à sociedade. A resposta possível à objeção não envolve, contudo, abandonar o conceito de identidade constitucional – e, sim, reforçar seu aspecto não-judicial. Mais uma vez, a identidade constitucional só existe em uma comunidade de intérpretes da Constituição que é aberta. Não se resume, portanto, à posição de juízes nem é tarefa exclusiva de tribunais. Abandonar o discurso da identidade constitucional pelo receio de apropriação judicial também significa, e outro lado, abandonar seus potenciais democráticos e fomentadores do sentimento constitucional que unifica e constitui a comunidade constitucional. Quanto ao seu aspecto normativo em sentido estrito, , cautelas são necessárias e dizem respeito aos parâmetros de aplicação da identidade constitucional indicados no item 3.3.2.2. Nessa linha, ao somar à caixa de ferramentas disponível aos agentes jurídicos, a identidade constitucional também deles exige a postura deferente à democracia e à natureza mutável da identidade. E deve-se destacar, o discurso da identidade constitucional – mesmo o jurídico – estará ainda assim sujeito às disputas narrativas e interpretativas que marcam a formação desta identidade e que podem conter e contrapor as leituras identitárias que menos apelam para uma comunidade constitucional real.

O risco democrático-antidemocrático da identidade constitucional se coordena com a crítica anterior e a expande. Por um lado, o conceito de identidade que propõe continuidade, preservação e resistência se contrapõe a um ideal democrático que atribua a cada maioria histórica o direito de definir os rumos de sua vida política. Nessa linha, a identidade constitucional incorpora as objeções democráticas ao constitucionalismo como um pré-compromisso que vincula gerações que não legitimaram, pelo consenso, a decisão política

---

subsidiariamente, o Supremo teria assumido o papel de editar criar regras como efetivo legislador positivo, cf. VIEIRA, Oscar Vilhena, Supremocracia, **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441–463, 2008. Veja-se, contudo, que Vieira afirma que a Supremocracia se encontraria em crise, ao lado das demais instituições brasileiras, desde meados dos anos 2010, cf. VIEIRA, Oscar Vilhena, **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**, São Paulo, Brazil: Companhia das Letras, 2018.

[824] A ideia de ministrocracia de Werneck e Ribeiro propõe que, no âmbito do STF, concentram-se poderem substanciais em cada magistrado individualmente considerado, gerando déficits democráticos inclusive para as teorias que busquem legitimar a atuação do tribunal, cf. WERNECK ARGUELHES, Diego; MOLHANO RIBEIRO, Leandro, Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro, **Novos Estudos - CEBRAP**, v. 37, n. 1, p. 13–32, 2018.

[825] A ideia de magistocracia proposta por Mendes foge às análises puramente institucionais e propõe analisar a magistratura como um todo e, de forma mais ampla, outros atores judiciais, a partir da perspectiva dos privilégios e dos status sociais, que explicam comportamentos de natureza corporativista e antidemocráticos. Para Mendes, a magistocracia reúne cinco atributos: ela é "autoritária, autocrática, autárquica, rentista e dinástica", cf. MENDES, Conrado Hübner. Magistocracia, a "gran famiglia" judicial brasileira. **Época**, 2018

fundamental. Assim como a resposta à objeção institucional exige reforçar o aspecto não-institucional do conceito; a resposta à objeção democrática envolve reforçar a natureza mutável da identidade constitucional, que a abre para os esforços de transformação envidados por grupos sociais em torno dos significados da Constituição.

A crítica pode assumir, ainda, uma característica mais acentuada. Se poderia dizer não só que a identidade constitucional se contrapõe à democracia por limitar os impulsos transformadores das novas gerações; mas também que o conceito pode ser usado precisamente para avançar projetos antidemocráticos e contrários aos compromissos já assentados. Não é necessário ir longe para encontrar exemplo disso: Francisco Campos, já referenciado anteriormente, se valeu do conceito de identidade constitucional para, contornando a falta de uma proteção superconstitucional à propriedade, sustentar a inconstitucionalidade da reforma agrária que se promoveria sob a Constituição de 1946. Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto bem identificaram este risco da identidade constitucional[826] que, sendo apropriada por um discurso avesso à emancipação social proposta, busca conter os impulsos de inclusão de excluídos e resguardar o *status quo.* Algo de realismo jurídico é necessário para responder a esta crítica. Conquanto aberto às lutas e apesar de conter em si mecanismos para a subversão da dominação e opressão[827] estruturais, o Direito em geral representará visões dominantes em uma sociedade. Neste sentido, é inevitável que os conceitos jurídicos sejam empregados pelas camadas que não são negativamente afetadas pelo Direito como forma de manter o *status quo* e evitar transformações capazes de afetar privilégios e benefícios sociais, políticos e jurídicos. O problema com o discurso de Francisco Campos não é exatamente a identidade constitucional, porque, não fosse a identidade constitucional, é razoável crer que outras objeções jurídicas poderiam ser formuladas pelo autor para opor-se às medidas reformadoras. Ao propor um conceito de identidade constitucional aberto à emancipação social, não se estabelece o risco antidemocrático – se responde a ele. Pois a identidade constitucional é um conceito posto e utilizado, como foi por grupos contrários as transformações emancipatórias. Cabe, então, aos que estejam comprometidos com a leitura adequada dos significados da Constituição, se apropriarem deste conceito e se engajarem na disputa.

---

[826] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
[827] YOUNG, Iris Marion, **Justice and the politics of difference**, Princeton, N.J: Princeton University Press, 1990.

Nessa linha, contudo, é preciso ressaltar que, em sentido normativo estrito, a identidade constitucional não abarca toda e qualquer interpretação sobre as características básicas da Constituição. Sendo um conceito indeterminado que tem fundamento constitucional, ainda que implícito, é necessário considerar que quaisquer afirmações sobre esta identidade dependem de ser deduzida "diretamente da Constituição, considerando-se especialmente os princípios cuja abolição ou restrição poderia implicar a ruptura da própria ordem constitucional".[828]

6.2 **Lutas pela formação de uma identidade emancipatória: a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 e o caso dos movimentos negro e LGBT.**

Neste item, proponho voltar a análise para da formação da identidade da Constituição de 1988 em seu momento fundacional. Daí decorre uma primeira questão, é que definir qual seria precisamente o momento fundacional da Constituição de 1988. Em sentido estrito, a convocação da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987/1988 se dá por meio da promulgação da Emenda Constitucional n. 26 de 27 de novembro de 1985. Mas quando consideramos, sob a ótica ackermaniana, que momentos fundacionais não se resumem a um ato, e sim se revelam em processos, é possível situar o momento constitucional brasileiro um pouco antes da convocação da ANC, a partir dos impulsos políticos e sociais pela redemocratização. Usando dessa lente, é possível identificar uma primeira tentativa concreta[829] de mobilização em torno da luta por uma nova Constituição na Carta do Recife de 1971 que, segundo Daniel Sarmento, não teve maiores repercussões "até pela inviabilidade da proposta em plena fase dos 'anos de chumbo'"[830]. Entre 1977 e 1979, a proposta de uma constituinte ganha o apoio institucional do MDB, da CNBB e do CFOAB, igualmente sem

[828] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia e "cláusulas pétreas" na Constituição Federal de 1988. **NOVELINO, Marcelo. FELLET, André (Org.). Constitucionalismo e democracia. Salvador: JusPodvim**, 2013.
[829] BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1989, p. 452.
[830] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 156

lograrem serem institucionalizados. A luta contra a Constituição de 1967/1969 e a luta por uma nova Constituição parecem se consolidar, nessa segunda metade da década de 70.[831]

Alguns autores apontam, no entanto, a luta pelas *Diretas Já* de 1983/1984[832] como uma primeira manifestação relevante da sociedade brasileira a propulsionar o movimento pró-constituinte[833]. Isso situaria a gênese de nosso momento constitucional não no final da década de 1970, mas sim no início dos anos 80. Ocorre que, como os movimentos anteriores, mesmo as Diretas Já, em uma lógica ackermaniana, não teriam sido capazes de capturar uma instância institucional – o que para Ackerman é essencial se o que se busca é definir a existência de um momento constitucional[834].

Nessa interpretação restrita seria mais adequado identificar na eleição indireta de Tancredo Neves e José Sarney o primeiro passo instaurador desse momento – diante do compromisso formal assumido pela Aliança Democrática no sentido de convocar a Assembleia Constituinte.[835] Com a eleição de Tancredo Neves, de fato o movimento social organizado e generalizado logra capturar uma instituição para liderar a transformação constitucional.

Parece-me que definir o início do momento constitucional que culmina na promulgação da Constituição de 1988 é, de um lado, problemático, e, de outro, pouco útil. Problemático porque envolverá uma dose relevante de arbitrariedade. [836] Todos os eventos indicados parecem contribuir para o movimento em torno de uma Constituição e indicar um deles como marco inicial do momento constitucional pode implicar reduzir outros – inclusive fatores não citados. Afinal, fora do espaço institucionalizado, também no campo da sociedade

---

[831] O que não se confunde com a luta política contra o regime autoritário, que nasce junto com o golpe de 1964, incluindo a resistência armada ao regime.

[832] Paulo Bonavides e Paes de Andrade argumentam, no entanto, que desde o início dos anos 80 caminhavam nas ruas tanto a campanha pela constituinte, quando a campanha pelas diretas. E, nessa linha, os autores sustentam que a segunda teria ofuscado a primeira, "e de certo modo retardo em cerca de cinco anos o coroamento do ato convocatório do primeiro dos poderes soberanos" BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1989, p. 452.

[833] *Ibid*. p. 445. Ainda segundo Sarmento, vale ressaltar que em 1977 o tema da constituinte é retomado pelo MDB, que aprova a proposta de sua convocação em sua convenção partidária.

[834] ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

[835] BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1989; SARMENTO; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[836] Nessa linha a conhecida afirmação de Le Goff, realizada no prefácio à obra de Marc Bloch, no sentido de que "a história é busca, portanto escolha", cf. LE GOFF, Jacques, Prefácio, *in*: BLOCH, Marc (Ed.), **Apologia da história, ou, O ofício de historiador**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

civil se organizavam movimentos de luta pelo Direito que se converteriam em lutas pela Constituição.

Lembre-se, nessa linha, que desde 1974 o Brasil iniciara o processo de transição "lenta, segura e gradual" para o regime democrático, com a retomada e renovação de movimentos de oposição[837]. O triênio 1977-1979 é profícuo nesse processo de efervescência social. O surgimento e organização do movimento dos metalúrgicos do ABC paulista em 1977[838] mobilizou, entre 1978 e 1979, 3 milhões de trabalhadores em uma greve que abalou o regime militar. Na mesma época, surgia também o movimento homossexual brasileiro, cujo marco é a fundação do jornal Lampião da Esquina em 1978[839] e a formação do grupo Somos, em 1979[840]. Depois de ser sufocado nos anos 60, também em 1978 renova-se e ressurge o movimento negro no brasil, com a criação do Movimento Negro Unificado[841]. Todos estarão presentes, como se verá a seguir, no processo constituinte, disputando seus espaços no texto constitucional em favor de pautas igualitárias.

Importa notar, no entanto, que seja no final dos anos 70, seja no início dos anos 80, surge um discernível momento constitucional brasileiro, caracterizado por impulsos de negação da Constituição vigente em favor de um novo projeto.[842]

Se pode haver dúvidas quanto à caracterização de um ou outro evento como instaurador de nosso momento constitucional, não há como contestar que, uma vez instaurada a ANC, a luta contra o regime de 1967/1969 converteu-se definitivamente em uma luta por uma nova Constituição. O processo de pura negação cede centralidade, às disputas que tem por foco definir o conteúdo do novo texto constitucional. Cede-se a centralidade, mas a

---

[837] CARVALHO, José Murilo de, **Cidadania no Brasil: o longo caminho**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 182.
[838] *Ibid*. p. 184.
[839] Antes, em 1963, Agildo Guimarães editara uma das primeiras publicações destinadas a homossexuais no país – *O Snob*, distribuído gratuitamente na Cinelândia e em Copacabana. Segundo Green e Polito, o jornal teve vida relativamente longa, cessando suas publicações em 1969 com o endurecimento do regime, cf. GREEN, James Naylor; POLITO, Ronald, **Frescos trópicos: fontes sobre a homossexualidade masculina no Brasil, 1870-1980**, Rio de Janeiro, RJ: José Olympio Editora, 2004.p.155.
[840] CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 17.
[841] PIRES, Thula Rafaela de Oliveira, **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos.**, Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2013. p. 106.
[842] Apesar de, como se verá adiante, haver forças políticas e sociais que desejavam um "novo projeto" com cara de velho.

negação não desaparece – os trabalhos da ANC já partem de uma negação do passado, com o descarte do anteprojeto da comissão de notáveis que levava o nome de Afonso Arinos.[843]

As lutas políticas travadas, então, no seio da ANC – que vão envolver tanto procedimento,[844] quanto conteúdo[845] - são reveladoras da natureza conflitiva dos momentos constitucionais de natureza fundacional. Como relata a literatura, a ANC brasileira mobilizou sobremodo o imaginário popular, contando com a participação direta de cidadãos, movimentos sociais e toda sorte de grupos de interesse que buscavam maximizar a representação de seus interesses na Constituição.[846] Tamanha atenção contribuiu, por certo, para embates acalorados que envolveram especialmente o eixo econômico da Constituição de 1988 – dada a descrença dos atores políticos na possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais[847]. O fato é, contudo, que o momento constitucional da ANC condensou as três etapas do processo de luta pela Constituição – a Constituição (como ideia) foi ponto de partida a mobilizar movimentos sociais diversos; foi (como instrumento) pensada para a efetivação de suas pautas; e coroou (como ponto de chegada) algumas de suas pautas.

A atuação de dois movimentos, com resultados e conquistas distintos, expõe essa afirmação e nos permite analisar, mais adiante, como a transformação da estrutura básica da Constituição vai além de momentos fundacionais. Trata-se do movimento negro e do movimento de lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros (LGBT+)[848].

---

[843] Sobre o anteprojeto, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instaurada pelo Decreto n. 91.450/1985, afirmam Paulo Bonavides e Paes de Andrade que: "em verdade, o trabalho da Comissão recebeu do governo o tratamento de um relatório ou documentário em ão propriamente de um anteprojeto, qual fora concebido por Afonso Arinos. Ao invés de remete-lo a futura Constituinte, como era de esperar, Sarney simplesmente o enviou, por despacho presidencial, (...) ao Ministério da Justiça, onde provavelmente ficou arquivado" p. 454.

[844] A exemplo da discussão primeira acerca da participação, na ANC, dos senadores eleitos no pleito de 1982.

[845] Notadamente os embates em torno do eixo econômico do novo modelo constitucional.

[846] BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1989; PILATTI, Adriano, **A Constituinte de 1987 - 1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; SARMENTO; SOUZA NETO, SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[847] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 173.

[848] Aqui as siglas LGBT e LGBT+ serão usadas de maneira indiscriminada. Historicamente, apesar de reunir indivíduos que compartilham de experiências de vida e de discriminação distintas, o movimento tem sido tratado em conjunto a partir desta "sopa de letrinhas" FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas? movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90**. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Garamond, 2005.

6.2.1 Os movimentos negros na constituinte e a igualdade que não foi: o caso das ações afirmativas.

Considere-se, inicialmente, o movimento negro. Como relata Lélia Gonzalez, a partir do golpe de 1964 o movimento negro é desarticulado e perseguido pelo regime, sendo lançado em uma "semiclandestinidade isolada das organizações propriamente clandestinas"[849], na medida em que mesmo essas organizações contavam com poucos negros em sua formação. Nessa linha, ainda segundo Gonzáles, "a turma só se encontrava socialmente para biritar e falar de generalidades"[850]. Com a perseguição às elites intelectuais negras – de que o autoexílio de Abdias do Nascimento seria exemplar – o movimento se reestruturaria a partir do final dos anos 60, especialmente pela influência do movimento negro norte-americano. [851]

Esse processo de reorganização semiclandestina dos movimentos negros é intensificado nos anos 70 e culmina na fundação do Movimento Negro Unificado Contra a Discriminação Racial (MNU) em junho de 1978, especialmente a partir da articulação de associações cariocas como a Quilombo, Renascença Clube, Núcleo Negro Socialista, Centro de Estudos Brasil-África (CEBA) e Instituto de Pesquisa das Culturas Negras (IPCN).[852]

A despeito de seu pluralismo interno, o MNU teve atuação articulada no seio do processo constituinte, buscando avançar sua pauta de combate ao mito da democracia racial, organização política da população negra, luta pela introdução da História da África e do Negro do Brasil nos currículos escolares entre outros[853]. Thula Pires destaca, a este respeito, que a Convenção Nacional do Negro, realizada em 1986, definiu as prioridades a serem levadas à ANC, que envolviam:

> 1) a obrigatoriedade do ensino de história das populações negras na construção de um modelo educacional contra o racismo e a discriminação; 2) a garantia do título de propriedade das terras ocupadas por comunidades quilombolas; 3) a criminalização do racismo; 4) a previsão de ações compensatórias relativas à alimentação, transporte,

---

[849] GONZALEZ, Lélia, O movimento negro na última década, *in*: **Lélia Gonzalez: primavera para as rosas negras**, 1. ed. [s.l.]: Filhos da África, 2018, p. 142–179. p. 154.
[850] *Ibid*. p. 154.
[851] *Ibid*.
[852] *Ibid*. p. 162.
[853] PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos.** Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2013, p. 109-110.

> vestuário, acesso ao mercado de trabalho, à educação, à saúde e aos demais direitos sociais; 5) liberdade religiosa; e, 6) a proibição de que o Brasil mantivesse relações com os países que praticassem discriminação e que violassem as Declarações de Direitos Humanos já assinadas e ratificadas pelo país.[854]

A partir de um estudo detido do processo constituinte, Pires destaca como os trabalhos, desde a Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, envolveram a maciça presença de representantes de movimentos sociais e acadêmicos dedicados à questão negra, que pautaram textos originariamente generosos em termos de reconhecimento de direitos de negros brasileiros. Nessa linha, além dos 11 constituintes negros que atuaram diretamente na constituinte, participaram das audiências públicas na Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias representantes do movimento negro (entre os quais Murilo Ferreira,[855] Lídia Melo,[856] e Orlando Costa[857]) e acadêmicos entre os quais Lélia Gonzalez,[858] Helena Teodoro, Florestan Fernandes (ele mesmo um congressista constituinte)[859].

A questão racial foi analisada naquela subcomissão sob diversas perspectivas, partindo do pressuposto da estratificação social brasileira sobre o conceito de raça. Lélia Gonzáles expôs a questão:

> A sociedade que se construiu no Brasil é como a sociedade que se estratificou racialmente. Vemos que no Brasil, as relações de poder se dão de uma forma absolutamente hierárquica. É uma sociedade hierárquica que temos, sociedade onde cada um reconhece o seu lugar; é a sociedade do "você sabe com quem está falando"? Ou uma sociedade cuja língua aponta para esta hierarquia porque nossos representantes têm de chamar-se mutuamente de Excelência. Aqueles que se encontram numa hierarquia superior, temos que mudar o tratamento, porque esta história de tu e você só com os nossos iguais. Vejam que a própria língua aponta para essas diferenças, para essas desigualdades que se estabelecem numa sociedade hierárquica como a nossa. Hierárquica do ponto de vista das relações de classe; hierárquica do ponto de vista das relações sexuais, porque sabemos o papel da mulher dentro desta sociedade, fundamentalmente da mulher negra; e hierárquica do ponto de

---

[854] *Ibid*. p. 111.
[855] Representante da Fundação Afro-Brasileira do Recife.
[856] Representante do Centro de Estudos Afro-Brasileiros – CAEB.
[857] Representante do Instituto Nacional Afro-Brasileiro – INABRA.
[858] Nas palavras da constituinte Benedida da Silva, "uma das mais brilhantes antropólogas que os negros puderam conhecer na história da sociedade brasileira" (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 7ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, 1987.p. 55).
[859] *Ibid*.

> vista social. Porque se no vértice superior desta sociedade, que detêm o poder econômico, político e social, de comunicação, educação e cultural, neste vértice superior se encontra o homem branco ocidental, no seu vértice inferior vamos encontrar, de um lado, o índio e, do outro lado, o negro.[860]

Como destaca Pires, o Anteprojeto de Constituição que surge a partir dos debates da subcomissão acolhe substancialmente as pautas apresentadas pelos diversos representantes do movimento negro. Na área de educação, cultura, direitos sociais e promoção da igualdade, a pauta dos movimentos negros avança[861]. Pilatti[862] destaca, no entanto, que o processo constituinte envolveu lutas e entraves entre linhas autodeclaradas progressistas e aquelas conservadoras que buscavam uma nova Constituição predominantemente semelhante ao modelo anterior. Nesse embate, diversas das pautas vinculadas ao combate ao racismo foram paulatinamente excluídas do texto constitucional – notadamente os dispositivos que estabeleceriam expressamente as políticas de ação afirmativa.[863]

O aspecto de lutas e resistências que marca o processo constituinte é bem representado já em suas últimas etapas, quando, apresentado um projeto pronto para votação (o "Projeto de Constituição A"), os setores conservadores da ANC se mobilizam para, de maneira bem sucedida, alterar o regimento interno da ANC com o objetivo de desfazer os avanços progressistas do texto constitucional[864]. A vitória procedimental, contudo, não se converte em completa vitória substancial. Pelo contrário, o texto do projeto – que a essa altura havia suprimido a referência às ações afirmativas de caráter racial e a criminalização do racismo; mantendo, em contrapartida, o objetivo de superação dos preconceitos de raça[865] – é

---

[860] *Ibid*. p. 55.
[861] PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos.** Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2013.
[862] PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987 - 1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
[863] Discorro sobre os avanços desta reivindicação no item 6.3.2. Para uma visão ampla de como a pauta dos movimentos negros se desenvolveu no processo constituinte, remeto novamente a PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos.** Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2013..
[864] PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987 - 1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1989.; SARMENTO; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
[865] PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos.** Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2013.

acrescido pela emenda aditiva 2P00654-O de Carlos Alberto Caó, que (re)inclui a previsão do crime de racismo no texto constitucional.[866]

Da mobilização para participar ativamente na ANC até a representação no texto constitucional de reivindicações históricas do movimento negro, a luta pela Constituição no momento constituinte brasileiro revela a síntese de disputas travadas naquele processo. Apesar de pautas como a promoção de ações afirmativas e compensatórias haverem sido excluídas, naquele momento, da Constituição de 1988; demandas voltadas à educação e cultura,[867] bem como ao combate ao racismo[868] e proteção do direito à terra de comunidades quilombolas[869] restaram consolidadas pela primeira vez na história do Brasil.

Por um lado, é fato que os impulsos progressistas que marcaram as primeiras fases do processo constituinte foram contrapostos pela resistência conservadora, com a formação do Centrão, que por diversas manobras buscou retroceder em tais pautas.[870] De outro lado, o insucesso, ainda que parcial, dessa contrainvestida – graças a luta travada naquela instância – permitiu a aprovação de um texto constitucional de 1988 que, como efetivamente promulgado, estabeleceu um novo ponto de partida, não antes existente, para o desenvolvimento das lutas por igualdade racial.[871]

O resultado das lutas do movimento negro naquele momento fundacional merece destaque porque demonstra, como será visto, que o fim do momento constitucional fundacional não implicou o fim da evolução do princípio da igualdade, em sua perspectiva racial, no Brasil. De fato, o princípio da igualdade se transforma após 1988, avançando o projeto emancipatório para além dos revezes do momento constituinte. Por meio de lutas travadas pelos movimentos negros – notadamente ao redor da pauta das ações afirmativas – a igualdade será expandida e transformada ao longo dos anos, acolhendo as perspectivas que até

---

[866] *Ibid*. p. 128.

[867] Notadamente a proteção das manifestações culturais afro-brasileiras (Art. 215, § 1º, CRFB) e o ensino de história que considere "as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro" (art. 242, § 1º, CRFB).

[868] Inserido tanto como princípio regente das relações internacionais do Estado brasileiro (Art. 4º, VIII, CRFB), quanto como crime inafiançável (Art. 5º, XLII, CRFB).

[869] Artigo 68, ADCT.

[870] BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1989; SARMENTO; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos.** Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2013..

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1989, p. 460.

1988 seriam heterodoxas no plano constitucional e transformando a leitura corrente acerca do projeto emancipatório constitucional.

6.2.2 O movimento LGBT+ na constituinte: o momento constitucional que não aconteceu.

Se a atuação do movimento negro na constituinte colheu frutos valiosos levados ao texto constitucional, o mesmo não pode se dizer com relação ao movimento LGBT+. Digno de nota, de início, que a sigla LGBT+ é recente. Sequer em sua formulação anterior (GLS – Gays, Lésbicas e "Simpatizantes") é possível encontrar referências ao movimento social na constituinte. De fato, como reconhecido pelo próprio deputado constituinte Luiz Salomão,[872] o movimento LGBT+ no Brasil encontrava-se, nos tempos da constituinte, em uma fase sensível por não menos que dois fatores.

O primeiro fator era seu curto tempo de estruturação do movimento. Como visto, é só em 1978/1979 que as primeiras organizações *gays* surgem no Brasil – representadas pela fundação do jornal Lampião da Esquina e a formação do grupo Somos. Como identificado por Cardinali[873], até então a postura adotada pelas minorias sexuais era a de não institucionalização e predominantemente antissistema.[874] Em contraposição, apesar do movimento negro encontrar na fundação do MNU, no mesmo período, um importante marco de reorganização, as lutas por direitos de pessoas negras e sua organização antecede os

[872] "... tenho compromissos com grupos homossexuais do Rio de Janeiro de defender a sua causa e até me sinto um tanto inadimplente, porquanto os trabalhos nesta Casa nos têm absorvido muito e sequer tenho respondido às solicitações que me vêm desses grupos do Rio de Janeiro. E tenho compromisso com esses cidadãos basicamente porque estou empenhado na democracia. (...) Essa questão é particularmente grave, no momento em que há uma história coletiva com relação a essa doença que vem apavorando a todos – a AIDS – e que particularmente estigmatiza os homossexuais. (...) O que me parece, como Constituintes, é que devemos preservar, sobretudo nesta Comissão, tão importante, a questão da liberdade de opções, sem preconceitos, até porque a luta dos homossexuais no Brasil esta apenas engatinhando. É muito recente. Só recentemente os homossexuais se organizaram e conquistaram as suas primeiras vitórias, mas ainda há uma longa estrada, inúmeros obstáculos a vencer, para atingirmos situações parecidas com as de outros países." ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 12ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, 1987. p. 118.

[873] CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

[874] Em parte, esse fenômeno pode ser atribuído aos altos custos de organização até então existentes. Como identificado por William Eskrdige Jr., no contexto americano, a mobilização estatal e social do estigma contra grupos marginalizados criam incentivos para que grupos marcados pela marginalização não se organizem institucionalmente sob pena de perseguição e intensificação da discriminação, cf. ESKRIDGE, Channeling. Como se depreende das leituras dos anais da constituinte, o discurso antihomossexual foi incisivo e marcou diversas reuniões em que se buscava impedir que a proibição de discriminação por orientação sexual figurasse no texto constitucional.

tempos da ditadura e podem ser reconduzidas mesmo às revoltas de escravizados do século, com as primeiras organizações do movimento surgindo ainda na década de 1930.[875]

Ao curto tempo de mobilização se somava a crise de saúde que acometia a população LGBT – especialmente os homens gays – no mundo inteiro. Em 1987, a crise da AIDS atingia seu auge, matando milhares de homossexuais todos os anos e ainda sem um horizonte claro de tratamento. Consequência da crise era o fortalecimento de estigmas relacionados à homossexualidade, igualmente reforçando a discriminação e reprovação social.

Não surpreende que a representação LGBT na constituinte tenha sido reduzida em comparação com o que aconteceu com os movimentos negros. O único representante do movimento homossexual a se apresentar nas audiências públicas da constituinte foi João Antônio de Souza Mascarenhas, representante do grupo carioca Triângulo Rosa e também fundador do Lampião da Esquina. A pauta "homossexual" – como foi então tratada – acabou por depender da atuação de parlamentares não diretamente associados ao movimento – com destaque, como se verá, para Benedita da Silva, José Paulo Bisol e Luiz Salomão. Coube especialmente a estes responder às investidas substanciais de constituintes da ala conservadora que não concebiam da hipótese de se tomar a homossexualidade como tema constitucional.

Note-se, a essa altura, não cabe mais falar em representantes LGBT na constituinte, e sim em representantes do movimento homossexual.[876] De fato, são poucas as referências às lésbicas[877] e bissexuais[878]. Pessoas transexuais, por sua vez, não só deixam de

---

[875] GONZALEZ, Lélia. O movimento negro na última década. *In*: **Lélia Gonzalez: primavera para as rosas negras**. 1. ed. [s.l.]: Filhos da África, 2018, p. 142–179.

[876] GORSDORF, Leandro Franklin, Direitos "LGBT" e a identidade do sujeito constitucional, *in*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.), **Direito constitucional brasileiro**, São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

[877] As poucas que surgem são pejorativas, como a menção feita pelo Sr. Nyder Barbosa que, após mencionar o "estímulo a proliferação de princípios que atingem a moral", como o "homossexualismo masculino" e o "problema do lesbianismo", avança para discorrer sobre "a atitude do ditador Fidel Castro, de Cuba, que acabou com o homossexualismo (...). Simplesmente acabou com essa prática que julgo altamente nociva à formação dos bons princípios de moral e dos costumes" (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 23ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais**, 1987.p. 229). Outras menções são feitas pelo constituinte Costa Ferreira – também em tom pejorativo (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 7ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias,** .p. 34 e ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 10ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais**, 1987. p. 88) e pelo constituinte Eliel Rodrigues, que afirmou ser a "influência homossexual – lésbica ou outra do gênero – (...) um fermento na sociedade", acrescentendo que "a inflûencia dos homossexuais é perniciosa". (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE**, Ata da 23ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais**. p. 230).

[878] O constituinte Costa Ferreira, mais uma vez, citou a bissexualidade pontualmente em meio ao seu discurso contrário ao que considerou "exageros como esse" ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 7ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias.p. 34),

ser representadas na constituinte, como são estigmatizadas tanto pelos detratores, quanto pelos apoiadores da causa homossexual. Nessa linha, o constituinte Costa Ferreira, que teve intensa atuação contrária à pauta homossexual, inicialmente confunde homossexuais (gays e lésbicas) e pessoas transexuais no debate que envolvia a inclusão da expressão "orientação sexual" como um dos critérios de discriminação proibidos pela Constituição:

> O homossexual masculino sai por aí vestido de mulher, com peruca loura, sapato alto e tudo o mais!... Lésbicas saem vestidas de homem, cortam o cabelo, usam barba!... Quem é que está discriminando essa gente? E ainda é preciso colocar essa expressão, "orientação sexual" na Carta Magna, para tudo isso ficar mais ostensivo? Aí, sim, haveria discriminação! [879]

Em "defesa" da proposta de inclusão, de relatoria do Constituinte José Paulo Bisol, o constituinte Lysâneas Maciel deixa ainda claro o pouco tato que o debate constituinte tinha com relação às pessoas transexuais (e homossexuais):

> Em nenhum momento, também, ouvi, quer em conversas particulares, quer em manifestações públicas, esse eminente, íntegro, respeitado e profundamente culto homem público, o Senador José Paulo Bisol, que honra a Assembleia Nacional Constituinte, defender o homossexualismo, a prática caricata do travestismo. Na verdade, está havendo uma certa confusão. Essa caricatura do travestismo que anda por aí não beneficia ninguém.[880]

O próprio Sr. Mascarenhas, representante do movimento homossexual na constituinte, argumentou que era necessário esclarecer que "muitas vezes, na imprensa, vemos o estabelecimento de uma falsa sinonímia entre o homossexual e o travesti-prostituto. Na

---

"perversões sexuais" (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE**, Ata da 10ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais**. p. 87). O constituinte José Fernandes também mencionou a bissexualidade como algo que considerava um dos "comportamentos pouco naturais" (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Ata da 23ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. p. 231).A constituinte Benedita da Silva mencionou a bissexualidade ao defender a inclusão da expressão "orientação sexual" entre os critérios proibidos de discriminação na constituição (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 9ª Reunião Ordinária da Comissão da Ordem Social**, 1987. p. 106)

[879] ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 11ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**, 1987..

[880] *Ibid*.p. 89.

imprensa, em geral, não dizem prostituto, que é a principal característica dele" [881]. Fazendo referência a Roberta Close, o expositor prosseguir para afirmar que

> (...) Por mais feminino que seja, por mais silicone que use, por mais hormônios que tome, por mais elegantes as roupas femininas que vista, continuará sendo homem. E, mais ainda, parece que ele [sic] não é transexual. O transexual é aquele que faz a mudança cirúrgica de sexo, que ele pretende que seja de sexo, mas não é. [882]

Nessa linha, não parece apropriado falar na participação ampla de minorias sexuais e de gênero na constituinte, senão na pontual representação de uma parcela do movimento – envolvendo a pauta *gay* – naquele momento fundacional. O que não significa dizer que o debate tenha sido, ainda assim, fácil. Na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a própria legitimidade de uma exposição feita por um homossexual foi posta em questão. Confira-se, neste sentido, a fala do constituinte Ubiratan Spinelli:

> Sr. Presidente, teremos de ouvir o diretor de Comunicação Social do Grupo Carioca de Libertação Homossexual Triângulo Rosa. Logicamente teremos de ouvi-lo. É um direito que assiste a todos de participar das comissões. Mas temos que ver até que ponto esse tema é atinente à Constituição. A pessoa tem liberdade sexual, mas temos de ver até que limite vai o assunto nesta Subcomissão, inclusive na própria Constituição, para que isso não se transforme em deboche. [883]

A despeito disso, o Sr. Mascarenhas teve a oportunidade de apresentar uma pauta associada ao movimento homossexual. E, segundo ele, a reivindicação feita à ANC seria "simples" e "única": a inclusão de "expressa proibição de discriminação por orientação sexual"[884] na nova Constituição. Nessa linha, defendia-se o reconhecimento específico da sexualidade no texto constitucional – em detrimento de propostas mais amplas como a de vedação à discriminação por qualquer "particularidade social"[885]

---

[881] ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 6ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais**, 1987.
[882] *Ibid*.
[883] *Ibid*.
[884] *Ibid*.
[885] *Ibid*.Para além do princípio geral de vedação à discriminação por orientação sexual, O Sr. Mascarenhas somava ainda nove pautas especificamente voltadas À legislação ordinária: (1) a restrição da legítima defesa da honra às hipóteses de perigo iminente de vida (como forma de impedir o uso da exculpante como legitimador de homicídios contra pessoas homossexuais); (2) a exclusão de ilicitude da prática de atos sexuais em "lugares escuros e de pouco movimento"; (3) a criminalização da discriminação por orientação sexual no trabalho; (4) a garantia de acesso a qualquer estabelecimento de ensino civil ou militar; (5) o impedimento de obstáculos À

É notório como mesmo essa demanda sofreu forte oposição, tanto na Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e das Mulheres, quanto na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Na primeira, a atuação do constituinte Costa Ferreira[886] se destacou no sentido contrário à proibição de discriminação por orientação sexual. [887] Para o constituinte, a reivindicação do movimento sexual no sentido de incluir a expressão "orientação sexual" na Constituição seria uma camuflagem que buscava legitimar a prática de "suas libidinagens publicamente e até simulares casamentos", configurando uma "aberração constitucional"[888]. Mesmo na subcomissão voltada para as minorias, a questão da sexualidade encontrou resistências e preconceitos. O sr. Natalino C. de Melo, representante da INABRA, sustentou que:

> Eu, como negro, não me considero minoria, sou maioria marginalizada, social, política e economicamente. Não aceito, por exemplo, a agregação dos negros brasileiros às minorias, até porque esta vinculação de negro à minoria tem uma conotação colonialista e racista, colocar o negro, por exemplo, ao lado do homossexual. Se me perguntarem: você é contra a discriminação ou vai praticar a discriminação? Não, até porque dentro do contexto da raça negra quero que alguém me prove se nos navios

---

custodia de filhos, na hipótese de separação dos cônjuges; (6) a criminalização da recusa de venda de mercadorias ou prestação de serviços para pessoas homossexuais; (7) a criminalização das ameaças, menosprezos, insultos, perseguições ou demonstrações de ódio contra homossexuais; (8) a criminalização de ameaças fundadas na divulgação de aspectos íntimos da vida particular; (9) a criminalização da ridicularização em espetáculos, programas ou anúncios de teatro, cinema, radio, imprensa e televisão, contra pessoas homossexuais.

[886] Assim que se instaura a discussão, na 4ª Reunião da Comissão, em 27.05.1987, o constituinte faz longa exposição em que afirmou: "Aqui também há um outro problema, o do homossexual. Fala-se em discriminação. Na sociedade não devemos discriminar ninguém, mas entendemos a discriminação até certo ponto. Por exemplo, se uma pessoa faz um concurso e é aprovada, deve ser chamada para assumir o seu emprego, não importando que seja homossexual ou o que for. O que importa é que passou e, como pessoa da sociedade, deve ser preservado e garantido o seu direito. Agora, defender um sargento que foi expulso da Polícia do Exército por ter sido apanhado cometendo pederastia passiva, a título de discriminação, é querer confundir discriminação com libidinagem, com imoralidade. (...) Não aceitamos discriminação de espécie alguma, nem com o idoso, nem com o religioso, nem com o homossexual, mas também não aceitamos, de maneira alguma, que se modifiquem os padrões e os níveis de compreensão para implantar-se uma nova ordem que, por certo, irá liquidar com a estrutura moral deste País. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 4ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**, 1987.p. 17).

[887] Por certo, Costa Ferreira não foi o único a se posicionar nesse sentido. O constituinte João de Deus associou homossexuais a figura de "homens desavergonhados, que perderam seus sentimentos e que se inflamaram na sua sensualidade, e andam até tentando, em algumas partes do mundo – quem sabe se no Brasil, amanhã, teremos isso? – o casamento entre homossexuais, homem com homem, mulher com mulher" (*Ibid*.p. 20). O constituinte José Fernandes afirmou "Sou daqueles que advogam que a Constituição tem que dar, realmente, liberdade aos que quiserem praticar o homossexualismo, mas isso deve ser colocado no texto constitucional de tal forma que não gere condições que venham a prejudicar o heterossexual." (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 11ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**, 1992).

[888] ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 11ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**, 1987.

> negreiros, nos quilombos, nas senzalas, existia a prática do homossexualismo, que desconheço no meio da nossa raça.[889]

Em contrapartida, constituintes como José Paulo Bisol[890], Luiz Salomão e Benedita da Silva viriam a reiteradamente defender as propostas de proteção às pessoas homossexuais e, por vezes, bissexuais. Assim, no debate acerca da inclusão da expressão "orientação sexual", Bisol denunciou que excluir os termos não implicaria senão legitimar a discriminação contra homossexuais.[891] Em aparente resposta à manifestação do Sr. Natalino Melo, Benedita da Silva destacou a importância de que a Subcomissão acolhesse a pauta homossexual, afirmando, inclusive sob o recorte racial:

> Eu conheço negros homossexuais, eu conheço negros deficientes, eu conheço negros de toda a sorte que possa haver neste nosso País. E quando nós estamos tratando dos homossexuais, das minorias, do deficiente, nós estamos tratando da questão racial e, se nós aprofundarmos, historicamente, nas condições em que vivem, hoje, os nossos negros, veremos que é numa condição terrível. [892]

---

[889] ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 7ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias**, 1987 p. 75.

[890] Em resposta às provocações de Costa Ferreira, Bisol afirmou: "Quanto ao problema da família, o nobre Constituinte estranhou a expressão "união estável", como se ela incluísse a possibilidade de uniões entre homossexuais. Nobre Constituinte. não estou preocupado com as uniões dos homossexuais. Se eles querem fazer, que as façam! Desde que isto não se converta num escândalo social, é um direito deles. A palavra "casamento" também não evita, em si mesma essa expressão. Porque eles falam em casamento! Tenho lido nos jornais e até ouvi um Constituinte, aqui, falar: "Estamos permitindo casamento de homossexuais?" Meu Deus, não se trata disso! Apenas se trata de dizer que os homossexuais são seres humanos! E aqui disseram até que é uma questão de nascimento. Não vou a tanto. Acho que é mais um problema cultural e de formação. Mas, não entro em discussão. O que eu quero dizer é que os homossexuais não me perturbam. Acho que eles são pessoas humanas. E creio que ninguém tem o direito de não empregar um homem competente por ser ele um homossexual! É isto" (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 9ª Reunião Ordinária da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**, 1987.p. 58).

[891] "Vou dar um exemplo: orientação sexual. A palavra está ali, objetivamente, e tem esse sentido, isto é, já está popularizada no sentido de que não se faça discriminação quanto aos homossexuais. Os homossexuais são uma minoria na sociedade brasileira. O artigo visa proibir as discriminações que prejudicam as minorias. (...) Então, não estou admitindo discriminações entre pessoas ou entre grupos. Porém, de repente, quero discriminar um grupo, o dos homossexuais. Quem quiser discriminar este grupo terá que achar uma saída para essa questão lógica. Ela é uma aporia lógica. E vou dizer qual é a saída. Tem que apresentar emendas, mais ou menos, nesse sentido: "É permitida a discriminação dos homossexuais". Sejamos moralmente responsáveis. Se quiserem retirar a orientação sexual do juízo geral da proibição das discriminações tirem-na, mas por exceção, não por manejos obscuros e caminhos tortuosos! (...) Acho que está faltando – digo isso com humildade – um pouco de lógica no raciocínio, está faltando um pouco de aprofundamento. Mas, repito, se apresentarem uma emenda honesta, dizendo que a lei permitirá a discriminação dos homossexuais, e se ela passar na votação, eu a acrescentarei. Só que eu vou registrar que não foi por minha culpa, é claro – não vou carregar perante a História esta responsabilidade" (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 10ª Reunião Ordinária da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**, 1987.p. 79).

[892] ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 7ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias**, 1987, p. 77.

Ainda, após afirmar seu compromisso com grupos homossexuais do Rio de Janeiro, o constituinte Luiz Salomão sustentara a necessidade de que a nova Constituição reconhecesse "a homossexualidade como um fato natural", e um particularmente grave "no momento em que há uma história coletiva com relação a essa doença que vem apavorando a todos – a AIDS – e que particularmente estigmatiza os homossexuais"[893].

A questão da AIDS surgiu em diversos momentos nos debates constituintes.[894] Como já afirmado, à época da constituinte a crise da AIDS atingia seu apogeu, matando milhares de homossexuais todos os anos e sem qualquer perspectiva de cura. A doença ainda não era compreendida e apenas há pouco tempo, nos Estados Unidos, iniciava-se o ainda experimental e tóxico tratamento com a medicação AZT[895]. Diante da epidemia enfrentada em diversos países e que atingia especialmente homens que faziam sexo com outros homens, a associação da doença à homossexualidade era constante entre os que buscavam fundamento para alegar que os homossexuais eram marcados pela "depravação".[896]

Tendo em vista a pauta "única" de inclusão do princípio da não discriminação por orientação sexual na Constituição, o momento fundacional de 1988 foi marcado pela derrota das reivindicações de minorias sexuais. A inclusão da expressão "orientação sexual" apenas ocorreu no Anteprojeto da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais – que, como afirmara Pires, acolheu a parte substancial das pautas levadas à subcomissão[897]. O texto

---

[893] ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 12ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais**, 1987, p. 118.

[894] Não apenas nas discussões envolvendo sexualidade, como também nos debates sobre políticas públicas de saúde. De fato, a AIDS foi reiteradamente usada como exemplo, por expositores na subcomissão temática sobre saúde e na Comissão de Sistematização, como uma das diversas dificuldades, do ponto de vista da saúde, a serem endereçadas pela constituição (nem sempre com referência à homossexualidade). Preocupação também apresentada reiteradamente dizia respeito à transmissão de AIDS por transfusão de sangue.

[895] A chamada "era dos antirretrovirais" se inicia precisamente com o lançamento do medicamente AZT, nos Estados Unidos, no mesmo ano de 1987, cf. LAURINDO-TEODORESCU, Lindinalva. **Histórias da AIDS no Brasil: 1983-2003**. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, 2015.

[896] Confira-se, nessa linha, a fala do constituinte Antônio de Jesus: "Tenho em mãos o jornal O Globo, que notícia que, de mil e duzentos presos na 5a Delegacia do Rio de Janeiro, cem estão infectados pelo vírus da AIDS. O galpão da 5a Delegada, segundo o Desipe, grande número de detentos homossexuais. Então, a AIDS – isto é indiscutível – e uma maldição resultante, até, desses desvios sexuais" (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 11ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**, 1987, p. 87_. Na mesma linha, a fala do constituinte João de Deus: "A AIDS, o câncer são pragas que têm descido do céu por causa da imoralidade, da sem-vergonhice de certos elementos, que conseguiram colocar no seio da nossa sociedade coisas que até então não tínhamos" (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 4ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**, 1987, p. 21). A constituinte Dirce Tutu Quadros, na Subcomissão dos Direitos e Garantias igualmente afirmou ser a AIDS uma "consequência" do "homossexualismo" (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 12ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais**, 1987)

[897] PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos.** Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica

estabelecia um princípio da igualdade perante a lei, bem como a punição de qualquer tipo de discriminação – incluindo a discriminação por orientação sexual.

Da mesma forma, o Anteprojeto de Constituição apresentado à Comissão de Sistematização manteve a referência à orientação sexual, afirmando que "ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de (...) orientação sexual (...) e qualquer particularidade ou condição social.

A menção à orientação sexual, no entanto, desaparece no 1º Substitutivo de Projeto de Constituição (Cabral 1)[898]. Na Comissão de Sistematização, o constituinte José Genoíno buscou ainda apresentar a emenda n. ES21953-7 e, posteriormente, a emenda n. 2P021225-6, em Plenário, com o objetivo de reinserir a expressão no texto constitucional. Em ambos os casos, as emendas foram rejeitadas maciçamente.[899] E sem qualquer proteção expressa a minorias sexuais, foi aprovado o texto constitucional.

Vê-se que enquanto o movimento negro logrou o reconhecimento de algumas de suas pautas no texto final da Constituição de 1988, a história da participação LGBT+ na constituinte foi de derrota. Por manifestação expressa da maioria dos congressistas constituintes, optou-se por excluir a orientação sexual como critério de proteção abarcado pelo princípio da igualdade e não-discriminação. De tal modo que, se de um lado as ações afirmativas como medidas de promoção da igualdade foram negadas como parte integrante do projeto constitucional emancipatório, também a proteção de minorias sexuais foi excluída do projeto originário de 1988.

O momento fundacional, no entanto, não esgota o processo de formação e transformação da identidade constitucional. Na medida em que o princípio da igualdade passa, então, a ser lido como parte estruturante do modelo constitucional de 1988, abre-se espaço para a transformação de seus significados e, com eles, dos significados nucleares da Constituição. Como se verá a seguir, essas transformações foram centrais para migras ideias constitucionais do local de absoluta heterodoxia para o de ortodoxia menos de trinta anos depois de promulgada a Constituição.

---

do Rio de Janeiro - PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2013.

[898] ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Projeto de Constituição. Primeiro substitutivo do rela**tor, 1987.

[899] Como relatam Alexandre Melo Franco Bahia e Daniel Moraes dos Santos, a primeira ementa foi rejeitada por 61 votos a 32, enquanto a segunda emenda foi rejeitada na sessão plenária por 317 votos a 130 (sendo 14 abstenções).

6.2.3 Uma identidade para a nova Constituição: um projeto conservador ou emancipatório?

Já é lugar comum afirmar que a Constituição de 1988 representou o apogeu da redemocratização no Brasil[900], situando-a entre as constituições surgidas em momentos de transição de regimes – da ditadura militar que perdurou por mais de vinte anos, para um modelo democrático. Já em seu preâmbulo, a Constituição busca sua legitimidade no povo brasileiro, representado pela assembleia constituinte. E também a carta inicia seu texto declarando abertamente os objetivos substanciais da república brasileira: o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito, a proteção de direitos fundamentais, a promoção de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos e comprometida não só com a ordem interna, como também com a ordem externa. Se, por um lado, a doutrina constitucional brasileira não identifica no preâmbulo constitucional maior relevância jurídica, a síntese que o preâmbulo da Constituição de 1988 realiza já indicia que espécie de identidade constitucional o constituinte de 1988 pretendeu instaurar naquele momento.

Mas as leituras da Constituição de 1988 nunca foram unívocas. Atualizando o pensamento de autores como Oliveira Vianna, alguns viram a Constituição de 1988 com o ceticismo de quem considera seus objetivos emancipatórios como se fossem "traduzidos do francês"[901], escondendo o fato de que a nova Carta não teria trazido grandes alterações para a sociedade política brasileira. Para outros, a Constituição de fato substituiu o modelo antes vigente por um centrado na dignidade humana, na promoção da igualdade e da liberdade, na superação das injustiças históricas que marca o Brasil.

Pode-se identificar, na primeira corrente, a visão cética de Carlos Ari Sundfeld sobre a Constituição de 1988. Para o autor, haveria uma idealização ao redor da Constituição de 1988 e de seu caráter garantista que esconderia seu verdadeiro traço definidor: tratar-se de um modelo de constitucionalismo chapa branca. Para Sundfeld, "o conteúdo da Carta de 1988 é menos para proteger o cidadão frente ao Estado que para defender essas corporações e organismos contra as deliberações governamentais e legislativas"[902]. De fato, Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto[903] afirmam que a própria consagração dos direitos

---

[900] Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto falam no "coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia" cf. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012..

[901] VIANNA, OLIVEIRA, **O idealismo na constituição**, Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.

[902] SUNDFELD, Carlos Ari, **Direito administrativo para céticos**, São Paulo: Malheiros, 2014.

[903] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de**

fundamentais da forma como se deu na Constituição de 1988 apenas foi possível porque a ala constituinte conservadora não imaginava que sua previsão fosse gerar qualquer efeito prático (afinal, as Constituições da ditadura também continham extensas declarações de direito). Sendo assim, para Sundfeld, o verdadeiro compromisso do constitucionalismo chapa-branca da Constituição de 1988 seria com a governabilidade, estando sempre marcado pelo risco da crise "para atacar se e quando o compromisso enfraquecer". Ao lado do ceticismo constitucional, uma crítica ideológica dirigida à Constituição, apontada por Christian Lynch e Jorge Chaloub, reconhecia seu caráter progressista para, com base nisso, acusá-la de anacrônica por consagrar "um programa socializante sabidamente superado pelos acontecimentos históricos"[904].

A posição de Sundfeld não é em absoluto desconectada da realidade. Juliano Zaiden Benvindo e Alexandre Araújo Costa[905] demonstraram que as ações judiciais de controle de constitucionalidade que predominam perante o Supremo Tribunal Federal versam em sua absoluta maioria sobre interesses corporativos expressos pelo texto de 1988 e não, como a visão "idealizada" da Constituição de 1988 poderia sugerir, discussões envolvendo direitos fundamentais, democracia e as aspirações constitucionais básicas. Como alerta o próprio professor Sundfeld, no entanto, o estudo da Constituição exige ir além de seu texto – e, acrescento a partir do exposto nesta tese, além da atuação judicial – para compreender o fenômeno constitucional[906] como tem sido praticado.

A análise da trajetória da comunidade constitucional brasileira – e não do texto ou de uma prática judicial específica – permite revelar uma Constituição alinhada com o compromisso emancipatório sobre o qual se sustenta esta tese e cujo germe pode ser localizado no preâmbulo constitucional.[907] Foi no marco de 1988 que a sociedade brasileira

---

trabalho. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[904] LYNCH, Christian Edward Cyril; CHALOUB, Jorge, Constituição cidadã: trinta anos por um triz, **Insight Inteligência**, n. 83, p. 40–53, 2018. p. 45.

[905] BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo, A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais, **SSRN Electronic Journal**, 2014.

[906] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014.

[907] Não se trata, aqui, de ignorar as diversas leituras atribuídas à constituição, além das aqui mencionadas. A este respeito, Dimoulis e Lunardi identificaram três sentidos correntes associados à Carta de 1988: uma constituição liberal-patrimonialista, uma constituição dirigente-transformadora, uma constituição principiológica e judicialista, uma constituição chapa-branca, uma constituição simbólica e uma constituição ubíqua. A linha aqui adotada se aproxima das premissas transformadoras identificadas pelos autores, mas com ela não se confundem – não se trata tão somente de afirmar a constituição como um comando transformador para o Estado, como também como uma ferramenta das lutas sociais por direitos. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya, Teorias explicativas da Constituição Brasileira, *in*: VIEIRA, Oscar Vilhena *et al* (Eds.), **Resiliência Constitucional:**

caminhou no sentido de universalizar a saúde e a educação básica gratuitas; erradicar a fome e a miséria; democratizar o acesso ao ensino superior; avançar na proteção de comunidades tradicionais; avançar na proteção de minorias e grupos vulneráveis. Estas conquistas podem ser pensadas sob diferentes óticas – como resultado de bons governos, ou de movimentos sociais atuantes. Na linha do afirmado nesta tese, no entanto, é possível ler diversos avanços sociais, políticos e jurídicos como resultado de lutas pela Constituição de 1988 que surgem de maneira crescente e expandida desde sua promulgação.

Essas não são lutas pela Constituição chapa branca de Sundfeld. Não porque a visão do autor esteja necessariamente equivocada – pelo contrário, a carta de 1988 de fato traz, em seu texto, uma plêiade de dispositivos voltados a assegurar privilégios e resguardos corporativos ou patrimonialista.[908] A luta pela Constituição de 1988 não é uma luta por uma Constituição chapa branca porque desde sua promulgação diferentes setores da sociedade brasileira buscaram se apropriar da gramática constitucional – não pelos seus defeitos, mas apesar deles – para expandir o processo de emancipação social. Em uma sociedade extremamente desigual, estabelecida por uma Constituição que pode ter deixado de dar soluções específicas para este problema, indivíduos e grupos puderam encontrar na Constituição o ponto de partida e o instrumento para as mudanças que consideraram necessárias.

Longe de pretender conferir uma leitura unívoca à identidade da Constituição de 1988, proponho analisar seu conteúdo, características e funções em consonância com os casos de transformação que serão objeto deste estudo. Tratando-se de empreitada que não é puramente técnico-jurídica, mas também envolve um exercício discursivo e de imaginação, esta proposta não nega outros esforços de interpretação – ora podendo complementá-los, ora disputando com eles o acerto.

No plano do conteúdo, parece possível identificar na Constituição de 1988, inicialmente a característica de uma Constituição militante. [909] Trata-se, como afirmou Cléve, de uma Constituição que confere uma resposta para o passado e uma proposta para o futuro.[910]Não só o preâmbulo, mas especialmente o artigo 3º da Constituição firma como objetivos constitucionais a superação de um status quo reconhecido pelo texto: o da

---

compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual., 1. ed. São Paulo: Direito GV, 2013.

[908] Nessa linha, a leitura liberal-patrimonialista, cf. nota de rodapé supra.

[909] JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

[910] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. [s.l.: s.n.], 2012.

desigualdade, da pobreza, da marginalização, da discriminação. A militância constitucional, tem direção e sentido definidos: a Constituição aponta um ideal de emancipação social – a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de superar as desigualdades e discriminações. [911] Nessa linha, a Constituição de 1988 de fato estabelece um ideal ético ao redor do qual se constitui a comunidade constitucional.

Ainda no campo do conteúdo, uma definição mais profunda da identidade constitucional de 1988 exige também voltar a atenção às cláusulas pétreas definidas no artigo 60, §4º do texto constitucional. Como já afirmado anteriormente, as cláusulas pétreas indicam a vontade expressa do constituinte de estabelecer um núcleo constitucional identitário mínimo. [912] Elas não esgotam a identidade constitucional – na medida em que são elas mesmas conceitos jurídicos dotados de amplo grau de indeterminação. Mas apontam os mínimos intangíveis a partir dos quais é possível avançar para a análise do que seria insubstituível. A federação, o voto, a separação dos poderes e a proteção de direitos individuais confirmam caráter constitucional da Constituição de 1988 – seu alinhamento com os ideais do constitucionalismo – e indicam, ainda, elementos de conteúdos substancial, como os direitos fundamentais – e procedimental – a democracia e a federação. A identidade relacional da Constituição, por sua vez, pode encontrar seus primeiros indícios também no texto constitucional, cujos preâmbulo, inciso II e IX do artigo 4º, parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 5º e artigo 7º do ADCT demonstram uma abertura cosmopolita da Constituição ao direito internacional e às outras experiências constitucionais.[913]

Tudo o que aqui se disse, contudo, diz respeito ao texto da Constituição de 1988, e não à sua prática. Como a construção da identidade constitucional exige construção de narrativas e discursos pela comunidade constitucional sobre seu conteúdo, definir precisamente o que se insere em tal identidade exige ir além do texto, compreendendo então a Constituição como um processo histórico. Sem pretender esgotar a definição deste conteúdo identitário, avanço nos itens seguintes para analisar algumas características da Constituição de 1988, buscando compreender como determinados elementos de seu conteúdo têm estado sujeitos a transformações nas últimas três décadas.

---

[911] Em linha semelhante com a pretensão transformacional da constituição indiana, como analisado no Capítulo 3.

[912] GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livr. Almedina, 1993. ; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2012

[913] SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

6.3 **Luta pela transformação da identidade emancipatória. Ações afirmativas e direitos LGBT+, da heterodoxia à ortodoxia constitucional.**

Como visto, a Constituição de 1988 contrapôs discursos e narrativas sobre seus objetivos, suas características, sua identidade – chapa-branca ou transformadora, anacrônica ou emancipatória. A controvérsia do resultado do processo constituinte indicada, já, que estas lutas não teriam fim naquele momento. De fato, a Constituição de 1988 era substancialmente semelhante aos regimes que lhe antecederam – mas no que se diferenciava, foi central. A preocupação com a democracia e a centralidade dos direitos fundamentais – a que reiteradamente se fez referência nos diversos estudos sobre a carta, inclusive na perspectiva topográfica – pautaram o desenvolvimento de uma gramática constitucional emancipatória que, apropriada por movimentos sociais, permitiu ir além das limitações do processo constituinte. Este item retoma os casos dos movimentos LGBT e do movimento negro para pensar como a atuação social, política e jurídica destes grupos contribuiu para transformar a identidade emancipatória da Constituição, aprofundando o projeto constitucional, transformando as teorias constitucionais heterodoxas em ortodoxas e garantindo, com isso, a efetivação de direitos para pessoas reais que integram uma comunidade constitucional brasileira.

6.3.1 A evolução dos direitos LGBT no pós-88: do momento fundacional negado à transformação incremental inclusiva.

A trajetória dos direitos LGBT no Brasil é marcada, como já visto, pela articulação dos movimentos sociais desde o final dos anos 1970. Partindo da proposta de Regina Facchini, Daniel Cardinali analisou esta trajetória a partir de três ondas deste movimento social: a primeira marcada pelo seu surgimento, ainda no contexto da ditadura militar; a segunda relacionada à epidemia da AIDS que culmina na articulação dos processos de luta por reconhecimento sexual na Constituinte; e a terceira onda em que "o movimento se institucionaliza e profissionaliza, construindo alianças com o Estado e formulando um discurso reivindicatório marcado pelo pragmatismo e pela linguagem de direitos"[914]. Como

[914] CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

visto, a segunda fase – a atuação constituinte – não resultou no reconhecimento e proteção textual das demandas e grupos LGBT. E de fato, a proteção jurídica destes grupos antes e após a constituinte era deficitária. A ortodoxia jurídica vigente partia de leituras tradicionais (e conservadoras) do direito para afirmar, no campo do direito civil, teses como a de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo como ato jurídico efetivamente inexistente, tamanha a violação à moral e ordem pública que tal ato causava. No campo do direito penal, Ainda que a criminalização da homossexualidade tenha se limitado ao Código Penal Militar, [915] a condição homossexual era reiteradamente referida em termos degradantes. [916]

Embora (ou porque) menos visível, tampouco se via vitórias entre a população trans – grupo dentro da comunidade LGBT que sofre marginalização histórica extrema –cujo reconhecimento jurídico de suas identidades era reiteradamente recusado pelos Tribunais. [917]

Longe de desmobilizarem os movimentos sociais, o quadro de insucessos teve como resposta social a maior mobilização social, política e jurídica em torno do reconhecimento jurídico de suas reivindicações e existências. Essas articulações perpassaram a organização de paradas do orgulho *gay*, [918] a organização de coletivos de conscientização,

---

[915] Trata-se do crime de pederastia, que segue vigente no Código Penal Militar conquanto a expressão "homossexual ou não", constante do tipo penal, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADPF n. 291. Green e Polito destacam, contudo, que de fato fora apresentada proposta de criminalização de "atos libidinosos entre indivíduos do sexo másculo". A proposta, contudo, foi retirada do projeto que se converteria no Código Penal de 1940 (GREEN, James Naylor; POLITO, Ronald. **Frescos trópicos: fontes sobre a homossexualidade masculina no Brasil, 1870-1980**. Rio de Janeiro, RJ: José Olympio Editora, 2004).

[916] Sequer é necessário, de fato, retroceder muito no tempo para identificar construções jurídicas calcadas na discriminação e no preconceito contra pessoas LGBT. Veja-se, neste sentido, a construção de Silvio de Salvo Venosa publicada ainda em 2007, já à luz da Constituição de 1988: "A Constituição como o art. 1723 do Código Civil, também se refere expressamente à diversidade de sexos, à união do homem e da mulher. Como no casamento, a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência. Desse modo, afasta-se de plano qualquer ideia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei. O relacionamento homossexual, modernamente denominado homoafetivo, por mais estável e duradouro que seja, não receberá a proteção constitucional e, consequentemente, não se amolda aos direitos de índole familiar criados pelo legislador ordinário. Eventuais direitos que possam decorrer dessa união diversa do casamento e da união estável nunca terão, ao menos no atual estágio legislativo, cunho familiar real e verdadeiro, situando-se, acentuadamente no campo obrigacional, no âmbito de uma sociedade de fato" (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. 6º Vol. São Paulo: Atlas, 2006.).

[917] Como expõe Ligia Fabris, no Brasil, até 1997, não se podia falar em qualquer direito específicos reconhecido em favor de pessoas trans. Até mesmo a realização de cirurgia de transgenitalização poderia ser considerada não só como ilícito civil, mas também crime, por implicar "amputação em virtude da retirada de órgão saudável do corpo" (CAMPOS, Ligia Fabris, Direitos de pessoas trans no Brasil e na Alemanha: a construção tortuosa de um direito fundamental à identidade de gênero, *in*: LEAL, Fernando (Org.), **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**, Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2019, p. 78–102.p. 83).

[918] Literalmente a conversão dos desígnios sociais de vergonha em orgulho, como teorizada por Honneth, cf. HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.

[919] a eleição de parlamentares vinculados com as pautas LGBT, a tradução jurídica das demandas do movimento LGBT perante as instituições, entre outros.

É notável que, diferente do que ocorria na primeira onda do movimento LGBT – surgida no ambiente ditatorial – esta articulação não rejeitava o Estado ou as vias institucionais. Pelo contrário, se baseou em uma apropriação do ordenamento jurídico, seja por meio de pautas em favor de políticas públicas estatais, seja pelo apelo direito ao discurso jurídico-constitucional.[920] E aqui se revela um primeiro aspecto relevante das lutas dos movimentos LGBT como lutas pela Constituição: no lugar de rejeitar a Constituição de 1988 – cujos autores-constituintes por maioria esmagadora decidiram excluir esses grupos sociais da proteção constituinte expressa – a população LGBT apropriou-se da Constituição tanto como ponto de partida, quanto como instrumento de suas lutas. Como ponto de partida, observe que os movimentos LGBT identificaram nas promessas emancipatórias constitucionais – envolvendo desde a proteção da dignidade da pessoa humana, do princípio da não-discriminação, da promoção da igualdade, do direito à saúde e da proteção da família – suas expectativas normativas de inclusão prévia. Nessa linha, mesmo que a identidade constitucional ainda fosse alheia à especificidade das demandas LGBT, em sentido mais amplo seu ideal emancipatório foi tomado como suficiente para acolher esta comunidade e, mais, de gerar nestes grupos a expectativa de se afirmarem como parte do sujeito constitucional.

Como instrumento, então, os movimentos LGBT se apropriaram do discurso jurídico para formular suas pautas. Nessa linha, a discussão envolvendo políticas públicas de combate à AIDS não pode ser dissociada da reformulação que o direito à saúde sofreu com a Constituição de 1988. De fato, como afirmam Teoderescu e Teixeira, o surgimento as políticas de saúde para a AIDS é impulsionado pelo debate envolvendo a criação do SUS ainda em meados dos anos 80.[921] As lutas por políticas públicas de combate a AIDS podem ser lidas, assim, como lutas por efetivação do direito à saúde, articulada não só pelos

---

[919] As estratégias de conscientização como forma de visibilização de discriminações e de incentivo à ação coletiva foi historicamente empregada, também, por movimentos feministas ao redor do mundo. Conferir: BARTLETT, Katharine T., Feminist Legal Methods, **Harvard Law Review**, v. 103, n. 4, p. 829, 1990.

[920] No campo das políticas públicas, destaca-se a luta pelo direito à saúde no contexto da epidemia de AIDS, mencionada a seguir. No campo jurídico, merecem ser ressaltadas as estratégias recentes adotadas especialmente perante o Judiciário buscando o reconhecimento de demandas históricas incluindo a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo (ADI n. 4.277); o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas trans (ADI n. 4.275 e RE n. 845779) e a criminalização da homofobia (MI n. 4.733).

[921] LAURINDO-TEODORESCU, Lindinalva. **Histórias da AIDS no Brasil: 1983-2003**. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, 2015.

movimentos sociais como também pelo próprio movimento sanitarista que ganhava força à época. [922]

Da mesma forma, as disputas envolvendo o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e o direito ao reconhecimento da identidade de pessoas trans assumiram, no campo institucional (e especialmente judicial) uma faceta expressamente jurídica. Se por um lado a proteção à família integra parte relevante dos valores substantivos constitucionais, então por outro o movimento LGBT propôs repensar o conceito de família, para nele incluir também a população historicamente marginalizada. [923] Se o reconhecimento da identidade individual é parte relevante da dignidade da pessoa humana, então o movimento LGBT propôs repensar o nome e o sexo como constitutivos dessa identidade, trazendo-os para o núcleo da ordem de valores constitucionais. [924] Tudo almejando um ponto de chegada: a consolidação de uma leitura da Constituição, que não há muito tempo seria heterodoxa, como a visão estabelecida e aceita institucionalmente.

É certo que a articulação dos movimentos LGBT pode ser classificada adequadamente como uma luta pela Constituição. Mas o caminho desde as manifestações sociais e políticas até a transformação dos elementos da identidade constitucional substancial brasileira, no que diz respeito aos direitos LGBT, se desenvolveu a partir de uma longa trajetória marcada por lutas que envolveram uma pluralidade de agentes institucionais e poucas rupturas drásticas. Esse incrementalismo na transformação da identidade constitucional revela, de um lado, aspectos de resistência institucional que são próprios de sistemas e identidades constitucionais estabelecidas. De outro, demonstra também como as instituições, sem abalos políticos ou constitucionais sísmicos, podem de maneira incremental reduzir tais resistências à luz das mudanças sociais crescentes.

Pode-se falar em transformação incremental dos direitos LGBT no Brasil sob duas perspectivas: no plano temporal, com relação à transformação evolutiva de conceitos jurídicos em geral e constitucionais em especial; e no plano institucional, com relação à pluralidade de instituições envolvidas neste tipo de transformação.

No plano temporal, já se referiu aqui ao fato de que, à luz de fatos históricos, a vontade de proteger a população LGBT não podia ser identificada no constituinte originário. Pelo contrário, se alguma vontade foi ali manifestada, era no sentido de refutar esse tipo de

---

[922] *Ibid*.
[923] Reconhecimento institucionalizado por meio do julgamento na ADI n. 4.277.
[924] Cf. ADI n. 4.275.

proteção. Os casos das uniões homoafetivas e do reconhecimento da identidade de gênero de pessoas trans demonstram, no entanto, como conceitos jurídicos foram transformados até chegar-se a uma transformação dos próprios elementos da identidade constitucional substancial brasileira.

No caso das uniões homoafetivas, estas transformações são sentidas a partir dos conceitos de igualdade, família, união estável e casamento. Como aponta, novamente, Daniel Cardinali, quando pessoas do mesmo sexo buscaram o reconhecimento de seus modelos familiares perante o Judiciário, encontraram ali, inicialmente, portas fechadas. Em meados dos anos 90, no entanto, já se verifica entre tribunais o reconhecimento destas uniões como sociedades – situando as relações no âmbito do direito societário e não do direito de família. A articulação de movimentos sociais, no entanto, se converte também para a linguagem jurídica quando propõe-se repensar teses antigas – como a da inexistência de casamento entre pessoas do mesmo sexo – a partir de realidades em transformação. De tal forma que, paulatinamente, os tribunais começam a reconhecer em diversos casos direitos previdenciários, relacionados a planos de saúde, e até mesmo a validade de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo com fundamento nos mesmos princípios constitucionais que, décadas antes, seriam considerados como inaplicáveis às hipóteses.[925] De modo que, quando o Supremo Tribunal Federal enfim decide pelo reconhecimento constitucional desse modelo de família, ele nada mais faz que coroar um processo histórico relativamente longo a partir do qual um aspecto específico da identidade constitucional substancial brasileira foi transformado.[926] Dito de outra forma, entre as primeiras decisões reconhecendo algum direito patrimonial entre casais do mesmo sexo e o acórdão da ADI n. 4277, transcorreram décadas de evolução incremental nos discursos e narrativas da comunidade constitucional acerca da população LGBT. Uma evolução incremental que é sentida até no plano das estatísticas – entre 2010 e 2016, o apoio ao casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil praticamente dobrou, de acordo com algumas pesquisas.[927]

Da mesma maneira, a evolução do direito à requalificação de nome e sexo de pessoas trans seguiu uma trajetória de construções paulatinas. Que por serem paulatinas, vale

---

[925] CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

[926] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 0, n. 29, 2016.

[927] ALVES, Cíntia, **Em 6 anos, cresce número de apoiadores do casamento gay e legalização do aborto.**, GGN, disponível em: <https://jornalggn.com.br/sociedade/em-6-anos-cresce-numero-de-apoiadores-do-casamento-gay-e-legalizacao-do-aborto/>, acesso em: 2 jan. 2020.

dizer, não eram menos sofridas. De fato, a falta de uniformidade era marca nos processos de requalificação ajuizados nas diversas comarcas do Brasil. Para alguns juízes, a cirurgia de redesignação sexual deveria ser exigida como condição para a requalificação. Para outro, era essencial a apresentação de laudos psicossociais atestando a "condição trans".[928] Em outros processos, exigia-se ainda a juntada de fotos da autora ou do autor, de modo a permitir a "constatação" pelo julgador acerca da legitimidade do pedido. É emblemático que, ainda em 2016, por ocasião do início do julgamento do RE n. 845.779[929], um dos ministros do STF tenha indagado seus pares cerca da aparência da recorrente para aferir, enfim, se tinha havido efetivo desrespeito à sua identidade feminina. Também nesse caso se pode dizer que o julgamento do STF colheu da experiência de diversos casos julgados ao longo de décadas as respostas sobre a pergunta posta na ADI n. 4.275[930] – que tratava especificamente da requalificação. Aqui, na verdade, o STF foi além do debate difundido na jurisprudência para afirmar também o direito de requalificação independentemente até mesmo de medidas judiciais.[931] Isso se relaciona, no entanto, com outra faceta da evolução incremental, que envolveu uma pluralidade de agentes institucionais na transformação da identidade constitucional neste aspecto.

De fato, o incrementalismo nas transformações envolvendo o movimento LGBT é sentido, também, no plano institucional. Seria equivocado ignorar que as articulações do movimento LGBT não se restringiram ao campo judicial. A inclusão social de pessoas LGBT se deu, em larga medida, por meio de políticas públicas adotadas em diferentes esferas federativas.[932] Notadamente, a expansão de políticas de saúde para a população LGBT – estabelecidas gradualmente desde 1983 e consolidada pela Lei n. 9.313/1996, que estabeleceu a Política Nacional de Medicamentos para a AIDS, dando efetividade ao direito à saúde de

[928] FREIRE, Lucas, Sujeitos de papel: sobre a materialização de pessoas transexuais e a regulação do acesso a direitos, **Cadernos Pagu**, n. 48, 2016.
[929] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 845.779, Relator Min. Luis Roberto Barroso. O recurso não foi julgado até a data de encerramento deste trabalho.
[930] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.275, Relator Min. Marco Aurélio, julg. 1 mar. 2018.
[931] Notadamente diante da posição adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e comentada em seguida.
[932] Nessa linha as políticas públicas desenvolvidas pelos poderes executivos em vários níveis federativos para a inclusão de pessoas LGBT, a exemplo do Rio Sem Homofobia, no Estado do Rio de Janeiro; do programa Transcidadania, no município de São Paulo; e do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT, do governo Federal, todos estabelecidos em meados dos anos 2000.

uma população que recentemente fora dizimada pela AIDS[933] – contribuiu para o combate aos estereótipos e às autopercepções degradadas dessa comunidade. Mesmo se considerada na estrutura do próprio Poder Judiciário, também a evolução dos direitos LGBT envolveu não só o STF, mas principalmente juízes e tribunais estaduais que, de forma variada, responderam às reivindicações sociais construindo a partir dos conceitos jurídicos então disponíveis. E, por fim, o caso da requalificação jurídica de pessoas trans envolveu também instituições internacionais. É que, às vésperas do julgamento da ADI n. 4.275, a Corte Interamericana de Direitos Humanos elaborou a Opinião Consultiva n. 24/2-17[934], em que afirmou o direito, com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos, de requalificação jurídica de pessoas trans independentemente de medidas judiciais – ou seja, realizado administrativamente. O STF acabou por acolher esta tese, contribuindo para transformar a um só tempo a identidade substancial da Constituição de 1988 e a sua identidade relacional – dialogando expressamente com a CIDH.

Além de incremental, a transformação da identidade constitucional avançada pelos movimentos LGBT atingiu diretamente o princípio constitucional da igualdade sem, com isso, causar uma crise constitucional identificável. Como já afirmei, não se pode dizer que a transformação capitaneada pelos movimentos LGBT tenha se dado sem crises. Pessoas trans estão nesse exato momento sujeitas à intensa marginalização social, como também se encontravam anos atrás. Casais de pessoas do mesmo sexo sofrem um quadro de violência e insegurança que ultrapassa a média da população heterossexual. Sem falar nas dezenas de milhares de brasileiros que sucumbiram à AIDS poucas décadas atrás. A crise anda lado a lado dos movimentos sociais marginalizados, e não é diferente com os movimentos LGBT. Nessa linha, o sofrimento de injustiça – na alma e no corpo – é parte de nossas vidas enquanto pessoas LGBT.

Mas nem toda crise é uma crise constitucional. E, de fato, é difícil encontrar na trajetória constitucional dos direitos LGBT, desde a promulgação da Constituição, um momento determinado de crise constitucional. É certo que disputas sobre significados constitucionais se desenvolveram,[935] mas nada que fuja substancialmente do cotidiano constitucional e da dinâmica social que confronta heterodoxias e ortodoxias constitucionais.

---

[933] LAURINDO-TEODORESCU, Lindinalva. **Histórias da AIDS no Brasil: 1983-2003**. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, 2015. Segundo os autores, esta mesma política permitiu, ainda, a projeção internacional brasileira como caso-referência de tratamento da AIDS à época.

[934] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva,** n. 24/2017, 24 nov. 2017.

[935] Estas disputas marcam cada avanço no sentido de expandir o princípio da igualdade.

Seria necessário deparar-se com uma contestação difundida na sociedade ao longo dos anos que pusesse em xeque os valores que, segundo a comunidade LGBT, estariam sendo violados para poder falar em uma crise propriamente dita que tivesse antecedido tais transformações. Veja-se que a experiência comparada mostra uma realidade totalmente oposta. A discussão envolvendo o casamento gay nos Estados Unidos, anos antes e anos depois da decisão brasileira, povoou os noticiários e debates entre estadunidenses sobre os significados da Constituição americana, a ponto de Klarman falar em um *backlash* específico causado por decisões favoráveis às populações LGBT no início dos anos 2000.[936]

Não se pode dizer que as pautas LGBT não tocam profundamente concepções morais de pessoas e grupos que integram a comunidade constitucional brasileira. Não só o país é predominantemente cristão[937] – o que em si já indicaria uma inclinação moral distante das reivindicações destas minorias –mas em termos mais específicos o Brasil é o país que mais mata pessoas LGBT no mundo.[938] Como, então, uma transformação da identidade constitucional brasileira que passa a incluir e reconhecer tais pessoas e reivindicações ocorre sem contestações generalizadas sobre o significado dos compromissos e aspirações constitucionais? Pode haver explicações diversas para esses fenômenos. Na linha do que já foi afirmado nesta tese, o caso LGBT parece reunir três condições para uma transformação da identidade sem crise constitucional.

De fato, o caso das uniões estáveis homoafetivas revela (1) uma pauta não posta em evidência no debate público; [939] (2) uma luta desenvolvida em espaços institucionais que ainda contavam com relativo pouco destaque na esfera pública; [940] e (3) uma transformação que, ao seguir uma linha incremental, dificultou a resposta articulada e imediata dos setores contrários a estas demandas. Apesar de a discussão social e legislativa sobre o casamento gay não ser estranha ao contexto brasileiro, não se pode identificar à época

---

[936] KLARMAN, Michael J. Brown and Lawrence (and Goodridge). **Michigan Law Review**, v. 104, n. 3, p. 431–489, 2005.

[937] Os dados mais recentes do IBGE, divulgados em 2010, dão conta de uma população com mais de 80% de pessoas cristãs. Os dados estão disponíveis em < https://sidra.ibge.gov.br/tabela/137>. Acesso em 21 jan. 2020.

[938] QUEIROGA, Louise, Brasil segue no primeiro lugar do ranking de assassinatos de transexuais, **O Globo**, 2018.

[939] Não significa que o movimento LGBT já não pautasse a discussão – pelo contrário, cf. CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. ; FACCHINI, Regina; FRANÇA, Isadora Lins. De cores e matizes: sujeitos, conexões e desafios no Movimento lgbt brasileiro. p. 28, 2009. Isso não significa, no entanto, que a pauta estivesse "na boca" do povo, como demonstra o levantamento realizado e apresentado no item 6.3.3.

[940] No caso especifico, o STF em processo de ascensão institucional.

indícios de que haveria uma iminência de decisão pelo STF sobre o tema.[941] Salvo nos círculos mais restritos da sociedade civil que acompanhava a pauta do Supremo, a ADI n. 4.277 não era tema de debate.[942] Isso está relacionado, em segundo lugar, com o fato de que o STF, no início de 2011, ainda estava em meio ao processo de ascensão institucional enquanto relevante agente político e social. [943] Com efeito, salvo pelo excepcional caso do mensalão, é possível sustentar que o Poder Judiciário em geral e o STF em especial começava a demonstrar sua relevância para o tecido social brasileiro e a ocupar as páginas de jornais e as manchetes dos noticiários.[944] Por fim, pode-se dizer que, na medida em que a decisão do Supremo coroou um processo que juridicamente já vinha se desenvolvendo há mais de uma década, não houve uma ruptura substancial na continuidade da Constituição que pudesse pôr em xeque o apego aos valores constitucionais de 1988 – o que se revela, aliás, por um placar unânime pela procedência da demanda, a despeito de divergências ideológicas claras entre os ministros.

Coordenados, estes três fatores parecem não só ter contribuído para evitar uma crise constitucional que tenha antecedido a decisão na ADI 4.277, como também evitaram uma crise constitucional após a decisão – ou seja, uma resposta institucional no sentido de impedir a transformação substancial da identidade constitucional brasileira. Nesse sentido, não há como concordar com a leitura emprestada por Juliana Cesário Alvim Gomes[945] e Daniel Cardinali [946] sobre as respostas – por meio de *backlash* institucional ou contramovimentos - aos julgados do STF. Ambos os autores identificam diversos elementos que demonstram a formação de grupos voltados a responder (e superar) a decisão do STF que coroou um processo de transformação da identidade constitucional que expandiu a proteção de pessoas LGBT. A articulação da Frente Parlamentar Evangélica, o combate incisivo a políticas públicas contra a homofobia nas escolas, a apresentação de projetos de lei buscando

[941] Como se verá adiante, o levantamento realizado em jornal de grande circulação no Brasil identificou uma relativa baixa representatividade da discussão na imprensa. Cf. item 6.3.3.
[942] Evidentemente, jornais de grande circulação noticiaram o acontecimento. No dia 06 de maio, o julgamento do STF ocupou destaque na capa, por exemplo, do jornal O Globo. Não há menções relevantes ao caso, no entanto, no mês que antecedeu o julgamento. A primeira nota de capa sobre a iminência da decisão do Supremo surge, naquele jornal, no dia 05 de maio, com pouco destaque.
[943] Sobre a ascensão institucional do judiciário, confira-se: BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 0, n. 21, 2012. .
[944] VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo, Brazil: Companhia das Letras, 2018.
[945] GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso**. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016.
[946] CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

restabelecer significados superados sobre o conceito de família e casamento são alguns fatos apresentados pelos autores como demonstração do surgimento de um contramovimento social buscando também disputar a Constituição, contra a nova interpretação judicial.

Que grupos conservadores (moral e religiosamente) tenham se levantado e até mesmo se articulado contra os avanços das pautas LGBT não é contestável, pelos exemplos apresentados por Cardinali e Gomes. Mas é necessário, também, colocar tais movimentos em perspectiva. Se todo direito é fruto de lutas e, há uma década, a ortodoxia constitucional rejeitava o pleno reconhecimento jurídico de pessoas LGBT, significa que algum grupo já se articulara no sentido de estabelecer tal ordenamento excludente. Jabutis, afinal, não sobem em árvores – muito menos em constituições. Longe de ter criado um movimento (ou contramovimento ou backlash), a decisão do STF pode ter deixado em evidência o que a teoria exposta já dá como certo: significados, narrativas e direitos constitucionais estão em constante disputas – seja no amplo debate social, seja nas lutas facciosas, para nos limitarmos à terminologia madisoniana. Lembre-se, a este respeito, que a posição conservadora e religiosa contra pautas LGBT não surgiu após a decisão do STF – já estava escancarada no processo constituinte nas vozes de 317 constituintes que votaram contra a proteção textual destes grupos.

Central, aqui, é compreender que a transformação capitaneada pelo movimento LGBT nas pautas de saúde, família e identidade ou dignidade humana se tornaram, hoje, efetiva ortodoxia constitucional. A transformação ocorreu de tal forma que nem mesmo a articulação de grupos reacionários tem sido capaz de superá-la. Tanto os projetos de lei de Estatuto da Família[947], quanto de Escola Sem Partido[948] seguem sem avançar no Congresso – conquanto a pauta que busca impedir o combate à homofobia nas escolas tenha se tornado central à reação organizada de grupos reacionários.[949] As medidas legislativas estaduais que foram efetivamente editadas têm sido suspendidas pelo Supremo Tribunal Federal. [950] E, recentemente, em 2018, o Supremo Tribunal Federal confirmou seu papel incrementalista ao coroar, pela decisão na ADI 4.275, o entendimento no sentido de avançar a sua leitura jurídica

[947] Projeto de Lei n. 6.583/2013, em trâmite perante a Câmara dos Deputados.
[948] Projeto de Lei n. 7.180/2014, em trâmite perante a Câmara dos Deputados.
[949] CARDINALI, Daniel Carvalho, A escola como instrumento do dever constitucional de enfrentamento da homofobia: potencialidade e tensões, **Revista Publicum**, v. 1, p. 33, 2017.
[950] Neste sentido as medidas cautelares deferidas nos casos: BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de descumprimento de precedente fundamental n. 526, Relatora Min. Carmen Lúcia, decisão em 5 jul. 2018; e BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.537, Relator Min. Luis Roberto Barroso, decisão em 22 mar. 2017.

do princípio da igualdade e da dignidade humana proteger de maneira expandida os direitos das populações trans no Brasil. [951]

6.3.2 Igualdade aprofundada: transformação incremental a partir da evolução das percepções sobre ações afirmativas no pós-1988.

Como visto no item 6.2, o momento constitucional de 1988 foi marcado por embates entre conservadores e progressistas em torno de diversas pautas. O movimento negro, cuja articulação destaquei naquele item, obteve vitórias relevantes no processo constituinte, mas diversas de suas pautas foram paulatinamente retiradas dos subsequentes projetos de Constituição, até desaparecerem no texto final. A promoção de ações afirmativas é uma delas. Em 25 de maio de 1987, na segunda reunião da comissão da ordem social, o Sr. Carlos Moura – na condição de representante da temática dos negros na subcomissão – buscou sintetizar[952] os pleitos do movimento negro, destacando que

> (...) Quando se aponta para a ação compensatória, estabelecida em auxílio suplementar, à alimentação, ao transporte e ao vestuário para as populações carentes, bem como a garantia de acesso ao mercado de trabalho, à educação, à saúde e aos demais direitos sociais, o que se faz nesse instante? É o encontro do Estado brasileiro com a sociedade organizada; é o encontro do Estado brasileiro com a sociedade, tendo, como mediadora a cidadania, na construção de um país livre de discriminações e livre de preconceito. [953]

No momento inicial da discussão constituinte, os movimentos negros buscavam inserir na Constituição medidas compensatórias amplas contra o racismo e a desigualdade, que iam desde a prestação de benefícios sociais (o auxílio suplementar à alimentação, transporte e vestuário), até a garantia de acesso ao mercado de trabalho, educação e saúde. Tais medidas estariam inseridas no conceito geral de remédios afirmativos

---

[951] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.275**, Relator Min. Marco Aurélio, julg. 1 mar. 2018.

[952] PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos.** Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2013, p. 111.

[953] ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, **Ata da 2ª Reunião Ordinária da Comissão da Ordem Social**, 1987.

que, na definição de Nancy Fraser, consistem naqueles "remédios voltados para a correção de resultados indesejáveis de arranjos sociais sem perturbar o arcabouço que os gera".[954]

A discussão envolvendo as ações afirmativas raciais teve como "berço histórico" os Estados Unidos[955]e ali se desenvolveu até encontrar amparo nas reivindicações sociais do movimento negro brasileiro que começava a olhar para o movimento dos direitos civis norte-americano como diretriz de atuação[956]. Na sintética definição de Joaquim B. Barbosa Gomes, as ações afirmativas são definidas como:

> (...) Um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.[957]

Ao propor a inclusão das ações afirmativas no texto constitucional, o que o movimento negro buscava era criar o dever constitucional do Estado no sentido de estabelecer políticas públicas buscando reverter o quadro de discriminação estrutural[958] que marca a história do Brasil. As sucessivas alterações sofridas nos projetos de Constituição, no entanto, minguaram a previsão constitucional de ações afirmativas[959] até sua exclusão definitiva do

---

[954] De fato, Fraser insere no conceito de remédios afirmativos tanto aqueles que envolvem a valorização de identidades, quanto os voltados à redistribuição de bens materiais – em ambos os casos, ainda que se objetive solucionar as injustiças sofridas pelas populações afetadas, resta "intacta a estrutura que gera desvantagens" (FRASER, Nancy, Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista", **cadernos de campo**, n. 14/15, p. 231–239, 2006. p. 237). Em contraposição, remédios transformativos seriam aqueles que atacam a própria estrutura que gera as injustiças.

[955] GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social : a experiências dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 7.

[956] GONZALEZ, Lélia. O movimento negro na última década. *In*: **Lélia Gonzalez: primavera para as rosas negras**. 1. ed. [s.l.]: Filhos da África, 2018, p. 142–179.

[957] CORBO, Wallace, **Discriminação indireta: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 40.

[958] *Ibid*. p. 245.

[959] Como relata Pires, o anteprojeto da Comissão da Ordem Social manteve em larga medida as propostas encaminhadas pela Subcomissão de Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, prevendo que "O Poder público, mediante programas específicos, promoverá a igualdade social, econômica e educacional" e que "Caberá ao Estado, dentro do sistema de admissão nos estabelecimentos de ensino público, desde a creche até o segundo grau, a adoção de uma ação compensatória visando à integração plena das crianças carentes, a adoção de auxílio suplementar para alimentação, transporte e vestuário, caso a simples gratuidade de ensino não permita, comprovadamente, que venham a continuar seu aprendizado", cf. PIRES, **Criminalização do RAcismo**. p. 118. O anteprojeto apresentado em 26 de junho de 1987, em seu artigo 13, inciso III, alínea f, ressalvava a constitucionalidade de medidas de "compensação para igualar as oportunidades de acesso aos valores da vida e para reparar injustiças produzidas por discriminações não evitadas". Em 26 de agosto de 1987, o 1º Substitutivo do Projeto de Constituição (denominado Cabral 1) foi apresentado, reduzindo ainda mais a possibilidade de tais medidas ao prever que, apesar de todos serem iguais perante a lei, "serão consideradas

texto final da Constituição.[960] Fosse considerado o momento constituinte em sua perspectiva histórica e fundacional, seria questionável então que o princípio constitucional da igualdade abarcaria as medidas de ação afirmativa.

De fato, como identifica Daniela Ikawa, diversas objeções às ações afirmativas foram formuladas após 1988, algumas delas tocando diretamente no sentido do princípio constitucional da igualdade: a negação da distinção entre raças no Brasil, a exigência de políticas universalistas que tratassem identicamente indivíduos de todas as raças, a acusação de que as políticas de ação afirmativa violariam direitos dos indivíduos não favorecidos[961]. Não surpreende que em 2001, quando Joaquim Barbosa publica seu estudo sobre o tema das ações afirmativas e o princípio da igualdade, o autor afirme que o Brasil se encontra entre os países com maior grau de desigualdade racial, e menor desenvolvimento de políticas no sentido de superá-las. [962]

A derrota no momento fundacional, no entanto, é bom ponto de partida para perceber como a luta dos movimentos negros pela Constituição nem havia cessado, nem deixaria de transformar a Constituição de 1988. Ao longo dos anos 90, o movimento negro avança suas reivindicações por políticas públicas em diversas esferas legislativas, com foco especial em políticas de ação afirmativa. Como demonstrou Elielma Machado, [963] entre 1995 e 2006, foram apresentados no Congresso Nacional projetos de lei estabelecendo cotas em instituições de ensino superior[964], no serviço público,[965] em sociedades empresárias privadas e em partidos políticos. [966]

---

desigualdades biológicas, culturais e econômicas para proteção do mais fraco". A ressalva desapareceu no 2º Substitutivo do Projeto de Constituição (Cabral 2).

[960] Ressalvado o estabelecimento da reserva de vagas em cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência (Art. 37, VIII da CRFB;1988).

[961] IKAWA, Daniela, Direito às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras, *in*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela (Orgs.), **Igualdade, diferença e direitos humanos**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 365–411.

[962] GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social : a experiências dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[963] MACHADO, Elielma Ayres, **Desigualdades "Raciais" e Ensino Superior: Um estudo sobre a introdução das "Leis de reserva de egressos de escolas públicas e cotas para negros, pardos e carentes" na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2000-2004)**, Doutorado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.p. 57.

[964] Projeto de Lei n. 14/1995, de autoria da então senadora Benedita da Silva.

[965] Projeto de Lei n. 75/1997, de autoria do Senador Abdias do Nacismento.

[966] Trata-se do projeto original do Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/2010), cuja redação final não estabeleceu expressamente políticas de reservas de vagas.

No plano internacional, como identifica Hofbauer[967], a pressão do movimento negro produziu seu primeiro resultado institucional na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, em 2001, na África do Sul. Ali, o Brasil sinaliza pela primeira vez sua disposição de estabelecer mecanismos de discriminação positiva com o objetivo de superar o racismo brasileiro.

É com a adoção da política de cotas para ingresso no processo seletivo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pela Lei n. 3.708/2001, que o debate acerca da constitucionalidade as cotas ganham não só apelo institucional[968], como também projeção no debate social e político.

Em 2005, em artigo acadêmico, Joaquim B. Barbosa Gomes comemorava que, com o julgamento envolvendo o crime de racismo[969] o direito constitucional brasileiro finalmente começava a discutir as questões da sociedade[970]. Elaborando a partir de seus estudos anteriores sobre o tema, o então ministro do Supremo Tribunal Federal passou a discorrer acerca da compatibilidade entre a promoção de ações afirmativas e o princípio brasileiro da igualdade. E assim afirmou o autor:

> (...) Em lugar da concepção «estática» de igualdade, extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se, nos dias atuais, de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção «dinâmica», «militante» de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.[971]

---

[967] HOFBAUER, Andreas, Ações afirmativas e o debate sobre racismo no Brasil, **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 68, p. 9–56, 2006. p. 9.

[968] Para Joaquim Barbosa, esse debate teria tomado o país de forma "abrupta", cf. GOMES, Joaquim B. Barbosa, A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro, *in*: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.), **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**, Brasília: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005. Parece ser mais adequado dizer que, diferente do caso LGBT, em que a resposta organizada de grupos sociais e políticos exigiu maior tempo por diversos fatores, a resposta no caso das cotas veio com maior afinco, por razões que poderão ser expostas a seguir.

[969] Trata-se do caso Ellwanger (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus n. 82.42**4. julg. 17 set. 2003.

[970] GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *In*: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005, p. 45.

[971] *Ibid*.p. 47.

Visto sob uma perspectiva militante, o princípio da igualdade passa a abarcar aquilo que o constituinte retirara dos projetos de Constituição: o dever de superar a desigualdade, promovendo uma forma de discriminação inversa[972] compatível com uma igualdade dinâmica e militante.

Adjetivar a igualdade constitucional como militante – para além da aparente coincidência terminológica – tem efeitos relevantes do ponto de vista das narrativas sobre a Constituição de 1988. Afinal, mesmo após a promulgação do texto, não faltaram autores de destaque que leram no princípio constitucional seu significado tradicional – o de igualdade formal.[973] Não se pode dizer que, em um país que ainda era marcado pelo "você sabe com quem está falando" [974], a própria previsão da igualdade formal não tenha pretensões transformadoras.[975] Mas ao somar à perspectiva da igualdade um ideário de transformação social profunda, com a superação das desigualdades estruturais, avança-se de maneira mais profunda a leitura emancipatória da Constituição.[976]

O surgimento de vozes em favor da política adotada pela UERJ não é suficiente, no entanto, para desconstruir uma ortodoxia constitucional que, desde Francisco Campos[977], pregava a igualdade formal como único sentido concebível para o princípio jurídico.[978] As lutas sociais, políticas e jurídicas, passam a se coordenar tendo por resultado

---

[972] CORBO, Wallace. **Discriminação indireta: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. (Lumen Juris Direito).

[973] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2003.

[974] A percepção do "você sabe com quem está falando" como um drama social que estabelece e desvela hierarquias sociais foi desenvolvida em MATTA, Roberto da, **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**, 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

[975] Nesse sentido a afirmação de Daniel Sarmento que identificou, no Brasil, a existência de um déficit de igualdade formal que se revela em uma discriminação *de facto*, ou seja, na própria aplicação discriminatória e desigual do direito, cf. SARMENTO, A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Dis-criminação "De Facto", "Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa.

[976] Em linha semelhante, o voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF n. 186, quando afirma que "e passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos "construir", "garantir", "erradicar" e "promover" implicam mudança de óptica, ao denotar "ação". Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e a Carta da República oferece base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. Que fim almejam esses dois artigos da Carta Federal, senão a transformação social, com o objetivo de erradicar a pobreza, uma das maneiras de discriminação, visando, acima de tudo, ao bem de todos, e não apenas daqueles nascidos em berços de ouro?" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julg. 26 abr. 2012).

[977] CAMPOS, Francisco. Igualdade de Todos Perante a Lei. **Revista de Direito Administrativo**, p. 47, 2013.

[978] Não se pode deixar de fazer referência ao fato de que, a despeito de a construção do princípio da igualdade no sentido de acolher as cotas ter exigido ampla luta de grupos historicamente marginalizados, já havia cotas no Brasil desde 1968, com a aprovação da Lei n. 5.465. No lugar de beneficiar grupos vulnarabilizados, no entanto,

uma expansão paulatina das ações afirmativas no ensino universitário e, posteriormente, no serviço público. Em 2003, a Universidade de Brasília se tornou a primeira universidade federal a adotar cotas para acesso da população negra. Nove anos depois, em 2012, surgem ainda dois marcos relevantes nesta transformação da igualdade: o julgamento da Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental n. 186[979] e a edição da Lei n. 12.711/2012.

A ADPF n. 186 fora ajuizada pelo Partido Democratas (DEM) e se voltava contra a política de cotas na UNB. O resultado, por unanimidade, foi a convalidação da medida, considerada compatível com a Constituição de 1988. Mas é em alguns dos votos que se colhem interessantes indicativos da transformação do princípio da igualdade que vinha ocorrendo desde 1988. Veja, nessa linha, o seguinte trecho do voto do Ministro Luiz Fux:

> Numa visão pueril e descompromissada, a utilização de critérios étnicos ou raciais para beneficiar certos grupos não soaria compatível com a garantia da igualdade, nem com a vedação ao racismo e à discriminação, insculpidas na Constituição da Republica. Ocorre que uma análise mais profunda revela a plena legitimidade constitucional das políticas de ação afirmativa, inclusive as de feitio racial. [980]

Como antes ressaltados, as diversas versões de projetos de Constituição, no curso da constituinte, minguaram a previsão constitucional das ações afirmativas até excluírem-na do texto. Em uma das versões, constantes do projeto Cabral 1, no entanto, previa que "serão consideradas desigualdades biológicas (...) para proteção do mais fraco". A exclusão deste dispositivo e a promulgação da Constituição sem referência semelhante permitiu o ressurgimento da discussão acerca do cabimento da classificação racial para promover a discriminação inversa trazida com as ações afirmativas.

Quatorze anos após a promulgação da Constituição, no entanto, a visão antes ortodoxa – que excluía tais classificações da leitura constitucional – se transforma não só em heterodoxa, como também é vista como "pueril e descompromissada". Note-se, quanto a isso, que em 2003 – quando pela primeira vez a UERJ adota a política de cotas – a ortodoxia constitucional, inclusive no campo autoproclamado progressista, caminhava no sentido

---

a legislação estabelecia a reserva de vagas em estabelecimentos de ensino médio e superior para agricultores e seus filhos.

[979] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. 186. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julg. 26 abr. 2012.

[980] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** n. 186. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julg. 26 abr. 2012.

contrário às cotas.[981] Como relata Machado, em seminário realizado na UERJ sobre o tema, juristas como Célio Borja e Ana Paula de Barcellos apontaram, respectivamente, que a então vigente lei de cotas violava os parâmetros constitucionais de acesso ao ensino superior; e que sua constitucionalidade seria questionável à luz do princípio constitucional da igualdade (a igualdade perante a lei). [982]

A transformação da heterodoxia em ortodoxia fica mais evidente pela análise de um participante ativo no processo de consolidação da transformação do princípio da igualdade e da identidade constitucional brasileira. Em 2003, quando a política de cotas havia sido recentemente aplicada na UERJ, Luís Roberto Barroso se manifestara, em artigo de opinião, no sentido de que, com a legislação estadual, "houve clara precipitação na matéria e é preciso dar um passo atrás, para em seguida avançar".[983] Para o então advogado e professor de direito constitucional da UERJ, a ponderação entre "a necessidade de reparação histórica à comunidade negra" e "a necessidade de preservar ensino de qualidade e sistema de mérito na universidade" exigiria adotar um parâmetro de razoabilidade.[984] Assim, concluía o professor, seria possível "defender, como ponderação razoável, uma cota em torno de 10% apta a permitir a ascensão social do segmento desfavorecido"[985]. Em seu breve artigo, o professor não mencionara qualquer questão envolvendo o princípio da igualdade, apesar de reconhecer que as cotas envolviam uma discussão sobre discriminação e preconceito.

Quinze anos depois,[986] no entanto, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41[987], a posição de Luís Roberto Barroso é

---

[981] O que não significa que não houvesse defensores. Em artigo originalmente publicado em 2003, Clemerson Merlin Cleve defendia a constitucionalidade das cotas à luz da Constituição de 1988, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin, **Temas de direito constitucional**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. Da mesma forma o já identificado trabalho de Joaquim Barbosa.

[982] MACHADO, Elielma Ayres. **Desigualdades "Raciais" e Ensino Superior: Um estudo sobre a introdução das "Leis de reserva de egressos de escolas públicas e cotas para negros, pardos e carentes" na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2000-2004)**. Doutorado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

[983] BARROSO, Luís Roberto, **Racismo e papel da universidade**, **O Globo**, 2003.

[984] *Ibid*.

[985] A Lei n. 3708/2001 estabelecia a reserva de 40% das vagas na UERJ e na Universidade Estadual do Norte Fluminense às populações "negra e parda", incluindo aqueles beneficiados pela Lei n. 3.524/2000, que estabelecera cota de 50% para alunos egressos do sistema público de ensino.

[986] Antes disso, Barroso já articulara argumentos semelhantes em parecer elaborado a favor da EDUCAFRO que se voltava especificamente para a análise da constitucionalidade de cotas nas universidades públicas brasileiras. Neste artigo, Barroso já punha em xeque premissas de seu texto de 2004, ao questionar o que antes identificara como critério de mérito para ingresso nas universidades. Afirmou Barroso que "caso houvesse uma competição verdadeiramente justa desde o início, quantos cientistas e profissionais de referência poderiam se originar dos enormes contingentes populacionais que habitam as favelas brasileiras?", cf. BARROSO, Luis Roberto, Cotas raciais são legítimas com parâmetros razoáveis, **Conjur**, 2012.. O artigo não realizou, no entanto, um exame de

substancialmente distinta. A ação tratava da constitucionalidade da lei n. 12.990/2014, que estabeleceu a reserva de vagas em concursos públicos para preenchimento de cargos na administração direta e indireta federal. A essa altura, Barroso já assumira a posição de ministro do Supremo Tribunal Federal e era o relator da ação. Os tempos, no entanto, eram outros. Em 2018, o STF já firmara sua posição favorável às cotas na UNB, por ocasião do julgamento da ADPF n. 186. Também as cotas para acesso ao ensino superior, no nível federal, haviam sido ampliadas, ainda em 2012, por meio da Lei n. 12.711, sancionada pela presidenta Dilma Rousseff.

O voto de Barroso é indicativo, de uma nova ortodoxia constitucional. Já no início de sua análise de mérito do caso, Barroso afirma que "as ações afirmativas em geral, e a reserva de vagas para ingresso no serviço público em particular, são políticas públicas voltadas para a efetivação do direito à igualdade" [988]. Essa relação não estava presente em seu artigo de opinião de 15 anos antes – ainda que isso possa ser atribuído a fatores como a limitação de espaço desse tipo de publicação. Barroso, no entanto, prossegue para examinar a proporcionalidade da medida – algo que de fato fizera ao propor, em seu artigo de opinião, o percentual de 10% na reserva de vagas para o ensino superior. Após afirmar que a medida é adequada e necessária ao atingimento de seus fins, afirmou o ministro que: "a medida é proporcional em sentido estrito, pois a determinação de uma reserva de 20% das vagas para negros engendra mais benefícios para os princípios tutelados do que custos decorrentes da sua implementação nos concursos públicos" [989]. A conclusão pode ser lida como em conflito – ainda que em casos distintos – à que Barroso apresentara anos antes, ao afirmar que a reserva de vagas em patamares de 40% ou 50% seriam "injustas e irrazoáveis porque: a) não são adequadas a promover o fim visado, uma vez que sua consequência é a queda geral do nível de ensino. B) violam em grau excessivo (E, por isso, ilegítimo) o princípio da igualdade; c) acarretam um mal superior ao benefício que possam eventualmente trazer"[990].

É possível pensar a mudança de posição de Luís Roberto Barroso sob diversas perspectivas. A literatura acerca dos fatores que influenciam as decisões judiciais é farta, e o

---

proporcionalidade dos percentuais de reserva, limitando-se a afirmar que o teste deve ser realizado a partir de dados empíricos.

[987] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 41**. Relator Ministro Luis Roberto Baroso. Julg. 08 jun. 2017.

[988] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade n. 41**. Relator Ministro Luis Roberto Baroso. Julg. 08 jun. 2017.

[989] Idem.

[990] Nesse último aspecto, Barroso também afirmou, na ADC n. 41, que as políticas de cotas promoveram o maior reconhecimento e igualdade de populações negras, ao romper com estereótipos racistas (Idem).

próprio professor titular de direito constitucional da UERJ elenca, em artigo dedicado ao tema, fatores como (1) os valores e ideologia do juiz, (2) a interação com outros atores políticos e institucionais, (3) a perspectiva de cumprimento da decisão, (4) circunstâncias internas dos órgãos colegiados, e (5) a opinião pública. Não é caso, aqui, de identificar como cada um desses elementos contribuiu para a mudança de posição de Barroso.[991]

O fato é que, tomando seu pensamento como proxy de uma certa ortodoxia constitucional, a aparente mudança de posição – do advogado para o ministro – acerca das cotas é reveladora de como as lutas políticas, jurídicas e sociais travadas pelo movimento negro desde a constituinte de 1988 conseguiram transformar o próprio pensamento jurídico e o significado da igualdade como princípio constitucional.[992]

[991][991] É possível estabelecer a hipótese de que, em alguma medida, diversos destes elementos se coordenam nesse caso. Barroso esteve envolvido em diversos casos associados à promoção de direitos humanos no Brasil, indicando compartilhar de valores e ideologia comprometidos com o avanço da igualdade. Na condição de professor da UERJ, Barroso também pode ver de perto, ao longo destes 15 anos, os impactos da política de ação afirmativa naquela instituição, influenciando sua própria visão sobre o tema. Nesse sentido, o ministro destacou sua experiência com as cotas na UERJ ainda em 2013, cf. BARROSO, Luís Roberto, Cotas e justiça racial: de que lado você está?, **Conjur**. Ainda, como membro do STF, Barroso dividiu sua análise com magistrados que, eles mesmos, participaram do julgamento anterior da ADPF 186, o que também pode indicar uma inclinação pela convalidação da medida.

[992]Isso leva, também, a uma inevitável crítica ao pensamento de Barroso acerca das transformações contemporâneas do direito constitucional. Para Barroso, o modelo pós-positivista que teria aberto o direito para a moral está especialmente vinculado às mudanças na cultura-jurídica. Os agentes sociais, no entanto, parecem fugir ao modelo juriscêntrico da "razão sem voto" de Barroso. Destaca-se, neste aspecto, a leitura de Barroso para quem o tribunais poderiam exercer a função de "vanguarda iluminista", no sentido de "empurrar a história quando ela emperra", valendo-se inclusive do exemplo das ações afirmativas, mas sem dar conta de como a atuação do movimento negro e a convivência com alunos cotistas e uma comunidade imersa na política de ação afirmativa influenciou direta e/ou indiretamente a própria visão do ministro sobre o tema.

6.3.3 Repercussões das transformações incrementais nos casos dos direitos LGBT+ e das políticas de ações afirmativas: entre desmobilização e reação organizada.

Note-se que a luta do movimento negro pelas ações afirmativas, como a luta do movimento LGBT já analisadas, apresentam semelhante caráter incremental e partem, de maneira também semelhante, de derrotas no momento constituinte fundacional. Enquanto o movimento LGBT não logrou inserir na Constituição de 1988 a pauta do casamento igualitário, os movimentos negros sofreram derrotas na reivindicação pelas ações afirmativas em sede constitucional. Mas, de maneira semelhante, as derrotas no momento fundacional não fizeram cessar as lutas posteriores pela Constituição. No caso dos movimentos LGBT, a conquista de pautas como o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo e da identidade de gênero de pessoas trans veio pelo meio incremental que envolveu tanto políticas públicas do Executivo,[993] quanto decisões judiciais difusas. No caso dos movimentos negros, essas conquistas perpassaram também políticas públicas do executivo (caso da UNB) e a atuação coordenada entre executivo e legislativo (caso das cotas na UERJ e das cotas federais). Com isso, somou-se à igualdade como princípio estruturante da Constituição de 1988 novos significados, reconhecidos inclusive pelo STF em sede de controle concentrado – em ambos os casos.

A principal diferença surge quando analisamos as diferentes reações que as políticas de ação afirmativa e o reconhecimento das uniões homoafetivas geraram no Brasil. No item 5.2, apresentei a hipótese de que as transformações incrementais podem gerar menor reação da população, precisamente na lógica reformista burkeana. E de fato essa hipótese parece se confirmar no caso das uniões homoafetivas, em que a resposta intensa de grupos organizados vai ressurgir anos depois, com as propostas de Escola sem Partido e Estatuto da Família.

O caso das cotas, no entanto, parece ser diferente. Se por um lado se pode dizer, com Joaquim Barbosa, que entre a intensificação do debate social e sua institucionalização a conquista das cotas foi abrupta, por outro a reação ao sistema veio igualmente abrupta. Como expõe Machado, plano judicial, o primeiro vestibular realizado

[993] Gorsdorf chega a falar no Executivo como estabelecendo um "tripé da cidadania" para o movimento a da criação de estruturas na administração pública que se voltavam a dar vazão às reivindicações do movimento, cf. GORSDORF, Leandro Franklin. Direitos "LGBT" e a identidade do sujeito constitucional. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

com aplicação das cotas na UERJ ensejou o imediato ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade pelo então deputado estadual Flavio Bolsonaro.[994] Ainda segundo Machado, [995] no contexto do vestibular de 2003 somaram-se mais de 300 mandados de segurança questionando os resultados do processo seletivo.

No plano do debate político e social, a reação não foi diferente. Diante da dificuldade de medir o debate social, tomo como *proxy* um dos principais veículos de imprensa do Brasil e que, pelo seu destaque no estado do Rio de Janeiro, também seria apto a representar a preocupação acerca das cotas implementadas inicialmente na UERJ – o jornal O Globo.[996] Levantamento realizado no arquivo de edições do jornal mostra que, entre janeiro de 2011 e janeiro de 2012 – ou seja, nos meses anteriores e seguintes ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal sobre as uniões homoafetivas – as reportagens envolvendo o casamento gay ou as relações entre pessoas do mesmo sexo foram incluídas em apenas 29 edições, sendo 23 destas nos meses de maio e junho.[997] De janeiro de 2003 a janeiro de 2004, em contrapartida – ano em que foi aplicado pela primeira vez o sistema de cotas na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – o tema das cotas foi tratado em 80 (oitenta) edições, ao menos duas vezes em todos os meses do ano.[998] É possível estabelecer algumas hipóteses sobre estas diferentes reações.

A primeira se está relacionada ao impacto social do racismo e da homofobia na sociedade brasileira. Seria possível sustentar que enquanto o racismo é estruturante das

---

[994] ADI n. 2003.007.00020 e ADI n. 2003.007.00021, ajuizadas perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

[995] MACHADO, Elielma Ayres. **Desigualdades "Raciais" e Ensino Superior: Um estudo sobre a introdução das "Leis de reserva de egressos de escolas públicas e cotas para negros, pardos e carentes" na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2000-2004)**. Doutorado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

[996] O uso do jornal O Globo como *proxy*, aqui, tem por base que ideias e representações projetadas pelos meios de comunicação (jornais, revistas, programas, novelas, anúncios) revelam aspectos do imaginário social. Em outras palavras, os meios de comunicação permitem acessar importantes elementos do universo simbólico da sociedade. Neste sentido, ROCHA, Everardo P. Guimarães, **A sociedade do sonho: comunicação, cultura e consumo**, Rio de Janeiro, RJ: Mauad, 1995; O'DONNELL, Julia, **A invenção de Copacabana: culturas urbanas e estilos de vida no Rio de Janeiro (1890-1940)**, Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 2013; RODRIGUES, Adriano Duarte, **Estratégias da comunicação: questão comunicacional e formas de sociabilidade**, 1a. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1990. Isto não significa ignorar que mesmo os meios de comunicação representam interesses específicos que não necessariamente representam uma vontade popular majoritária, como advertiam já Adorno e Horkheimer, cf. ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max; ALMEIDA, Guido Antônio de, **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**, Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

[997] O levantamento considerou como parâmetros de pesquisa os termos: acesso universidade; cotas universidade; acesso universidade cotas; cotas UERJ. A busca foi realizada unto à base de dados do Arquivo O Globo, disponibilizada no website http://arquivo.oglobo.com.

[998] O levantamento considerou como parâmetros de pesquisa os termos: união estável gay; casamento gay. A busca foi realizada unto à base de dados do Arquivo O Globo, disponibilizada no website http://arquivo.oglobo.com.

relações sociais no Brasil desde a colônia,[999] a homofobia – apesar de se fazer fortemente presente na sociedade brasileira – não é ubíqua como o primeiro. Homofobia, aqui, vale dizer, por vezes se refere às "emoções negativas" direcionados a pessoas homossexuais, por vezes se convertendo em formas físicas de violência[1000]. Em sentido mais amplo e abarcando de maneira mais abrangente a experiência LGBT, pode-se falar também na ideia de cis-normatividade, que "descreve a crença socialmente construída de que há apenas dois sexos, macho e fêmea, dos quais decorrem naturalmente dois gêneros, que expressam atributos de feminilidade e masculinidade que, por sua vez, representam papéis específicos, distintos e complementares, em que cada qual deve corresponder a certas características, aparência e comportamento para ser considerado 'normal'..."[1001]

A hipótese da homofobia ou a cis-heteronormatividade não seria ubíqua no contexto brasileiro – como é o caso do racismo – não parece se confirmar. De fato, como expõem James N. Green e Ronald Polito, a história da homofobia no Brasil remete, ao menos, aos tempos do Império. Homossexuais – sodomitas ou invertidos –, cuja existência jamais foi ignorada, foram historicamente tratados sob o desígnio da perversão[1002], da preguiça para o trabalho[1003], do agir feminino[1004], cuja felicidade seria impossível diante das "fissuras anais e líquidos contendo gonococos"[1005]. A homossexualidade era vista como "antissocial", como "a destruição da sociedade" e o "enfraquecimento dos países[1006]. Neste sentido, apesar da imagem corrente do Brasil como um "paraíso", afirmando-se que a "liberdade ou desregramento sexual está no coração da nossa nacionalidade", Júlio Simões e Regina Facchini destacam como, no Brasil, predomina a negação de direitos básicos a pessoas

[999] Recorde-se, nessa linha, que até a efetiva abolição da escravidão, a sociedade brasileira era tão marcada pela presença de pessoas escravizadas que "toda pessoa com algum recurso possuía um ou mais escravos". CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 24.
[1000] JUNQUEIRA, Rogério Diniz, Estratégias discursivas e estados de negação da discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nas escolas, **Revista de Psicologia da UNESP**, v. 9, n. 1, p. 123–139, 2010.
[1001] CAMPOS, Direitos de pessoas trans no Brasil e na Alemanha: a construção tortuosa de um direito fundamental à identidade de gênero.
[1002] GREEN, James Naylor; POLITO, Ronald. **Frescos trópicos: fontes sobre a homossexualidade masculina no Brasil, 1870-1980**. Rio de Janeiro, RJ: José Olympio Editora, 2004, p. 31 e ss.
[1003] *Ibid*. p. 42.
[1004] *Ibid*. p. p. 47.
[1005] *Ibid*. p. 49 – trata-se de citação de Jorge Jaime em seu Homossexualismo masculino, publicado em 1953.
[1006] *Ibid*. p. 101 – igualmente aqui se trata de citação de Aldo Sinisgalli.

homossexuais, a postura de desconfiança perante pessoas bissexuais e a violência que marca o tratamento de pessoas transexuais, travestis e transgêneros[1007].

Nessa linha, a homofobia se revela como uma das características centrais da experiência LGBT no Brasil e, portanto, marca do próprio tecido social que nos constitui. Segundo Facchini e Simões, "pode-se dizer, sem medo de errar, que sofrer algum tipo de insinuação, ofensa verbal ou ameaça de agressão física faz parte da experiência social de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais no Brasil[1008]. Assim como o racismo a homofobia é também um sistema que estabelece hierarquias com base em expectativas de heterossexualidade[1009], criando com isso manifestações sociais de opressão e de dominação[1010].

Como a misoginia estabelece uma hierarquização do masculino sobre o feminino[1011], e o racismo uma superioridade de uma raça sobre a outra, a homofobia igualmente estabelece a superioridade dos padrões heteronormativos do comportamento social e sexual sobre outras formas de se expressar em termos de sexualidade e gênero.

Definir se uma ou outra forma de discriminação é mais estruturante ou menos estruturante do tecido social brasileiro parece ser tarefa de impossível condução. Sabe-se, por um lado, que o racismo tem conduzido a um quadro crônico de negação de direitos básicos – inclusive o direito à vida e integridade física – em todos os campos sociais para pessoas negras. Em contrapartida, a discriminação contra pessoas LGBT – ainda que possa variar a

---

[1007] SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina, **Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT**, 1a. ed. São Paulo, SP, Brasil: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009. p. 25.

[1008] *Ibid*.

[1009] CARDINALI, Daniel Carvalho. A escola como instrumento do dever constitucional de enfrentamento da homofobia: potencialidade e tensões. **Revista Publicum**, v. 1, p. 33, 2017, p. 101.

[1010] Vale aqui remeter aos conceitos de opressão de dominação como expostos por Iris Marion Young. Para a autora, a opressão consiste não apenas na tirania de um grupo sobre outro. Ela diz respeito, de um lado, aos obstáculos institucionais que impedem que algumas pessoas aprendam, desenvolvam e empreguem habilidades em ambientes socialmente reconhecidos. De outro, significa também a existência de processos sociais institucionalizados que impedem que as pessoas desenvolvam as habilidades necessárias para a interação e comunicação com os outros e para a expressão de seus sentimentos em contextos sociais nos quais possam ser ouvidas. As condições sociais de opressão podem incluir a privação ou a má-distribuição material, mas também envolvem problemas além da distribuição. A dominação, por outro lado, consiste nas condições institucionais que impedem que algumas pessoas participem na determinação ou nas condições de suas ações. Ela implica a possibilidade de indivíduos ou grupos determinarem, sem reciprocidade, as condições da ação de outros indivíduos ou grupos. Neste sentido, Young afirma que o oposto da dominação é uma democracia social e política profunda, cf. YOUNG, Iris Marion. **Justice and the politics of difference**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 1990.

[1011] Como exposto por MACKINNON, Catharine A. **Feminism, Marxism, Method and the State**. 1987. Tese de Doutorado. Yale University, p. 31, .

depender de cada grupo que compõe esta "sopa de letrinhas"[1012]– não é menos perniciosa, ainda que se trate por vezes de minorias capazes de "esconder-se" socialmente[1013].

O fato é que, assim como a misoginia, homofobia e racismo são características fortes e históricas no Brasil. E ao contradizê-los, a Constituição gera desarmonias semelhantes que, por si só, não explicam as diferentes reações sociais.

Uma segunda explicação buscaria esclarecer as diferentes reações com base nos objetivos avançados por cada uma das medidas. Enquanto as demandas dos movimentos LGBT se concretizam no campo simbólico e cultural, as reivindicações por cotas envolvem pleitos de distribuição de bens sociais. Tendo em vista que as reformulações simbólicas são em tese infinitas e não envolvem perdas para nenhum grupo, enquanto as reivindicações distributivas envolvem retirar algo de algum grupo, isso explicaria os diferentes impactos de cada medida. Uma explicação desse tipo poderia ser extraída da teoria dual de justiça como proposta por Nancy Fraser.

Segundo a autora, uma injustiça pode decorrer de diversos fatores que transitam entre dois principais problemas: problemas de natureza econômica – injustiças de redistribuição – e problemas de natureza cultural – injustiças de reconhecimento. Na prática, no entanto, Fraser sustenta que entre problemas de redistribuição e de reconhecimento existe um amplo espectro gradativo, de modo que virtualmente toda forma de injustiça envolve, em graus distintos, problemas de distribuição e problemas de reconhecimento.[1014]

Tendendo para o extremo distributivo estariam as demandas sociais fundamentadas em aspectos como a luta de classes. Segundo Fraser[1015], as demandas formuladas por grupos que sofrem em razão da desigualdade entre as classes não fazem uma

---

[1012] FACCHINI, Regina, **Sopa de letrinhas? movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90**, Rio de Janeiro, Brasil: Editora Garamond, 2005.

[1013] YOSHINO, Kenji, **Covering: the hidden assault on American civil rights**, New York: Random House, 2007.

[1014] Segundo Zurn, o modelo de justiça formulado por Nancy Fraser se alterou diversas vezes. Sua primeira formulação está contida em seu artigo original de 1995, em que a distinção entre distribuição e reconhecimento é apresentada a partir de um dilema nos quais distribuição e reconhecimento seriam medidas distintas e aparentemente incompatíveis entre si. Em um segundo momento, Fraser abrandou a noção de dilema, sustentando a existência de uma série de tensões de natureza prática entre estas medidas. Em um terceiro momento, Fraser trata os aspectos da distribuição e do reconhecimento como reciprocamente influenciados. Ainda, em um quarto momento, Fraser adiciona à redistribuição e ao reconhecimento o aspecto da representação à luz de reivindicações formuladas no seio do feminismo no contexto de transnacionalismo (ZURN, Christopher F., Identity or Status? Struggles over "Recognition" in Fraser, Honneth, and Taylor, **Constellations**, v. 10, n. 4, p. 519–537, 2003. p. 520-524).

[1015] FRASER, N. op.cit., 2001, p. 245-282 e Id. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. In: FRASER, N.; HONNETH, A. **Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange**. Londres: Verso, 2004, p. 7-109.

remissão necessária à ideia de reconhecimento. Pelo contrário, o reconhecimento das diferenças de classe, nestes casos, implicaria intensificar a situação de injustiça econômica. A experiência de injustiça da classe operária decorreria, sim, da escassez de bens materiais que impossibilitariam uma vida digna. Desta forma, a solução adequada para injustiças desta espécie seria a adoção de medidas redistributivas de natureza econômica.

Situando-se no campo diametralmente oposto estariam os problemas de não-reconhecimento, exemplificados por injustiças como as experimentadas por minorias sexuais. Nestes casos, a experiência da injustiça não teria relação imediata com a escassez de bens, e sim com as representações de natureza sociocultural dominantes em uma determinada sociedade. As injustiças decorreriam, nestes casos, do fato de estas representações excluírem ou inferiorizarem determinadas manifestações culturais tidas por desviantes dos padrões majoritários. A superação desta espécie de injustiça demandaria o reconhecimento das particularidades e diferenças dos grupos sociais minoritários – especificamente seu reconhecimento como iguais participantes no empreendimento social.

O modelo dual de justiça de Fraser não exclui – pelo contrário, afirma – a predominância de uma ou outra forma de injustiça em relação a cada grupo e demandas específicas. Assim, por exemplo, ainda que a classe operária tenha formulado demandas por reconhecimento em diversos contextos em momentos históricos, seus problemas decorreriam principalmente de aspectos distributivos do modelo capitalista. Da mesma forma, ainda que a discriminação sofrida por minorias sexuais possa ter repercussões de natureza distributiva (como, por exemplo, a dificuldade de ingressar e ser bem-sucedido no mercado de trabalho), a injustiça que acomete esse segmento social teria caráter eminentemente sociocultural, demandando medidas de reconhecimento.[1016]

Uma classificação como a de Nancy Fraser, contudo, não ajuda a explicar os diferentes impactos das medidas. Afinal, recentemente o movimento LGBT sofreu com a forte investida de grupos conservadores e religiosos que buscaram – e conseguiram – impedir o avanço de programas de combate à homofobia em escolas.[1017] Aqui, não se fala em uma demanda de redistribuição do que seja, mas sim o que Fraser chamaria de uma reivindicação de reconhecimento. Parece ser adequado pensar, com Honneth, que tanto demandas de um

[1016] FRASER, N. Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or Recognition?* A Political-Philosophical Exchange. Londres: Verso, 2004, p. 7-109.
[1017] GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso**. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016.

tipo, quanto de outro tipo envolvem reenquadramentos normativos e simbólicos que transformam e modificam os padrões de reconhecimento social[1018], de modo que não há, intrínseca a cada espécie de reivindicação imediata, um potencial maior ou menor para a resposta social acentuada.

Uma terceira explicação parece ser mais adequada, e diz respeito ao tipo de impacto que as transformações promovidas sobre o princípio da igualdade geraram sobre os indivíduos concretos na sociedade.[1019] Se, por um lado, racismo quanto a homofobia confrontam o sistema de valores e crenças sociais – seja rompendo com expectativas de gênero, seja rompendo com expectativas raciais –, por outro a lei de cotas e o reconhecimento do casamento gay são sentidos de maneira diferente na população em geral. A lei de cotas está presente em toda casa que conte com ao menos um candidato a uma vaga no vestibular sujeito à política pública. O casamento gay, por outro lado, só é visto e sentido por quem eventualmente conviva com casais do mesmo sexo – o que, dada a possibilidade de encobertamento da identidade LGBT[1020] pode muitas vezes sequer ser visível socialmente. Isso é intensificado na medida em que se verifica que a população mais tolerante às pessoas LGBT[1021] é também a população mais afetada negativamente pela política de cotas: trata-se de uma elite política, econômica, intelectual e social que, segundo o próprio ministro Barroso em seu voto na ADC 41, sempre teve uma "reserva" de 100% de cotas. [1022] Uma explicação desse tipo também ajuda a esclarecer por que um tema como o *kit gay*, que afeta toda família com uma criança que possa ser apresentada ao material, gera alta repercussão social.

Note-se, contudo, que nem a reação desmobilizada, nem a reação organizada a uma ou outra demanda geraram, por si só, crises constitucionais. Isso reforça a perspectiva já adotada anteriormente no sentido de que da possibilidade de maior ou menor *backlash* – por conta de uma medida em afete mais ou menos a população – não se extrai normativamente o desincentivo à transformação. Compreender os riscos da reação, no entanto, pode ser útil para quem pretenda optar por diferentes formas de apresentar reivindicações sociais em diferentes

---

[1018] FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange**. London ; New York: Verso, 2003.

[1019] Agradeço a Daniel Cardinali pela observação quanto a esse ponto.

[1020] YOSHINO, Kenji. **Covering: the hidden assault on American civil rights**. New York: Random House, 2007..

[1021] De fato, há indícios de que a tolerância às demandas LGBT aumenta de acordo com o aumento do nível de renda e classe social, cf. CASTRO, J.; FREIRE, F. (2011). **Pesquisa do Ibope mostra que 55% dos brasileiros são contra união estável entre homossexuais**. Rio de Janeiro: O Globo, 2011

[1022] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade n. 41. Relator Ministro Luis Roberto Barroso. Julg. 08 jun. 2017.

espaços institucionais – mais ou menos visíveis socialmente, que gerem maior ou menor impacto direto na vida de indivíduos reais, que influenciem mais ou menos as narrativas compartilhadas pela comunidade constitucional.

6.4 **A identidade emancipatória em crise: a Emenda Constitucional n. 95/2016 e a eleição de Jair Messias Bolsonaro em 2018.**

Com a análise da evolução do princípio da igualdade e da inclusão expandida de negros e LGBT no ordenamento constitucional de 1988, busquei identificar não só um conteúdo emancipatório da identidade da Constituição brasileira, como também a formação de um discurso capaz de constituir uma comunidade constitucional propriamente dita ao redor de tais valores. Os anos 2010, no entanto, começam a apresentar elementos que podem pôr em xeque tal identidade, caracterizado uma crise constitucional como conceituada anteriormente.

Nessa linha, Christian Lynch e Jorge Chaloub sustentaram que, a partir de 2013, instaurou-se uma "agonia de cinco anos" que teria posto fim ao regime da Nova República – fundado em 1985 e que a Constituição ajudou a estruturar. Os autores identificaram como características definidoras da Nova República: os consensos progressistas, o protagonismo dos partidos tucano e petista; e o presidencialismo de coalizão. Desde o governo de Fernando Henrique Cardoso, a vida sob a Constituição teria sido marcada pelo avanço de direitos e estabilização institucional e democrática do país[1023]. No campo jurídico, desenvolveram-se então teorias voltadas a conferir efetividade à Constituição – que os autores resumiram no conceito de neoconstitucionalismo[1024] – e ao protagonismo judicial na concretização da Constituição.[1025]

[1023] LYNCH, Christian Edward Cyril; CHALOUB, Jorge. Constituição cidadã: trinta anos por um triz. **Insight Inteligência**, n. 83, p. 40–53, 2018, p. 47.

[1024] Pareceria mais preciso falar em uma "dogmática constitucional da efetividade", como apontado por um de seus representantes, Clémerson Merlin Clèvé. Para o autor, trata-se de uma dogmática transformadora, que tem como compromisso primeiro a "ordem política". O cerne dessa dogmática, que encontra seu representante também em Luis Roberto Barroso, era "apostar nas virtualidades dirigentes e democráticas do novo texto e de irrigar a ordem jurídica com os valores plasmados no documento constitucional", cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin, Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração, *in*: **Temas de direito constitucional**, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 345–356..

[1025] LYNCH, Christian Edward Cyril; CHALOUB, Jorge. Constituição cidadã: trinta anos por um triz. **Insight Inteligência**, n. 83, p. 40–53, 2018

Para Lynch e Chaloub, no entanto, o "colapso" do sistema surgiria no período de 2013 a 2018.[1026] Dois grupos de razões teriam levado a este colapso, para os autores: em uma perspectiva institucional, o questionamento da legitimidade do presidencialismo de coalizão firmado sobre fisiologismos injustificáveis; e a ocupação do vazio deixado por Executivo e Legislativo pelo Judiciário. No campo dos valores, o "consenso progressista forjado ao fim do regime militar" teria sido confrontado com a ascensão de uma nova direita que se apresenta "erudita para os eruditos e desabusada para a massa, alcançando um público que as gerações conservadoras anteriores jamais sonharam alcançar" [1027]. Na medida que os temas políticos se converteram não só em questões constitucionais, como também em matérias judiciais, setores à esquerda e à direita teriam reagido ao avanço do Poder Judiciário, gerando um "estresse inédito" para a Constituição de 1988, cujo próprio projeto passa a ser posto em xeque[1028].

A leitura de Vieira e Barbosa também caminha no sentido de identificar em 2013 o início da instabilidade do pacto constitucional brasileiros.[1029] Para os autores, apesar de os impulsos iniciais das jornadas terem sido no sentido de fazer valer as promessas constitucionais emancipatórias, elas teriam revelado tensões no sistema: uma tensão institucional envolvendo as elites políticas e o presidencialismo de coalizão e uma tensão quanto à capacidade do governo de arbitrar conflitos distributivos. A eleição de Dilma, seguida da contestação do resultado consagra, para os autores, uma crise que ataca a própria Constituição, ao substituir o modelo conciliador por um modelo conflitivo.[1030]

Fato é que a crise iniciada em 2013 e que arrasta todos os poderes para o seu centro envolveu fatos políticos diversos: a operação Lava-Jato, que revelou o maior esquema de corrupção conhecido o Brasil; o processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff; a eleição de Jair Bolsonaro em 2018[1031].

[1026] *Ibid*. p. 49.
[1027] *Ibid*. p. 50.
[1028] *Ibid*. p. 51.
[1029] Nessa linha, Vieira e Barbosa identificam nas jornadas de 2013 o início de "um perigoso processo de desestabilização do sistema político brasileiro originado do pacto constitucional que selou a transição democrática", cf. VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. DO COMPROMISSO MAXIMIZADOR À RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 3, p. 375-393, 2018.
[1030] *Ibid*.
[1031] VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo, Brazil: Companhia das Letras, 2018.; LYNCH, Christian Edward Cyril; CHALOUB, Jorge. Constituição cidadã: trinta anos por um triz. **Insight Inteligência**, n. 83, p. 40–53, 2018

A despeito dos avanços democráticos e em termos de direitos pelos quais passou o Brasil desde 1988, verifica-se o paradoxal fato de que "novo tipos de violência, injustiça, corrupção e impunidade aumentaram dramaticamente", como apontado por Holston[1032].

Em meio a uma convulsão política, social e econômica, é de se questionar então se a própria identidade da Constituição de 1988 não se encontra posta em xeque e sob risco de transformações e rupturas acentuadas. Para analisar esta hipótese, proponho partir de duas das perspectivas adotadas nesta tese: a ideia de crise substancial e a ideia de crise procedimental da Constituição. Pela ótica substancial, assumo como marco para a análise da crise e ruptura de identidade constitucional a Emenda n. 95/2016, que estabeleceu o teto constitucional de gastos. Pela ótica procedimental, por sua vez, pretendo analisar medidas difusamente adotadas no primeiro ano do governo Bolsonaro de modo a identificar se é possível falar, ali, na existência de um constitucionalismo abusivo ou de handball constitucional tendente a buscar a ruptura constitucional. Tanto na ótica substancial, quanto na procedimental, será dada especial atenção também à própria eleição de Jair Bolsonaro como manifestação (ou não) de rechaço ao projeto constitucional de 1988.

6.4.1 A crise substancial da Constituição de 1988: a Emenda Constitucional n. 95 e a eleição de Jair Messias Bolsonaro como contestação do projeto constitucional de 1988.

Para Bruce Ackerman, a reeleição do presidente da república é uma evidência, na trajetória histórica americana, da confirmação de sua pauta política transformadora da Constituição. [1033] É esta a explicação que o autor dá para os avanços do *New Deal* a despeito da incompatibilidade entre os princípios de *welfare state* e a Constituição americana no início do século XIX. A teoria ackermaniana levanta a questão quanto ao significado de uma eleição presidencial com relação às aspirações e compromissos de uma comunidade constitucional.

No contexto brasileiro, essa pergunta é especificamente relevante diante da recente eleição de Jair Bolsonaro. O primeiro presidente eleito a romper a dualidade entre PT

[1032] HOLSTON, James. **Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. 1a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 349.
[1033] A reeleição consistiria em um mandato popular para conduzir a nova visão de governo constitucional, cf. ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993, p. 4.

e PSDB desde o governo de Fernando Henrique Cardoso era conhecido, antes das eleições, por suas declarações de natureza racista, homofóbica, machista, refratária aos direitos humanos e comprometida com a ditadura e o autoritarismo. Trata-se, em todos os aspectos, da própria negação da identidade constitucional emancipatória que se tem analisado nesta tese.

Seria, então, a eleição de Bolsonaro um indicativo de uma crise constitucional no sentido substancial? É necessário recordar que, para configurar uma crise constitucional na perspectiva substantiva como aqui posta, não basta que valores diversos ou mesmo contrários à identidade constitucional vigentes sejam postos na esfera pública. É preciso, pelo contrário, identificar elementos que demonstrem a inflexão e os impulsos na própria comunidade constitucional no sentido de alterar os valores que constituem esta esfera de sua identidade.[1034]

Em um primeiro sentido, é preciso reforçar o argumento posto anteriormente no sentido de que não basta, para analisar crises de identidade constitucional, tecer considerações que se voltam exclusivamente para uma das instituições de exercício do poder político. Executivo, Legislativo e Judiciário podem ser vias de manifestação da vontade constituinte da comunidade constitucional, mas não são representantes apriorísticos desta comunidade. Afirmar que os valores básicos estabelecidos pela Constituição de 1988 estão em xeque pela simples eleição de Bolsonaro é insuficiente. Mas a eleição não pode ser ignorada como um elemento que pode apontar uma transformação à espreita.

De fato, Bolsonaro recebeu, já no primeiro turno das eleições, 46,03% (quarenta e seis por cento e três centésimos) dos votos válidos. Em termos percentuais, contudo, salvo pela eleição de Fernando Collor em 1989 (30,47%), o apoio recebido por Bolsonaro equiparável ou inferior àqueles obtidos por presidentes eleitos para um primeiro mandato – quais seja, Fernando Henrique Cardoso (54,25%), Luís Inácio Lula da Silva (46,44%) e Dilma Rousseff (46,91%). O padrão se repete quanto ao apoio recebido por Bolsonaro no segundo turno das eleições, este inferior ao percentual obtido por Dilma e Lula[1035] quando concorreram aos seus primeiros mandatos. Em termos eleitorais, ainda que se verifique a evidência de que se constituiu uma maioria política que, por convicção ou indiferença, está de acordo com os princípios expostos pelo presidente, o mero fato da eleição

[1034] Do contrário, pode-se estar meramente diante do fenômeno do povo que "vai na onda" do movimento político predominante, seja por falta de convicção, seja por receio de represarias. Foi assim, aliás, que Loewenstein interpretou o apoio de parte considerável dos alemães ao regime nazista, cf. LOEWENSTEIN, K., **Hitler's Germany: The Nazi Background to War**, [s.l.]: Macmillan, 1939. p. 53.

[1035] Fernando Henrique Cardoso foi eleito em primeiro turno tanto em 1994, quanto em 1998.

não foge aos padrões antes verificados em pleitos anteriores. Apesar disso, não se pode ignorar a relevância do presidente da República na formação das visões constitucionais substantivas da sociedade. Como apontou por Abraham Lincoln em sua campanha presidencial, marcada pela pauta da abolição da escravidão, o sentimento público é tudo: "com o sentimento público, nada pode falhar; sem ele, nada pode ser bem-sucedido. Consequentemente, quem molda o sentimento público vai mais a fundo que quem edita leis e decisões".[1036]

O fato é, contudo, que o avanço conservador não se fez sentir apenas no âmbito do Poder Executivo. De fato, as eleições de 2018 promoveram substancial renovação do Congresso, constituindo o que foi reconhecido como o corpo de congressistas mais conservador desde o início da República. [1037]

No plano social, o cenário para a identidade emancipatória da Constituição não é mais tranquilizador. De fato, desde as Jornadas de Junho surgem discursos que buscam a "suspensão" da Constituição por meio de golpe militar supostamente alicerçado no artigo 142 da Constituição. [1038] No campo dos consensos constitucionais, também se levantam as vozes e movimentos que propõe o controle ideológico das escolas como forma de impedir a proteção – pela via pedagógica – de crianças e adolescentes LGBT+[1039]. Desde o governo Dilma, a chamada pauta dos costumes – que reúne, em realidade, as reivindicações por reconhecimento de direitos, especialmente de grupos marginalizados – vem sendo colocada em segundo plano, com a desestruturação das instituições e políticas de proteção de direitos humanos. [1040]

Esta confluência de fatores, se não é capaz ainda de institucionalizar expressamente a reversão de direitos, tem gerado impactos na proteção efetiva destes direitos. Relatório do *Human Rights Watch,* neste sentido, aponta para um aumento em 20% das

---

[1036] COLE, David. **Engines of liberty: the power of citizen activists to make constitutional law**. First trade paperback edition, revised edition. New York: Basic Books, an imprint of Perseus Books, LLC, a subsidiary of Hachette Book Group, Inc, 2017.

[1037] MEDEIROS, Lydia, Análise: Congresso será o mais conservador das últimas três décadas, 2018; Um Congresso mais conservador inicia nova Legislatura, **IstoÉ**, 2019.

[1038] A questão ficou em evidência especialmente durante a greve dos caminhoneiros em 2018, cf. SENRA, Ricardo, Grupos pró-intervenção militar tentam influenciar rumo de greve dos caminhoneiros, **BBC Brasil**, 2018.

[1039] CARDINALI, Daniel Carvalho. A escola como instrumento do dever constitucional de enfrentamento da homofobia: potencialidade e tensões. **Revista Publicum**, v. 1, p. 33, 2017.

[1040] Ainda no Governo Dilma se identificam acenos às alas conservadoras com a retirada de circulação das apostilas anti-homofobias – pejorativamente chamadas de "kit-gay", cf. PASSARINHO, Nathalia, Dilma Rousseff manda suspender kit anti-homofobia, diz ministro, **G1**, 2011. Ainda, no mesmo governo, logo após regulamentar o valor do aborto terapêutico na rede pública, o governo recuou em resposta às reações conservadoras e revogou a mencionada portaria, criando um vácuo normativo sobre o tema, cf. PIERRY, Flávia, Ministério da Saúde revoga portaria que definia valor de aborto terapêutico no SUS, **O Globo**, 2014.

mortes causadas por policiais em 2018; para o agravamento da crise dos presídios e superencarceramento de crianças e adolescentes; e para a intensificação do desmatamento desregrado.[1041] E se, por um lado, o Supremo Tribunal Federal sinalizou, em 2018 e 2019, que manteria o avanço jurídico em pautas LGBT – notadamente nos julgamentos da ADI n. 4.275 que reconheceu o direito à requalificação de pessoas trans, e do MI n. 4.733, que estendeu a criminalização do racismo também à homofobia –, por outro o mesmo período contou com investidas em esferas federativas diversas[1042] no sentido de retroceder na promoção da tolerância e do respeito às minorias sexuais e de gênero.

Uma das mais incisivas contestações dos compromissos constitucionais de 1988, no entanto, surge antes do governo Bolsonaro e é avançada após o impeachment – no período de governo do presidente Michel Temer. Diante de uma crise econômica que se seguiu à crise política e social instauradas desde 2013, a proposta apresentada pelo governo Temer para contornar a crise envolveu um mecanismo de ajuste fiscal inédito até então. A chamada Emenda Constitucional do Teto de Gastos – a Emenda Constitucional n. 95/2016 – estabeleceu um limite nos gastos públicos totais do governo, reajustados anualmente pela inflação e atingindo inclusive as políticas de promoção de direitos sociais. Nos termos da emenda constitucional, , o aumento global dos gastos públicos se torna inviabilizado, o que exigiria, para o aumento dos investimentos em direitos sociais, a realocação de despesas orçamentárias.

Deve-se lembrar, em contraposição, que o traço distintivo da Constituição de 1988 foi o estabelecimento de um Estado Social e Democrático cujo compromisso com o combate à desigualdade envolve precisamente a promoção de direitos prestacionais, como saúde e educação. Como afirmado por Cléve, quanto aos direitos sociais a Constituição teria estabelecido um ideal de progressividade, no sentido de que "o retrocesso social não é aceitável em uma Constituição como a brasileira".[1043]

A emenda do teto operou como uma alteração formal da Constituição que, ao atingir diretamente a capacidade dos governos para atuar nos avanços de tais direitos – e,

---

[1041] HUMAN RIGHTS WATCH. **World Report 2020: events of 2019.** S.l.: Seven Stories Press, 2020.

[1042] São emblemáticos, neste sentido, o caso da censura à Bienal do Livro do Rio de Janeiro, promovida pelo prefeito Marcelo Crivella contra publicações infanto-juvenis tratando de temas LGBT; bem como a retirada de circulação, pelo governo do Estado de São Paulo de João Dória, de apostilas que tratavam de identidade de gênero. Cf. MOLINERO, Bruno, Após censura, obras com tema LGBT puxam vendas na Bienal do Livro, **Folha de S. Paulo**, 2019. PINHO, Angela; MARTÍNEZ-VARGAS, Ivan, Doria manda recolher material sobre identidade de gênero por suposta apologia, **Folha de S. Paulo**, 2019.

[1043] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. [s.l.: s.n.], 2012.

portanto, reduzir o espaço de deliberação democrática de maiorias históricas futuras –, acaba por apontar em sentido contrário aquele que caracterizou o projeto de 1988.

Nessa linha, em análise pontual sobre o tema, Richard Albert qualificou a emenda do teto como um desmembramento constitucional, ou seja, como uma transformação da Constituição em que a emenda é apenas a via formal para uma substituição do projeto constitucional existentes. Como desmembramento constitucional, a emenda do teto de gastos revela a institucionalização, no texto constitucional, de princípios e objetivos incompatíveis com a identidade da Constituição de 1988.

De fato, ao limitar o teto global de gastos por 20 anos, a Emenda Constitucional n. 95 atinge dois compromissos substantivos da Constituição de 1988: a redução das desigualdades, notadamente por meio da prestação de direitos sociais, e a promoção da democracia, como manifestação do princípio do autogoverno. Pensada na lógica das cláusulas pétreas, é possível afirmar – como de fato afirmam as ações direta de inconstitucionalidade já ajuizadas contra a emenda[1044] - que o congelamento dos gastos públicos por 20 (vinte) anos atinge um núcleo intangível da Constituição: os direitos sociais (art. 60, §4º, IV)[1045] e o direito ao voto (art. 60, §4º, II). Quer-se propor, aqui, uma análise distinta: é possível sustentar uma lógica de continuidade entre uma Constituição que expressamente estabeleceu seus objetivos de superação das desigualdades sociais e uma medida cuja aplicação implica virtualmente o congelamento dos investimentos ainda necessários para obtê-la?

Em termos normativos em sentido amplo, a Emenda Constitucional n. 95/2018 é incompatível com a identidade substancial da Constituição não (só) porque viola cláusulas pétreas, mas porque desnatura a novela que começou a ser escrita em 1988. A brusca interrupção dos investimentos em saúde ou educação implica a própria negação de parcela da

[1044] Trata-se das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5.633, 5.643, 5.655, 5.658, 5.680 e 5.715.

[1045] Não se ignora, por evidente, o profícuo debate acerca da inclusão ou não dos direitos sociais no rol das cláusulas pétreas. Para os fins que aqui se pretende desolver, no entanto, é possível estabelecer que mesmo que fosse possível alinhar-se à corrente que excluiria sua proteção, o desenvolvimento dos direitos sociais no pós-1988 esteve intrinsecamente relacionado ao caráter emancipatório da Constituição de 1988, a ponto de ser razoável afirmar que sua promoção está associada à própria identidade constitucional. Sobre a discussão envolvendo a interpretação de cláusulas pétreas, confira-se: BRANDÃO, Rodrigo, São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?, **Custos Legis**, p. 1–25, 2010; GONÇALVES, Jane Reis. Direitos sociais, estado de direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. **Rio de Janeiro: Quaestio Iuris**, v. 8, n. 3, 2015. ; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia e "cláusulas pétreas" na Constituição Federal de 1988. NOVELINO, Marcelo. FELLET, André (Org.). **Constitucionalismo e dem**ocracia. Salvador: JusPodvim, 2013.

.

decisão política fundamental tomada pelo constituinte de 1988 no sentido de estabelecer a universalização da saúde, da educação e dos direitos sociais em sentido amplo. Correta, neste sentido, a leitura de Richard Albert para quem a emenda é, na verdade, um "desmembramento".

Não só isso, no plano normativo estrito, ao pretender uma ruptura constitucional, a Emenda Constitucional n. 95/2018 efetivamente viola o limite implícito ao poder de emenda que se revela na identidade constitucional. Isso não significa, como visto, que medidas que restrinjam os gastos públicos sejam em sua totalidade inválidas. Significa, sim, que qualquer medida proposta tem que ser compatíveis com a "herança preciosa" de 1988 – seus ideais emancipatórios e seu potencial de transformação social.

Deste quadro, extrai-se que a Constituição de 1988 de fato se sujeita, atualmente, a uma condição de crise substancial. Tanto no âmbito dos poderes constituídos, quanto no plano das medidas institucionalizadas contra o projeto constitucional, há indícios de que há lutas contra a Constituição de 1988 que, bem-sucedidas, podem levar a uma substituição do projeto constitucional emancipatório por outro, com características diversas. Antes de analisar como a identidade constitucional pode reagir, como conceito, a estas investidas, passo à análise dos indicativos de uma crise procedimental do modelo constitucional.

6.4.2 A crise procedimental da Constituição de 1988: constitucionalismo abusivo e o retrocesso democrático no governo Bolsonaro.

Uma das mais reconhecidas críticas à Constituição de 1988, quando de sua promulgação, sustentava que a Carta tornaria o Brasil ingovernável.[1046] Como se sabe, a profecia não se concretizou. Pelo contrário, sob a Constituição de 1988 viu-se uma consolidação do presidencialismo com a liderança do chefe do Poder Executivo nas pautas políticas. Índices como as taxas de dominância e de sucesso das medidas propostas pelo Executivo – reveladoras de sua capacidade de guiar as decisões do Poder Legislativo – superaram no Brasil, por muitos anos, aquelas vistas até mesmo em democracias parlamentares consolidadas. [1047]

A leitura mais difundida sobre o fenômeno é a que vê nascer no Brasil pós-88 um modelo de governo que se denominou "presidencialismo de coalizão". Sérgio Abranches propunha, ainda em 1988, que a reunião de fatores específicos como a representação proporcional, o multipartidarismo e o presidencialismo teriam criado a exigência de formação de coalizões para garantir a governabilidade no Brasil. [1048]A formação das coalizões envolve desde o período eleitoral – com o alinhamento de programas partidários genéricos – até o próprio governo, com a barganha que envolve a troca de apoio político por cargos e nomeações[1049]. A leitura de Abranches, à época em que cunha a expressão, era cética quanto à capacidade do modelo institucional brasileiro, como posto, de resolver conflitos e manter o "equilíbrio constitucional". [1050]

Mais adiante, no entanto, Fernando Limongi e Argelina Figueiredo demonstraram que o modelo institucional brasileiro, em realidade, reforçou o protagonismo do Poder Executivo em comparação com sistemas anteriores, atribuindo-lhe o poder de agenda.[1051] Os autores chegaram a afirmar, ainda, que diante das prerrogativas institucionais

---

[1046] VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. DO COMPROMISSO MAXIMIZADOR À RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 3, p. 375-393, 2018.
[1047] MOISÉS, José Álvaro, O desempenho do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão (1995-2006), *in*: MOISÉS, José Álvaro (Org.), **O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão**, Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.
[1048] ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de, Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro dados–Revista de Ciências Sociais, **dados- Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n. 1, p. 5–34, 1988.
[1049] *Ibid*.
[1050] *Ibid*.
[1051] LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina, Poder de agenda e políticas substantivas, **Legislativo brasileiro em perspectiva comparada**, p. 77–104, 2009.

atribuídas ao Executivo, "é forçoso concluir que o Congresso Nacional está longe de constituir obstáculo à ação governativa" daquele poder.[1052]

O quadro não parece reverberar com a política brasileira contemporânea. De fato, o primeiro ano do governo Bolsonaro foi marcado pela atuação intensa do Congresso Nacional no avanço de pautas políticas e sociais e no controle e superação de propostas do Executivo. Um exemplo, aproximadamente 30% dos vetos presidenciais apresentados por Jair Bolsonaro em seu primeiro ano de governo foram superados pelo Congresso – em comparação com os índices de 6,5%, 0%, 0% e 1,5% dos primeiros anos dos governos de Fernando Henrique Cardoso, Luís Inácio Lula da Silva, Dilma Rousseff e Michel Temer, respectivamente.[1053] Sorte semelhante é a dos projetos de governo apresentados por Bolsonaro: em seu primeiro ano, trata-se do governo que, equiparável a Temer, menos logrou aprovar projetos[1054] Tamanha parece ser a mudança nas relações entre Executivo e Legislativo que há quem fale no surgimento de um parlamentarismo informal ou parlamentarismo de fato, capitaneado pelo presidente da Câmara, Rodrigo Maia. [1055]

Extrair conclusões do primeiro ano de governo Bolsonaro enquanto o presidente segue no exercício do mandato seria precipitado. Mas cabe analisar a razoabilidade de uma hipótese que veja nestas mudanças indícios de crise e transformação da identidade constitucional procedimental da Constituição.

No plano da crise, Christian Lynch e Jorge Chaloub sustentam que a suspensão do presidencialismo de coalizão pode estar mais relacionada com fatores como a perda das bases políticas do presidente ou uma incapacidade de articulação dos agentes políticos do que com uma crise propriamente dita. Ainda que esta leitura seja adequada, dela não se extrai que algo mudou em termos de estrutura constitucional.

De fato, o texto da Constituição de 1988 continua substancialmente o mesmo no que diz respeito ao desenho institucional, em comparação com o que havia até 2018. É certo que, em 2017, a aprovação da Emenda Constitucional n. 97 alterou as regras de coligação partidária e de acesso ao fundo partidário. No primeiro caso, contudo, o novo modelo vige apenas a partir de 2020; enquanto as repercussões da limitação ao acesso a

---

[1052] FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub; LIMONGI NETO, Fernando Papaterra, **Executivo e legislativo na nova ordem constitucional**, 1a. ed. Rio de Janeiro, Brasil : [São Paulo, Brazil]: Editora FGV ; FAPESP, 1999.
[1053] WETERMEN, Daniel, Congresso revê quase 30% dos vetos de Bolsonaro, **O Estado de S. Paulo**, 2019.
[1054] FÁVERO, Bruno, Bolsonaro iguala Temer como presidente que menos aprovou projetos no Congresso no 1º ano, **AosFatos**, 2020.
[1055] AMADO, Guilherme, Rodrigo Maia e o "parlamentarismo de fato", **Época**, 2019.

recursos do fundo partidário só poderão se fazer sentir também nas próximas eleições. Mas a relativa estabilidade do texto constitucional não pode disfarçar as mudanças recentes no modelo de separação dos poderes que representa a Constituição de 1988. Se, de fato, o modelo constitucional de 88 é marcado pelo presidencialismo de coalizão e este não mais opera em seus termos, então é possível, sim, que se possa falar em uma transformação da identidade constitucional procedimental da Constituição.

É certo que o presidencialismo não é elencado no rol das cláusulas pétreas, pelo que a escolha pelo sistema de governo em si não seria regida por uma lógica de intangibilidade. Mas como traço característico do ordenamento constitucional vigente, as mudanças que se operam sobre esse modelo também são mudanças na identificação da Constituição. Isso não significa, como já visto, que caso se conclua que houve efetiva transformação, ela estaria sujeita a alguma espécie de controle judicial em razão de suposta inconstitucionalidade ou ilegitimidade.

Lembre-se, neste sentido, que a identidade constitucional é de fato mutável, desde que não seja efetivamente descaracterizada. E, nessa linha, a mera mudança no equilíbrio dos poderes, conquanto possa ensejar eventual transformação da identidade constitucional, não implicaria ruptura com o modelo vigente – e sim sua adequação as mudanças da realidade constitucional.

Se essa linha indica falta de elementos para afirmar que se está diante de uma crise constitucional propriamente dita, isso não significa que não se tenham materializados fenômenos que buscam incrementalmente transformar o funcionamento institucional do Estado brasileiro, minando as premissas democráticas da Constituição de 1988. Exemplo eloquente disso são os avanços do Executivo, promovidos ao longo de 2019, sobre mecanismos de democracia participativa estabelecidos nos governos anteriores.

Como destaca Daniel Sarmento, a democracia não se resume à "realização periódica de eleições com sufrágio universal. Ela exige também, a "participação direta dos cidadãos no processo político", com o objetivo de aprimorá-lo, municiando o processo com mais informações e mais pontos de vista. No contexto atual de crises institucionais, prossegue o autor, a relevância da democracia participativa é acentuada, visto que "decisões fundamentais para a vida da sociedade, adotadas sem que a cidadania tenha tido qualquer

possibilidade de participar, têm suas credenciais democráticas seriamente comprometidas".[1056]

Em 11 de Abril de 2019, o governo federal editou o Decreto n. 9.759/2010 que extinguiu os "colegiados da administração federal" – revogando, com isso, a Política Nacional de Participação Social que estabelecera a criação de diversos fóruns de participação da cidadania em que se pretendia estabelecer uma ponte de diálogo com o governo. A medida implicou a redução de 2.593 conselhos populares para apenas 32, preservados os conselhos vinculados a instituições federais.[1057] A redução da participação popular no governo se fez sentir também no Conselho Nacional de Políticas Sobre Drogas ("Conad"). O Conad fora estabelecido com fundamento na Lei n. 11.343/2006, por meio do Decreto n. 5.912/2006. Na forma do mencionado decreto, o Conad reunia competências para acompanhar a atualizar a política nacional sobre drogas (Art. 4°, Decreto n. 5.912/2006), contando com a participação do Ministro de Segurança Institucional, do Ministro da Justiça, do Secretário Nacional Antidrogas, do Secretário Nacional de Política Sobre Drogas, de representante da área técnica da Secretaria Nacional Antidrogas, de representantes dos Ministérios da Educação, Defesa, Relações Exteriores, Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Saúde, Justiça, Fazenda e Direitos Humanos, de representantes dos Conselhos Estaduais de Entorpecentes ou Antidrogas e, aí repousa o aspecto mais relevantes, de 13 representantes da sociedade civil – entre médicos, educadores, estudantes, profissionais da imprensa e representantes de organizações do terceiro setor. Em 19 de julho de 2019, o governo edital editou o Decreto n. 9.926/2019 que reformulou a composição do conselho excluindo a participação da sociedade civil como um todo – mantendo, em contrapartida, os membros vinculados à administração federal. De modo semelhante, o Decreto n. 10.003/2019 buscou alterar a composição do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Adolescente, instituído pela Lei n. 8.242/1991, igualmente para excluir a participação da sociedade civil de sua composição. Ainda, não se pode ignorar o Decreto n. 9.673/2019, editado no primeiro dia de mandato e que exonerou a

[1056] SARMENTO, Daniel, Saneamento básico, federalismo cooperativo, direitos fundaemtnais e participação: inconstitucionalidades na privatização da CEDAE, *in*: **Direitos, Democracia e República: escritos de Direito Constitucional**, [s.l.: s.n.], 2018, p. 425–447.
[1057] SACONI, João Paulo, Decreto do governo Bolsonaro mantém apenas 32 conselhos consultivos, **O Globo**, 2019.

equipe do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura – grupo responsável por avaliar e prevenir a prática de tortura no Brasil.[1058]

O ataque aos conselhos populares não passou despercebido dos órgãos de controle judicial. É o que se verifica a partir da análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 622, ajuizada em face do Decreto n. 10.003/2019 e pelo qual a Procuradoria-Geral da República sustentou que o esvaziamento do Conanda implicaria violação à democracia participativa, à igualdade, entre outros. Decidindo o pleito cautelar de suspensão do decreto, Luís Roberto Barroso identificou o risco de medidas como esta configurarem modelo de constitucionalismo abusivo. Confira:

> O constitucionalismo e as democracias ocidentais têm se deparado com um fenômeno razoavelmente novo: os retrocessos democráticos, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso das armas. Ao contrário, as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente validas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático.[1059]

Apesar de afirmar o risco de constitucionalismo abusivo, Barroso prosseguiu para sustentar que não seria possível falar em risco democrático no Brasil, "cujas instituições amadureceram ao longo das décadas e se encontram em pleno funcionamento". Nessa linha, a decisão no sentido de suspender cautelarmente o decreto impugnado não se fundamentou diretamente na abusividade da prática do governo, e sim na violação aos comandos constitucionais e legais que impunham a participação social nos conselhos sobre direitos das crianças e adolescentes (artigo 204, II e artigo 227, §7º, CRFB/1988).

Destino semelhante foi dado ao Decreto n. 9.759/2019. Por maioria, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a extinção dos conselhos estabelecidos pelo Plano Nacional de Participação Social até julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.

[1058] O caso do mecanismo envolve não só uma discussão sobre retrocesso democrático, como também uma investida direta contra o compromisso constitucional com o combate à tortura (art. 5º, III, CRFB/1988). É de se lembrar, a este respeito, o oposto compromisso histórico de Bolsonaro – cuja fala reiteradamente exaltara a prática de tortura, cf. REDAÇÃO, "Eu sou favorável à tortura", diz Bolsonaro em vídeo, **Revista Fórum**, 2018.
[1059] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 622. Relator Min. Roberto Barroso. Decisão em 19 dez. 2019.

6.121.[1060] Em seus votos, os ministros favoráveis à concessão da cautelar destacaram a relevância da participação popular na democracia constitucional brasileira e o risco de violação a direitos fundamentais que poderia advir do decreto.

De fato, a tentativa de esvaziamento dos conselhos populares caminha em sentido oposto aos compromissos e aspirações democráticas de 1988. Ao estabelecer uma nova democracia, em superação ao regime ditatorial que a antecedeu, a Constituição de 1988 trouxe em seu caráter emancipatório também a perspectiva de inclusão política dos brasileiros como cidadão. Inclusão que exige não só o direito de voto (democracia representativa), como também mecanismos que dão vazão, entre os períodos eleitorais, às reivindicações populares.

Mais do que as alterações nos arranjos do poder político-constitucional, esta espécie de crise procedimental que ataca as premissas democráticas da Constituição acaba por gerar um abalo em sua estrutura básica que, de fato, pode caminhar no sentido da ruptura da identidade sedimentada ao longo dos 31 anos de Constituição. Há, pois, na exclusão da sociedade civil de tais conselhos, uma tentativa de romper com esse potencial democrático emancipatório, em favor de um retrocesso democrático.

Diante dos indicativos de que há uma crise constitucional substancial e procedimental, como pensar o papel da identidade constitucional?

[1060] BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação direta de inconstitucionalidade n. 6.121. Decisão em 12 jun. 2019.

6.4.3 Como a identidade constitucional de 1988 pode resistir à crise? Entre ruptura e reapropriação do projeto de 1988

Analisar todos os recentes discursos que avançam ou contestam o modelo constitucional de 1988 extrapolaria mesmo os limites desta tese. Não se poderia encerrar, no entanto, sem observar que pairam sobre outros aspectos da vida constitucional brasileira discursos que envolvem riscos à identidade constitucional brasileira. Não só riscos de transformação em sentido estrito – que fazem parte da trajetória de uma Constituição – mas efetivos avanços contrários ao modelo emancipatório identificado anteriormente. Como nas crises constitucionais em geral, as respostas da sociedade aos movimentos de contestação dos consensos constitucional já se desenham em torno de dois caminhos de destaque: o caminho da ruptura e o caminho da retomada e da reapropriação.

Não é de hoje que grupos sociais propõem a elaboração de novas Constituições. O debate sobre mini-constituintes, por exemplo, é candente no cenário brasileiro. Mas as recentes transformações sociais – notadamente fundadas em um discurso genérico de combate à corrupção – deram novo impulso a vozes que propugnam a superação da Carta de 1988 em favor de uma nova medida. O caminho da ruptura constitucional é avançado, no Brasil, não só pelos que propõe um combate ao sistema político como aqui desenvolvido – relembrando as teses de que o Estado brasileiro é eminentemente patrimonialista – como também por aqueles grupos que buscam ver superados os ideais emancipatórios da Constituição de 1988. Estes grupos, negligenciados diante dos avanços da Constituição ao longo de seus 25 anos iniciais, buscam o retorno a um Brasil pré-88 – seja o Brasil dos anos de chumbo, seja o Brasil monárquico. Avanços contra o modelo de estado social, contra as políticas públicas de combate à miséria; contra a pauta antirracista, feminista e LGBT são apenas alguns exemplos de como estes grupos se movimentam para contestar os consensos constitucionais igualitários contra a identidade da Constituição de 1988.

Em paralelo, no entanto, surge também um caminho de retomada, reapropriação e aprofundamento da Constituição. Em setembro de 2019, agentes da prefeitura do Rio de Janeiro, por ordem do prefeito e bispo neopentecostal Marcelo Crivella, foram à Bienal do Livro que se realizava na cidade com o objetivo de censurar uma história em quadrinhos de super-herói que contava com a representação de um beijo entre personagens do mesmo sexo. A decisão da prefeitura chegou a ser avalizada inclusive pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cujo presidente afirmou que a obra poderia atentar contra o Estatuto da

Criança e do Adolescente. O avanço da censura e, pode-se dizer, da homofobia, viu sua resposta imediata na sociedade civil.

No dia seguinte, em 7 de setembro de 2019, manifestantes foram à Bienal com cartazes contra a censura e fazendo alusão expressa a luta pela liberdade de expressão inserida no artigo 5º, IX da Constituição de 1988. O tema assumiu protagonismo nas páginas de jornais, com manifestações de diversos setores da sociedade civil contrários ao ato de censura. Os exemplares do livro que se pretendia censurar esgotaram.

Em maio de 2019, os noticiários e as redes sociais foram tomados ainda por outra notícia, desta vez envolvendo o governo federal. Tratava-se do contingenciamento de 30% das verbas discricionárias na Educação. Em 15 de maio, manifestantes ocuparam mais de 200 cidades do país contra o contingenciamento. O presidente Jair Bolsonaro, inicialmente, classificou os manifestantes como "idiotas úteis" e "imbecis". Diversas outras manifestações se seguiram e, em setembro do mesmo ano, o contingenciamento foi parcialmente revertido.

Da mesma forma, tanto o Congresso Nacional quanto o Supremo Tribunal Federal têm deixado de aprovar,[1061] expressamente rejeitado[1062] ou suspendido[1063] diversas medidas adotadas pelo governo ao longo do primeiro ano de mandato de Bolsonaro.

Qual é o papel da identidade constitucional enquanto conceito nestas disputas narrativas, políticas, sociais e jurídicas que se travam no seio do ordenamento constitucional brasileiro? Como proposto ao longo desta tese, a identidade constitucional pode operar em suas três funções de forma a contribuir com o debate atual.

Primeiro, a identidade constitucional pode operar em sua função constitutiva para reconstruir os laços perdidos de uma comunidade constitucional em formação. O termo polarização tem sido central às análises sobre a sociedade brasileira (e no mundo em geral). A eleição de Jair Bolsonaro intensificou, no Brasil, o discurso do nós contra eles, rompendo não só os laços de solidariedade entre grupos sociais, como até mesmo das coletividades mais básicas como a família.[1064] A Constituição de 1988, com seu caráter compromissório e repleta de aspirações insuficientemente teorizadas, confere as bases normativas para que diferentes

---

[1061] A exemplo das Medidas Provisórias n. 873, 874, 875, 876, 877, 878, 880, 882, 883, 891 e 892.
[1062] Medida Provisória n. 879.
[1063] Além dos decretos já mencionados, o STF suspendeu as medidas provisórias n. 870, 896 e 904 – que tratavam, respectivamente, da competência para remarcação de terras indígenas; de excluir a obrigação de órgãos públicos de publicarem editais em jornais; e da extinção do DPVAT.
[1064] MORI, Letícia, **Eleições 2018: "Meu irmão ameaçou me proibir de ver minhas sobrinhas" - o pleito que dividiu famílias**, BBC Brasil, disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45987863>, acesso em: 2 jan. 2020.

grupos se identifiquem no projeto constitucional e desenvolvam suas disputas de narrativas dentro de seus limites. Em sua função constitutiva, a identidade constitucional pode operar para reunificar ética e identitariamente uma sociedade fragmentada em torno do projeto emancipatório constitucional.

Em segundo lugar, a identidade constitucional opera em sua função normativa em sentido amplo como parâmetro para avaliar as tentativas de transformação do ordenamento vigente. Ao definir a identidade constitucional de 1988, o intérprete – não apenas o jurista, como toda a sociedade aberta de intérpretes da Constituição– é capaz de avaliar normativamente as manifestações e discursos constitucionais, denunciando as rupturas e eventualmente avançando as propostas de aprofundamento do projeto constitucional.

Em sentido estrito, a função normativa da identidade constitucional opera especialmente para buscar conter as medidas voltadas à erosão da identidade constitucional. E neste caso, a função normativa não só opera para impedir atos pontuais de substituição constitucional – como é o caso do desmembramento constitucional –, como também é aplicável às tentativas de ruptura incremental da Constituição, como, por exemplo, pela via do constitucionalismo abusivo ou do jogo duro constitucional.

É essencial, nesta linha, ter em conta o caráter militante e emancipatório do projeto constitucional de 1988. Pois é este traço identitário da Constituição que permitirá avaliar as transformações possíveis, o aprofundamento, por exemplo, das pautas de superação da desigualdade e as rupturas inadmissíveis – como a reversão do reconhecimento e proteção de minorias e grupos vulneráveis. Isso não significa dizer que a Constituição de 1988 seja avessa ao conservadorismo. Pelo contrário, conservar tal projeto significa precisamente avançar seus objetivos básicos. Mas mesmo quando pensado em termos de pensamento político, o conservadorismo deve ser compatibilizado com a ordem constitucional vigente, disputando suas próprias narrativas e significados sem fazer tabula rasa dos compromissos e aspirações constitucionais.

Seja nas vias institucionais, seja nas vias não institucionais, o que a identidade constitucional pode nos dar é apenas uma ajuda para responder questões constitutivas de nossa sociedade. Mas não há conceito do Direito Constitucional, nem norma jurídica que seja capaz de, por si só, conformar a realidade. Caberá às pessoas de carne e osso definir, nesse processo histórico constante que é a construção de uma Constituição, qual é a história que contaremos sobre nós.

CONCLUSÕES

Um ditado do povo Ovimbundo afirma que "*capwa kiso kutima oko cili*" – não é porque não vivemos uma história, que deixamos de senti-la. Esta tese pensou a Constituição como uma história. Uma história que contamos em casa, nas ruas, nos tribunais. Uma história que podemos não ver e sequer conhecer a fundo, mas que podemos sentir nos compromissos e aspirações que nos engajam dia após dia.[1065]

A identidade constitucional como fenômeno constitucional busca lidar com esta visão que percebe a Constituição como uma tarefa que não se limita a juristas, mas cuja história também é contada nos espaços institucionais. Conforme argumentei nesta tese, o conceito de identidade reconhece que, subjacente a cada dispositivo ou prática constitucional tomada isoladamente, uma Constituição tem uma estrutura - um rosto identificável que a distingue de todas as outras. Como o rosto humano muda com o tempo – surgem rugas, caem os cabelos, mudam as tonalidades da pele – também o rosto da Constituição se modifica ao longo de sua existência. Mas a identidade constitucional se mantém apesar das transformações pelas quais passa a Constituição, precisamente porque é estrutura, espírito, decisão fundamental sobre o que uma comunidade constitucional é e ao redor de que projeto ela se estrutura.

Sustentei, que a identidade constitucional deve ser considerada em seus conteúdos, características e funções definidoras. Ela envolve os valores substantivos, procedimentais e relacionais básicos de um ordenamento constitucional. Ela se caracteriza por reunir uma pluralidade de indivíduos, grupos e reivindicações em sua formação. Ela se constrói e se transforma ao longo da existência de uma comunidade constitucional. Por fim, a identidade constitucional exerce funções essenciais nos espaços institucionais e não institucionais da sociedade: por meio do apelo à Constituição, forma-se a comunidade constitucional como uma coletividade que adere a seus princípios e formula seus projetos e expectativas. Por meio da interpretação desta identidade – tanto nos espaços de exercício de poder político e fora dele – esta mesma comunidade política é capaz de resguardar discursiva ou juridicamente tal identidade, ora evitando rupturas, ora propondo novos avanços e transformações.

[1065] Há, por certo, um aspecto normativo nesta percepção: a comunidade constitucional não está acabada e sua formação e formação exige também o fortalecimento do sentimento constitucional que pode reunir uma sociedade em torno do texto

Pensando na formação e transformação da identidade constitucional, sustentei que a chave para compreender tais processos está nas lutas travadas em uma dada comunidade constitucional pelas narrativas, significados e direitos extraídos da Constituição. A luta pela Constituição como fundamento da transformação da identidade constitucional se alicerça em teorias fundacionais e construtivistas da identidade constitucional para somar-lhes a perspectiva da luta pelo direito e da luta pelo reconhecimento. Em uma comunidade que tem sua centralidade jurídica e política definida pela Constituição, as lutas por inclusão e reconhecimento de demandas envolve os embates travados entre grupos sociais e impulsionados por aqueles que, excluídos do projeto vigente, pugnam pela sua inclusão e respeito.

Estes processos de luta pela Constituição podem culminar em transformações diversas da identidade constitucional. No capítulo 5, tracei a distinção entre transformações do tipo incremental e transformações do tipo fundacional, que por mecanismos distintos modificam os sentidos e narrativas atribuídos à Constituição. Ainda, voltei a atenção para o estudo do conceito de crise de identidade constitucional – um momento de virada em que os próprios consensos constitucionais são postos em xeque e a comunidade constitucional é chamada para decidir se vale a pena ou não seguir na luta pela Constituição que existe.

No último capítulo pretendi conferir uma interpretação de algumas transformações e processos de crise que atingiram a Constituição de 1988 desde sua adoção. A partir das lentes dos movimentos negro e LGBT, foi possível identificar como a Constituição é de fato algo que fazemos – não só nos momentos excepcionais de elaboração de uma nova carta, mas dia após dia, derrota após derrota, em processo de luta pela Constituição – de luta pelo atendimento das expectativas emancipatórias que o constitucionalismo representa.

Por fim, busquei conferir ainda uma interpretação às crises mais recentes do constitucionalismo brasileiro, reconhecendo-se que a proximidade histórica dos fatos pode conduzir a conclusões precipitadas. Longe, portanto, de dar uma resposta definitiva à questão quanto a se vivemos ou não, no Brasil, uma crise constitucional decorrente da erosão dos procedimentos de decisão institucional, da destruição do cosmopolitismo constitucional brasileiro ou da negação dos princípios substantivos que fundamental a carta de 1988, busquei partir da razoabilidade destas alegações para propor como a identidade constitucional pode operar de modo a conter tais investidas.

Seja em sua função constitutiva, seja em suas funções normativas, a identidade constitucional pode ser utilizada como instrumento para superar as recentes fragmentações

sociais, denunciar as tentativas de ruptura e inclusive buscar invalidá-las juridicamente. Este último aspecto, conquanto indiscutivelmente irrelevante por conferir instrumentos para instituições atuarem, não deve ser superestimado.

Como dito, a Constituição não é assunto (só) para Cortes. Diante da crise, das investidas, das tentativas de destruição, a identidade constitucional é nada mais que uma ferramenta. O único meio para defender a Constituição continua sendo a luta.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados**, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988.

ACKERMAN, Bruce. The Holmes Lectures: The Living Constitution'. **Harvard Law Review**, v. 120, p. 1727, 2007

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. **Virginia law review**, p. 771-797, 1997.

ACKERMAN, Bruce. **We the people: foundations**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1993.

ACKERMAN, Bruce. **We the people: the civil rights revolution.** Place of publication not identified: BELKNAP HARVARD, 2018.

ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max; ALMEIDA, Guido Antônio de. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

AHMED, Imran. 'Strategic Constitutions': Constitutional Change and Politics in Pakistan. **South Asia: Journal of South Asian Studies**, v. 40, n. 3, p. 481-499, 2017.

ALBERT, Richard. Como normas constitucionais não escritas mudam Constituições escritas. **Revista Publicum**, v. 2, n. 2, p. 9-44, 2016.

ALBERT, Richard. Constitutional amendment and dismemberment. **Yale J. Int'l L.**, v. 43, p. 1, 2018.

ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. Oxford University Press, 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo, SP: Malheiros Ed, 2008.

ALVES, Cíntia. **Em 6 anos, cresce número de apoiadores do casamento gay e legalização do aborto.** GGN. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/sociedade/em-6-anos-cresce-numero-de-apoiadores-do-casamento-gay-e-legalizacao-do-aborto/>. Acesso em: 2 jan. 2020.

AMADO, Guilherme. Rodrigo Maia e o "parlamentarismo de fato". **Época**, 2019. Disponível em: < https://epoca.globo.com/guilherme-amado/rodrigo-maia-o-parlamentarismo-de-fato-23631462>. Acesso em: 2 jan. 2020.

ANDERSON, Benedict R. O'G. **Imagined communities: reflections on the origin and spread of nationalism**. Rev. ed. London ; New York: Verso, 2006.

APPIAH, Anthony. **The ethics of identity**. Nachdr. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 2007.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE**. Ata da 2ª Reunião Ordinária da Comissão da Ordem Social**. 1987. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/7_Comissao_De_Ordem_Social.pdf >. Acesso em: 11 jan. 2020.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Ata da 4ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. 1987. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 11 jan. 2020.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Ata da 6ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais**. 1987. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 11 jan. 2020.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Ata da 7ª Reunião Ordinária da Subcomissão dos Negros Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias**. 1987. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 11 jan. 2020.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Ata da 9ª Reunião Ordinária da Comissão da Ordem Social. 1987**. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/7_Comissao_De_Ordem_Social.pdf >. Acesso em: 11 jan. 2020.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Ata da 9ª Reunião Ordinária da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. 1987. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/7_Comissao_De_Ordem_Social.pdf >. Acesso em: 11 jan. 2020.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Ata da 10ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais. 1987**. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 11 jan. 2020.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Ata da 10ª Reunião Ordinária da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. 1987. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituinte/7_Comissao_De_Ordem_Social.pdf >. Acesso em: 11 jan. 2020.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Ata da 11ª Reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher**. 1987. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 11 jan. 2020.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Ata da 12ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais**. 1987. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 11 jan. 2020.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Ata da 23ª Reunião da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais**. 1987. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 11 jan. 2020.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Projeto de Constituição**. Primeiro

substitutivo do relator. 1987. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-235.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel Cardoso da Costa. Reimpr. Coimbra: Livr. Almedina, 1994.

BALAGOPAL, K. Beyond media images. **Economic and Political Weekly**, p. 2425-2429, 2004.

BALKIN, J. M. **Constitutional redemption: political faith in an unjust world**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2011.

BALKIN, J. M.; LEVINSON, Sanford. The Canons of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, v. 111, n. 4, p. 963, 1998.

BALKIN, J. M.; SUNSTEIN, Cass R. Populism and Progressivism as Constitutional Categories. **The Yale Law Journal**, v. 104, n. 7, p. 1935, 1995.

BALKIN, Jack M. How social movements change (or fail to change) the constitution: The case of the new departure. **Suffolk UL Rev.**, v. 39, p. 27, 2005.

LEVINSON, Sanford; BALKIN, Jack M. Constitutional crises. **U. Pa. L. Rev.**, v. 157, p. 707, 2008.

BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. Principles, Practices, and Social Movements. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 154, n. 4, p. 927, 2006.

BALKIN, Jack M. Constitutional Hardball and Constitutional Crises. **QLR**, v. 26, p. 579, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 0, n. 21, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Cotas e justiça racial: de que lado você está? **Conjur**, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-06/luis-roberto-barroso-justica-racial-lado-voce>. Acesso em: 6 maio 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Cotas raciais são legítimas com parâmetros razoáveis. **Conjur**, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-25/politica-cotas-raciais-legitima-parametros-razoaveis>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In*: **Temas de Direitos Constitucional**. Rio de

Janeiro: Renovar, 2006, v. III.

BARROSO, Luís Roberto. Racismo e papel da universidade. **O Globo**, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARTH, Fredrik. **Ethnic groups and boundaries: The social organization of culture difference**. Waveland Press, 1998.

BARTH, Fredrik. **Process and form in social life.** London: Routledge & Kegan Paul, 1981.

BARTLETT, Katharine T. Feminist Legal Methods. **Harvard Law Review**, v. 103, n. 4, p. 829, 1990.

BASSOK, Or. Interpretative theories as roadmaps to constitutional identity: The case of the United States. **Global Constitutionalism**, v. 4, n. 03, p. 289–327, 2015

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade. **O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Brasília: UnB**, 2014.

BERNAL, C. Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 2, p. 339–357, 2013.

BESSELINK, Leonard FM. National and constitutional identity before and after Lisbon. **Utrecht L. Rev.**, v. 6, p. 36, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru, SP: Edipro, 2003.

BOBBIO, Norberto; MORRA, Nello. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1989.

BRANDÂO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. **Rio de Janeiro: Lumen Juris**, p. 283-284, 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. **Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris**, p. 451-483, 2008.

BRITT, Lory; HEISE, David. From Shame to Pride in Identity Politics. *In*: **Self, Identity, and Social Movements**. [s.l.: s.n.], p. 252–268, 2000.

CALDWELL, Peter C. **Popular sovereignty and the crisis of German constitutional law: the theory & practice of Weimar constitutionalism**. Duke University Press, 1997.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. **Salvador: JusPodivm**, 2016.

CAMPOS, Francisco. **Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo**. p. 18, 2007.

CAMPOS, Francisco. Igualdade de todos perante a lei. **Revista de direito administrativo**, v. 10, p. 376-417, 1947..

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional e suas diretrizes**. [s.l.]: Imprensa nacional, 1937.

CAMPOS, Francisco. Poder de Emenda: Reforma Agrária. **Bahia Forense: Legislação, Doutrina, Jurisprudência**, v. 5, n. Jun.-Dez., p. 24–35, 1967.

CAMPOS, Ligia Fabris. Direitos de pessoas trans no Brasil e na Alemanha: a construção tortuosa de um direito fundamental à identidade de gênero. *In*: LEAL, Fernando (Org.). **Constitucionalismo de realidade: democracia, direitos e instituições**. Belo Horizonte: Forum Conhecimento Jurídico, 2019, p. 78–102.

CARDINALI, Daniel Carvalho. A escola como instrumento do dever constitucional de enfrentamento da homofobia: potencialidade e tensões. **Revista Publicum**, v. 1, p. 33, 2017.

CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CASTRO, J.; FREIRE, F. (2011). **Pesquisa do Ibope mostra que 55% dos brasileiros são contra união estável entre homossexuais**. Rio de Janeiro: O Globo, 2011

CATHARINA, Alexandre de Castro. **Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

CHANDRACHUD, Chintan. Constitutional Falsehoods: The Fourth Judges Case and the Basic Structure Doctrine in India. *In*: **An unamendable constitution?** New York, NY: Springer Berlin Heidelberg, 2018.

CHOW, Andrew R. 'Hamilton' Sets Grosses Record in Huge Week for Broadway. **The New York Times**, 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/11/27/theater/hamilton-record-broadway-grosses.html>. Acesso em: 20 jan. 2020.

CITTADINO, Gisele. Patriotismo constitucional, cultura e história. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 31, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito constitucional, novos paradigmas, Constituição global e processos de integração. *In*: **Temas de direito constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 345–356.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional**. Belo Horizonte: Editora

Fórum, 2014.

CLOOTS, Elke. National Identity, Constitutional Identity, and Sovereignty in the EU. **Netherlands Journal of Legal Philosophy**, v. 45, n. 2, p. 82–98, 2016.

COLE, David. **Engines of liberty: the power of citizen activists to make constitutional law**. First trade paperback edition, revised edition. New York: Basic Books, an imprint of Perseus Books, LLC, a subsidiary of Hachette Book Group, Inc, 2017.

COLÓN-RÍOS, Joel I. **Weak Constitutionalism: Democratic legitimacy and the question of constituent power**. Routledge, 2012.

COLÓN-RÍOS, Joel I. A new typology of judicial review of legislation. **GlobCon**, v. 3, p. 143, 2014.

CONRAD, Dietrich. Constituent Power, Amendment and Basic Structure of the Constitution: A Critical Reconsideration. **Delhi Law Review**, v. 6–7, p. 1–24, 1977.

CONRAD, Dietrich. Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power. **The Indian yearbook of international affairs**, p. 375–430, 1970.

CORBO, Wallace. **Discriminação indireta: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

CORBO, Wallace. Fazendo as Perguntas Certas: Os Excluídos, o Direito e a Promoção de Reconhecimento. **Revista Publicum**, v. 2, n. 5, 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/28826>. Acesso em: 20 jan. 2020.

CORBO, Wallace. Filosofia Constitucional E Teoria Do Reconhecimento: Entre O Direito Constitucional Ao Reconhecimento E O Constitucionalismo Do Reconhecimento. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre**, v. 34, n. 1, p. 1-35, 2018.

CORBO, Wallace De Almeida. "O que é lugar de fala?" e por que ele importa para o Direito? **Revista Publicum**, v. 4, n. 1, p. 248–251, 2018. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/35205>. Acesso em: 20 jan. 2020.

CUNHA FILHO, Sérgio de Britto. **A Constituição de 1988 e a diminuição do poder estatal de desapropriar os imóveis rurais para fins de reforma agrária. 2007**. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

DE BARCELLOS, A.P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da" última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, v. 6, n. 02, p. 119–161, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. 9. print. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard Univ. Press, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

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

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: A theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

EPP, Charles R. **The rights revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

ESKRIDGE, William N. Channeling: Identity-Based Social Movements and Public Law. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 150, n. 1, p. 419, 2001.

ESKRIDGE, William N. **Gaylaw: challenging the apartheid of the closet**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.

FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas? movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90**. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Garamond, 2005.

FACCHINI, Regina; FRANÇA, Isadora Lins. De cores e matizes: sujeitos, conexões e desafios no Movimento LGBT brasileiro. **Sexualidad, Salud y Sociedad-Revista Latinoamericana**, n. 3, p. 54-81, 2009.

FAJARDO ARTURO, Luis Andrés; GARCÍA LÓPEZ, Eloy; GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio; *et al*. **La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado**. [s.l.]: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2015.

FALUDI, Susan. **Backlash: the undeclared war against American women**. 15th anniversary ed., 1st Three Rivers Press ed. New York: Three Rivers Press, 2006.

FARAGUNA, Pietro. A Living Constitutional Identity: The Contribution of Non-Judicial Actors.

FARAGUNA, Pietro. Constitutional Identity in the EU–A Shield or a Sword?. **German Law Journal**, v. 18, n. 7, p. 1617-1640, 2017.

FÁVERO, Bruno. Bolsonaro iguala Temer como presidente que menos aprovou projetos no Congresso no 1º ano. **AosFatos**, 2020.

FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub; LIMONGI NETO, Fernando Papaterra. **Executivo e legislativo na nova ordem constitucional**. 1a. ed. Rio de Janeiro, Brasil : [São Paulo, Brazil]: Editora FGV ; FAPESP, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trota, 2007.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas. **São Paulo**, n. 14, p. 9, 2006.

FRASER, Nancy. Legitimation crisis? On the political contradictions of financialized capitalism. **Critical Historical Studies**, v. 2, n. 2, p. 157-189, 2015.

FRASER, Nancy. Recognition or Redistribution? A Critical Reading of Iris Young's *Justice*

and the Politics of Difference *. **Journal of Political Philosophy**, v. 3, n. 2, p. 166–180, 1995.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 70, p. 101–138, 2007.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition? a political-philosophical exchange**. London ; New York: Verso, 2003.

FREIRE, Alonso. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. **Revista Publicum**, v. 2, n. 1, 2016.

FREIRE, Lucas. Sujeitos de papel: sobre a materialização de pessoas transexuais e a regulação do acesso a direitos. **Cadernos Pagu**, n. 48, 2016.

FUKUYAMA, Francis. **The end of history and the last man**. New York : Toronto : New York: Free Press ; Maxwell Macmillan Canada ; Maxwell Macmillan International, 1992.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALLIE, W. B. Art as an Essentially Contested Concept. **The Philosophical Quarterly**, v. 6, n. 23, p. 97, 1956.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. 1. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1996. (Ariel, 148).

GARGARELLA, Roberto. **Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution**. New York, NY: Oxford University Press, 2013.

GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam. (Direito ao) protesto: promessa e compromisso com o primeiro direito. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro, RJ: LTC, 1988.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livr. Almedina, 1993.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *In*: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social : a experiências dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Por um constitucionalismo difuso**. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016.

GONZALEZ, Lélia. O movimento negro na última década. *In*: **Lélia Gonzalez: primavera para as rosas negras**. 1. ed. [s.l.]: Filhos da África, 2018, p. 142–179.

GORSDORF, Leandro Franklin. Direitos "LGBT" e a identidade do sujeito constitucional. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GREEN, James Naylor; POLITO, Ronald. **Frescos trópicos: fontes sobre a homossexualidade masculina no Brasil, 1870-1980**. Rio de Janeiro, RJ: José Olympio Editora, 2004.

GUZMÁN GÓMEZ, Camilo; LUCIO BONILLA, Carlos Ernesto. Análisis conceptual y metodología de la sustitución de la Constitución. *In*: FAJARDO ARTURO, Luis Andrés; GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio (Orgs.). **La sustitución de la constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado**. [s.l.]: Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda, 2015.

HÄBERLE, Peter**. El estado constitucional**, trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2003.

HÄBERLE, Peter; MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. **Constituịcão e cultura direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro (RJ): DP & A, 2006.

HARRIS, William F. **The interpretable Constitution**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1993.

HART, H. L. A. **The concept of law**. 2nd ed. Oxford : New York: Clarendon Press ; Oxford University Press, 1994.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. *In*: **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRSCHL, Ran. Comparative constitutional law and religion. *In*: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Orgs.). **Comparative constitutional law**. Cheltenham, UK ; Northampton, MA: Edward Elgar, 2011, p. 422–440.

HIRSCHL, Ran. **Comparative matters: The renaissance of comparative constitutional law**. Oxford University Press, USA, 2014.

HOBSBAWM, E. J; RANGER, T. O. (Terence O.). **A Invenção das tradições**. Rio de Janeiro (RJ): Paz e Terra, 2008.

HOFBAUER, Andreas. Ações afirmativas e o debate sobre racismo no Brasil. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 68, p. 9–56, 2006.

HOLMES, Stephen. Constitutions and constitutionalism. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, p. 189-216, 2012.

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. 1a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

HONNETH, Axel. Is there an emancipatory interest? An attempt to answer critical theory's most fundamental question. **European Journal of Philosophy**, v. 25, n. 4, p. 908–920, 2017.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Ed. 34, 2011.

HONNETH, Axel. Recognition and Justice: Outline of a Plural Theory of Justice. **Acta Sociologica**, v. 47, n. 4, p. 351–364, 2004.

HONNETH, Axel; PETHERBRIDGE, Danielle (Orgs.). **Axel Honneth: critical essays ; with a reply by Axel Honneth**. Leiden: Brill, 2011. (Social and critical theory, 12).

HUMAN RIGHTS WATCH. **World Report 2020: events of 2019.** S.l.: Seven Stories Press, 2020.

HUQ, Aziz Z.; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. **SSRN Electronic Journal**, 2017.

IKAWA, Daniela. Direito às Ações Afirmativas em Universidades Brasileiras. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela (Orgs.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 365–411.

IHERING, Rudolf Von, **Luta pelo direito**, S.l.: Edipro, 2019.

JACOBSOHN, Gary J. **Constitutional identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. " Aqui não temos gays nem lésbicas": estratégias discursivas de agentes públicos ante medidas de promoção do reconhecimento da diversidade sexual nas escolas. **Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 3, n. 04, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KLARMAN, Michael J. Brown and Lawrence (and Goodridge). **Michigan Law Review**, v. 104, n. 3, p. 431–489, 2005

KLARMAN, Michael J. How Brown Changed Race Relations: The Backlash Thesis. **The Journal of American History**, v. 81, n. 1, p. 81, 1994.

KRELL, A.J., **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

KRISHNASWAMY, Sudhir. **Democracy and constitutionalism in India: a study of the basic structure doctrine**. Oxford University Press, 2010.

KRUNKE, Helle. Constitutional identity–seen through a Danish lens. **Retfærd: Nordisk Juridisk Tidsskrift**, v. 37, n. 4/147, p. 24-40, 2014.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. **UCDL Rev.**, v. 47, p. 189, 2013.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LAURINDO-TEODORESCU, Lindinalva. **Histórias da AIDS no Brasil: 1983-2003**. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, 2015.

LE GOFF, Jacques. Prefácio. *In*: BLOCH, Marc (Ed.). **Apologia da história, ou, O ofício de historiador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

LEVINSON, Sanford. Constitutional Engagement "Outside the Courts" (and "Inside the Legislature"): Reflections on Professional Expertise and the Ability to Engage in Constitutional Interpretation. *In*: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Orgs.). **The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state**. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2006.

LEVINSON, Sanford. **Constitutional Faith**. Pbk. reissue, with a new afterword by the author, 2011. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2011.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Poder de agenda e políticas substantivas. **Legislativo brasileiro em perspectiva comparada. Belo Horizonte: UFMG**, p. 77–104, 2009.

LOEWENSTEIN, K. **Hitler's Germany: The Nazi Background to War**. [s.l.]: Macmillan, 1939. (History of international law). Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=CpvauQEACAAJ>.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant Democracy and Fundamental Rights, I. **American Political Science Review**, v. 31, n. 03, p. 417–432, 1937.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 2018.

LOW, Anna Sanford. Hamilton: Publics Theory, the Rhetorical Impact of. p. 31, .

LUNARDI, Soraya; DIMOULIS, Dimitri. Teorias Explicativas da Constituição Brasileira. **OV Vieira et alii. Resiliência Constitucional: Compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. São Paulo, Direito GV**, p. 11-17, 2013.DIXON, Rosalind. Amending constitutional identity. **Cardozo L. Rev.**, v. 33, p. 1847, 2011.

LYNCH, Christian Edward Cyril; CHALOUB, Jorge. Constituição cidadã: trinta anos por um triz. **Insight Inteligência**, n. 83, p. 40–53, 2018.

LYNCH, Christian Edward Cyril; NETO, Cláudio Pereira de Souza. O constitucionalismo da inefetividade: a constituição de 1891 no cativeiro do estado de sítio/ the ineffectiveness of constitutionalism: the Constitution of 1891 in jail of the state of siege. **Revista quaestio iuris**,

v. 5, n. 2, 2012.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MACHADO, Elielma Ayres. **Desigualdades "Raciais" e Ensino Superior: Um estudo sobre a introdução das "Leis de reserva de egressos de escolas públicas e cotas para negros, pardos e carentes" na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2000-2004)**. Doutorado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

MACKINNON, Catharine A. **Butterfly politics**. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2017.

MACKINNON, Catharine A. Feminism, Marxism, method, and the state: An agenda for theory. **Signs: Journal of women in culture and society**, v. 7, n. 3, p. 515-544, 1982.

MACKINNON, Catharine A. **Sex equality**. Third edition. St. Paul, MN: Foundation Press, 2016.

MARSHALL, Thomas H.; BOTTOMORE, Tom (Orgs.). **Citizenship and social class**. London: Pluto Press, 1992.

MARTIN, Raymond; BARRESI, John (Orgs.). **Personal identity**. Malden, MA: Blackwell, 2003.

MARX, Karl. Comments on James Mill, Éléments D'économie Politique. Disponível em: <https://www.marxists.org/archive/marx/works/1844/james-mill/index.htm>. Acesso em: 20 jan. 2020.

MATTA, Roberto da. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

MAUSS, Marcel. A nação. **São Paulo: Três Estrelas**, 2017.

MCCARTER, Jeremy. **Hamilton, the revolution: being the complete libretto of the Broadway musical, with a true account of its creation, and concise remarks on hip-hop, the power of stories, and the new America**. London: Little, Brown, 2016.

MEDEIROS, Lydia. Análise: Congresso será o mais conservador das últimas três décadas. **Época**. 2018. Disponível em < https://epoca.globo.com/analise-congresso-sera-mais-conservador-das-ultimas-tres-decadas-23138687> Acesso em: 20 jan. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

MENDES, Conrado Hübner. Magistocracia, a "gran famiglia" judicial brasileira. **Época**, 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/politica/Conrado-Hubner/noticia/2018/04/magistocracia-gran-famiglia-judicial-brasileira.html>. Acesso em: 20 jan. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva [u.a.], 2009.

MICHELMAN, Frank I. Morality, Identity and "Constitutional Patriotism". **Ratio Juris**, v. 14, n. 3, p. 253–271, 2001. Disponível em: <http://doi.wiley.com/10.1111/1467-9337.00181>. Acesso em: 11 set. 2018.

MIRANDA, Jorge. A Constituição e a democracia portuguesa. **Revista Crítica**, 2009.

MIRANDA, Jorge. A originalidade e as principais características da Constituição portuguesa. **Cuestiones constitucionales**, n. 16, p. 253-280, 2007.

MOISÉS, José Álvaro. O desempenho do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão (1995-2006). *In*: MOISÉS, José Álvaro (Org.). **O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão**. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.

MOLINERO, Bruno. Após censura, obras com tema LGBT puxam vendas na Bienal do Livro. **Folha de S. Paulo**, 2019.

MORI, Letícia. **Eleições 2018: "Meu irmão ameaçou me proibir de ver minhas sobrinhas" - o pleito que dividiu famílias**. BBC Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45987863>. Acesso em: 2 jan. 2020.

NATHANS, Heather S. Crooked Histories: Re-presenting Race, Slavery, and Alexander Hamilton Onstage. **Journal of the Early Republic**, v. 37, n. 2, p. 271–278, 2017. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/659846>. Acesso em: 20 jan. 2020.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. 1. ed. Barcelona: Gedisa Ed, 1997.

NUSSBAUM, Martha Craven. **The clash within: democracy, religious violence, and India's future**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2007.

O'DONNELL, Julia. **A invenção de Copacabana: culturas urbanas e estilos de vida no Rio de Janeiro (1890-1940)**. Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 2013. (Coleção Antropologia social).

OTERO, Paulo. **Direito constitucional português**. Coimbra: Almedina, 2010. 3v.

PASSARINHO, Nathalia. Dilma Rousseff manda suspender kit anti-homofobia, diz ministro. **G1**, 2011.

PATEMAN, Carole; AVANCINI, Marta. **O contrato sexual**. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

PAULSON, Michael. 'Hamilton' Hits a New High: The Most Money Grossed in a Week on Broadway. **The New York Times**, 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/11/28/theater/hamilton-hits-a-new-high-the-most-money-grossed-in-a-week-on-broadway.html>. Acesso em: 20 jan. 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As garantias constitucionais entre utilidade e substância. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 10, n. 35, p. 345–373, 2016. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/105>. Acesso em: 16 nov. 2018.

PEREIRA, Jane Reis. Direitos Sociais, Estado De Direito E Desigualdade: Reflexões Sobre as Críticas À Judicialização Dos Direitos Prestacionais (Social Rights, Rule of Law and Inequality: Reflections on the critical reviews about judicialization of positive rights). **Quaestio Iuris, Rio de Janeiro**, v. 8, n. 3, p. 2080-2114, 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 0, n. 29, 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/23669>. Acesso em: 11 set. 2018.

PEREIRA, Jane Reis; ACCIOLY GONÇALVES, Gabriel. Inconstitucionalidade Sistêmica E Multidimensional: Transformações No Diagnóstico Das Violações À Constituição (Systemic and Multidimensional Unconstitutionality: Transformations in the Diagnosis of Constitutional Violations). **Revista Juris Poiesis, ano**, v. 18, p. 130-159, 2015.

PIERRY, Flávia. Ministério da Saúde revoga portaria que definia valor de aborto terapêutico no SUS. **O Globo**, 2014.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987 - 1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PINHO, Angela; MARTÍNEZ-VARGAS, Ivan. Doria manda recolher material sobre identidade de gênero por suposta apologia. **Folha de S. Paulo**, 2019.

PIRES, Thiago Magalhães. **Entre a cruz e a espada: liberdade religiosa e laicidade do Estado no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. (Lumens Juris direito).

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos.** Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RIO, Rio de Janeiro, 2013.

Pitkin, H. F. (1987). Idea of a Constitution, **The. *J. Legal Educ***., *37*, 167.

POLZIN, Monika. Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul. **German Law Journal**, v. 18, n. 7, p. 1595-1616, 2017.

POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights**, v. 42, p. 63, .

QUEIROGA, Louise. Brasil segue no primeiro lugar do ranking de assassinatos de transexuais. **O Globo**, 2018.

RAWLS, John. **A theory of justice: Original edition**. Harvard University Press, 2005.

RAWLS, John. **Political liberalism**. Expanded ed. New York: Columbia University Press, 2005.

REDAÇÃO. “Eu sou favorável à tortura”, diz Bolsonaro em vídeo. **Revista Fórum**, 2018.

Disponível em: <https://revistaforum.com.br/politica/eu-sou-favoravel-a-tortura-diz-bolsonaro-em-video/>. Acesso em: 21 jan. 2019.

RENAN, Ernest. **Qu'est-ce qu'une nation?** Marseille: Le Mot et le Reste, 2007.

RIBEIRO, Djamila. **O que é lugar de fala?** Belo Horizonte, MG: Letramento, Justificando, 2017.

ROCHA, Everardo P. Guimarães. **A sociedade do sonho: comunicação, cultura e consumo**. Rio de Janeiro, RJ: Mauad, 1995.

RODRIGUES, Adriano Duarte. **Estratégias da comunicação: questão comunicacional e formas de sociabilidade**. 1a. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1990.

ROSENFELD, Michel. Comparative constitutional analysis in United States adjudication and scholarship. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, p. 38-53, 2012.

ROSENFELD, Michel. **Constitutional Identity**. [s.l.]: Oxford University Press, 2012.

ROSENFELD, Michel. **The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture, and community**. London ; New York: Routledge, 2010.

ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **Introduction**. [s.l.]: Oxford University Press, 2012.

ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Orgs.). **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. 1st ed. Oxford, U.K: Oxford University Press, 2012.

ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers**. First edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2017. (Oxford constitutional theory).

SACONI, João Paulo. Decreto do governo Bolsonaro mantém apenas 32 conselhos consultivos. **O Globo**, 2019.

SANDEL, Michael J. The Procedural Republic and the Unencumbered Self. **Political Theory**, v. 12, n. 1, p. 81–96, 1984. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/191382>.

SANTOS, Rogerio Dultra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. **Dados**, v. 50, n. 2, p. 281–323, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia e "cláusulas pétreas" na Constituição Federal de 1988. **NOVELINO, Marcelo. FELLET, André (Org.). Constitucionalismo e democracia. Salvador: JusPodvim**, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, SP, Brasil: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, D. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Dis-criminação "De Facto", "Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Aflrmativa. *In*: **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. [s.l.]: Editora Lumen Juris, 2006, p. 139–166.

SARMENTO, D. Ubiqüidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. *In*: **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. [s.l.]: Editora Lumen Juris, 2006, p. 167–206.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana na Ordem Constitucional Brasileira: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum. 2016

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional cosmopolita. **Jota**, 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/interpretacao-constitucional-cosmopolita-13042015>. Acesso em: 16 jul. 2019.

SARMENTO, Daniel. Saneamento básico, federalismo cooperativo, direitos fundaemtnais e participação: inconstitucionalidades na privatização da CEDAE. *In*: **Direitos, Democracia e República: escritos de Direito Constitucional**. [s.l.: s.n.], 2018, p. 425–447.

SARMENTO, Daniel; CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel; PONTES, João Gabriel Madeira. Democracia militante e a candidatura de Bolsonaro. **Jota**, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-candidatura-de-bolsonaro-24082018>. Acesso em: 15 jul. 2019.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1992.

SCHMITT, Carl; MOREIRA, Luiz. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SMITH, Anthony Smith D.; HALL, John A. Nationalism theory, ideology, history. **Canadian Journal of Sociology**, v. 29, n. 1, p. 160, 2004.

SCHMITT, Carl; VILLACAÑAS BERLANGA, José Luis; CONDE, Francisco Javier; *et al*. **Teología política**. Barcelona: Trotta, 2009.

SEITZER, Jeffrey; THORNHILL, Christopher. An introduction to Carl Schmitt's constitutional theory: Issues and context. 2008.

SENRA, Ricardo. Grupos pró-intervenção militar tentam influenciar rumo de greve dos caminhoneiros. **BBC Brasil**, 2018.

SIEGEL, Reva B. Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the De Facto Era. 2005-06 Brennan Center Symposium Lecture. **California Law Review**, v. 94, n. 5, p. 1323, 2006.

SIEGEL, Reva B. Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 150, n. 1, p. 297, 2001.

SIEGEL, Reva. The jurisgenerative role of social movements in United States Constitutional Law. In: **Apresentação em Conferência SELA, Oaxaca, México, Jun**. 2004.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état ?** [s.l.]: Le Boucher, 2002.

SILVA, Andie; INAYATULLA, Shereen. Who Tells *Our* Story: Intersectional Temporalities in *Hamilton: An American Musical*. **Changing English**, v. 24, n. 2, p. 190–201, 2017.

SILVA, José Afonso. Luta pela Constituição. *In*: **Cadernos de Soluções Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. **Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT**. 1a. ed. São Paulo, SP, Brasil: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009. (História do povo brasileiro).

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **História do direito pelos movimentos sociais: cidadania, experiências e antropofagia jurídica nas estradas de ferro (Brasil, 1906)**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

SMITH, Anthony D. et al. **National identity**. Reno: University of Nevada press, 1991.

STRAUSS, David A. The Irrelevance of Constitutional Amendments. **Harvard Law Review**, v. 114, n. 5, p. 1457, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements in constitutional law. **Social Research: An International Quarterly**, v. 74, n. 1, p. 1-24, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. Second-order perfectionism. **Fordham L. Rev.**, v. 75, p. 2867, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. Three Civil Rights Fallacies. **California Law Review**, v. 79, n. 3, p. 751, 1991.

SUNSTEIN, Cass R. **Why nudge? the politics of libertarian paternalism**. paperback. New Haven: Yale University Press, 2015.

Um Congresso mais conservador inicia nova Legislatura. **IstoÉ**, 2019. Disponivel em: < https://istoe.com.br/um-congresso-mais-conservador-inicia-nova-legislatura/>. Acesso em: 11 jan. 2020.

TAYLOR, Charles. **Sources of the self: the making of the modern identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1989.

TAYLOR, Charles. **The ethics of authenticity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1992.

TAYLOR, Charles; GUTMANN, Amy; TAYLOR, Charles. **Multiculturalism: examining the politics of recognition**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 1994.

TAYLOR, Charles; SCHNEIDER, Nélio. **Hegel: sistema, método e estrutura**. São Paulo: É Realizações, 2014.

TEITEL, Ruti G. Reactionary Constitutional Identity. *In*: ROSENFELD, Michel (Ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy**. [s.l.]: Duke University Press, 2012, p. 233–243.

THIO, Li-Ann. **Constitutionalism in Illiberal Polities**. [s.l.]: Oxford University Press, 2012.

TRIBE, Laurence H. A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role. **Harvard Law Review**, v. 97, n. 2, p. 433, 1983.

TRIBE, Laurence H. America's Constitutional Narrative. **Daedalus**, v. 141, n. 1, p. 18–42, 2012.

TUORI, Kaarlo. Introduction to the Theme: Constitutional Identity. **Retfærd: nordisk juridisk tidsskrift**, v. 37, n. 4, p. 3-9, 2014.

TUSHNET, Mark. Interpretation in Legislatures and Cuorts: Incentives and Institutional Designs. *In*: BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Orgs.). **The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state**. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2006.

TUSHNET, Mark. The Possibilities of Comparative Constitutional Law. **The Yale Law Journal**, v. 108, n. 6, p. 1225, 1999.

TUSHNET, Mark. Constitutional hardball. **J. MArshAll l. rEv.**, v. 37, p. 523, 2003.

TUSHNET, Mark V. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 1999.

UNGER, Roberto Mangabeira. **The critical legal studies movement: another time, a greater task**. London ; Brooklyn, NY: Verso, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de família. 6º Vol. **São Paulo: Atlas**, 2006.

VIANNA, OLIVEIRA. **O idealismo na Constituição**. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo, Brazil: Companhia das Letras, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição como reserva de justiça. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 42, p. 53–97, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441–463, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena; BARBOSA, Ana Laura Pereira. DO COMPROMISSO MAXIMIZADOR À RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL. **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, n. 3, p. 375-393, 2018.

WERNECK ARGUELHES, Diego; MOLHANO RIBEIRO, Leandro. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos - CEBRAP**, v. 37, n. 1, p. 13–32, 2018.

WETERMEN, Daniel. Congresso revê quase 30% dos vetos de Bolsonaro. **O Estado de S.**

Paulo, 2019.

WOOD, Gordon S. **The American revolution: a history**. Modern Library paperback edition. New York: The Modern Library, 2003. (A Modern Library chronicles book, 9).

YOSHINO, Kenji. **Covering: the hidden assault on American civil rights**. New York: Random House, 2007.

YOUNG, Iris Marion. **Justice and the politics of difference**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 1990.

ZURN, Christopher. Anthropology and normativity: a critique of Axel Honneth's 'formal conception of ethical life'. **Philosophy & Social Criticism**, v. 26, n. 1, p. 115–124, 2000.

ZURN, Christopher F. **Axel Honneth: a critical theory of the social**. Cambridge , UK ; Malden, MA: Polity Press, 2015.

ZURN, Christopher F. Identity or Status? Struggles over "Recognition" in Fraser, Honneth, and Taylor. **Constellations**, v. 10, n. 4, p. 519–537, 2003.