

**IDENTIDADE E CONSTITUCIONALISMO GLOBAL  
– UMA ANÁLISE DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DA  
IDENTIDADE CONSTITUCIONAL NO BRASIL**

**IDENTITY AND GLOBAL CONSTITUTIONALISM –  
AN ANALYSIS OF THE TRANSNATIONALIZATION  
OF CONSTITUTIONAL IDENTITY IN BRAZIL**

**Mateus Trinta Bruzaca\***  
**Jayme Benvenuto Lima Junior\*\***

\* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pesquisador vinculado ao grupo de pesquisa Direito Internacional e Direitos Humanos (CNPq/UFPE). Advogado. E-mail: mateustrintab@gmail.com

\*\*Doutor em Direito pela Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Internacional Público da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Internacional e Direitos Humanos, certificado pelo CNPq. Bolsista de Produtividade em Pesquisa 2 do CNPq. Email: benvenutolima@uol.com.br

**Como citar:** BRUZACA, Mateus Trinta; LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. Identidade e constitucionalismo global – uma análise da transnacionalização da identidade constitucional no brasil. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 18, n. 3, p. 162-185, dez. 2023. DOI 10.5433/24157-108104-1.2023v18n3p.162-185. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O artigo investiga a influência do discurso jurídico transnacional na delimitação de uma expressão identitária de matriz jurídico-constitucional. O estudo se baliza, para tanto, em uma concepção pluralista de identidade, partindo da doutrina de Michel Rosenfeld. Isso permitiu aos pesquisadores a formulação de ponderações sobre a influência do discurso jurídico da Corte Interamericana de Direitos Humanos na identidade constitucional dos Estados-membros do Sistema Regional Interamericano. Neste sentido, as propostas dogmáticas de Carl Schmitt e Michel Rosenfeld são revisadas, argumentando-se a inadequação da perspectiva schmittiana ao contexto transnacional. A fim de operacionalizar a pesquisa, o caso brasileiro de transnacionalização de identidade constitucional é avaliado, destacando-se a natureza ideológica das restrições à internalização do discurso jurídico interamericano no contexto nacional. A pesquisa se desenvolveu segundo uma abordagem qualitativa e descritiva, com amparo em método dedutivo e mediante revisão bibliográfica e pesquisa documental. Faz parte do substrato metodológico da pesquisa, ainda, técnica de *concept formation*, dada a ambição dos pesquisadores em apresentar uma nova interpretação do termo identidade constitucional.

**Palavras-chave:** corte interamericana de direitos humanos; identidade constitucional; discurso jurídico; Michel Rosenfeld.

**Abstract:** The article investigates the influence of the transnational legal discourse in the delimitation of an identity expression of legal-constitutional matrix. The study is based, therefore, on a pluralist conception of identity, based on the doctrine of Michel Rosenfeld. This allowed the researchers to formulate reflections on the influence of the legal discourse of the Inter-American Court of Human Rights on the constitutional identity of the Member States of the Inter-American Regional System. In this sense, Carl Schmitt's and Michel Rosenfeld's dogmatics are reviewed, arguing the inadequacy of Schmitt's perspective to the transnational context. To operationalize the research, the Brazilian case of transnationalization of constitutional identity is evaluated, highlighting the ideological nature of the restrictions to the internalization of the inter-American legal discourse in the national context. The research was developed according to a qualitative and descriptive approach, supported by a deductive method and through a bibliographical review and documental research. The concept formation technique is also part of the methodological substrate of the research, given the ambition of the researchers to present a new interpretation of the term constitutional identity.

**Keywords:** inter-american court of human rights; constitutional identity; legal discourse; Michel Rosenfeld.

## INTRODUÇÃO

A identidade se refere a uma construção social que pretende a afirmação da unidade de um dado grupo ou instituição, resultando, pois, de um reconhecimento social mútuo que envolve a formação de um senso de fraternidade e compartilhamento de interesses e memórias (Honneth, 2012, p. 205; Mead, 1934, p. 281). Na modernidade tardia, conquanto, a identidade é transpassada pela alteridade e pelo antagonismo, de modo que a alteridade se torna elemento constitutivo das expressões identitárias. Esta abertura à alteridade é constatada em múltiplas arenas de investigação acadêmica, como nos estudos sobre identidade nacional, onde se percebe o recrudescimento de pautas nacionalistas (Smith, 2005; Thiesse, 2001), nos estudos das Relações Internacionais (Oelsner, 2013), bem como nos estudos etnográficos na Sociologia e Antropologia, (Hall, 2006; Rutherford, 1990).

Ocupa-se a presente pesquisa, contudo, da percepção jurídico-constitucional deste movimento de reconhecimento da alteridade e pluralização do campo identitário. O artigo investiga, portanto, os processos de reconstrução da identidade, analisando a singularização das constituições jurídicas em sua acepção material. O presente artigo propõe, assim, a investigação da “identidade constitucional”, assumindo que o reconhecimento jurídico da alteridade modula as identidades coletivas em sua dimensão jurídico-normativa. Esta identidade se decanta por ocasião da construção do texto constitucional e se perpetua pelo discurso jurídico estabelecido pelos intérpretes constitucionais, de modo a assomar no espaço público deliberativo como um corpo de opiniões de propensão emancipatória e base normativo-axiológica imbuída de hierarquia constitucional na ordem jurídica pátria.

Nesta esteira, o artigo procura evidenciar o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) na conformação da identidade constitucional dos Estados-membros do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH). Por isso, defende-se serem os tribunais internacionais como o Outro da relação identitária que organiza o sujeito constitucional. Para este propósito a pesquisa recorre aos estudos de Michel Rosenfeld (2010), buscando estabelecer uma leitura transnacional da teoria do autor – esteando-se, para tanto, em técnica de *concept formation* (Collier; Mahon, 1993, p. 848; Mair, 2008, p. 196). Analisa-se, ainda, como o discurso jurídico da CtIDH se sedimenta no esquadro constitucional brasileiro, percebendo a natureza estrutural e sociocultural dos obstáculos que restringem a transnacionalização da identidade constitucional da Constituição Federal de 1988.

## 1 DIREITO, ALTERIDADE E IDENTIDADE – A AFIRMAÇÃO JURÍDICA DA DIFERENÇA

Teóricos da modernidade reflexiva, como Anthony Giddens e Ulrich Beck sustentam que a ordenação das relações sociais em um nível global fez surgir uma comunidade política pós-tradicional. Neste prisma, Giddens (1997, p. 97) aduz que os processos individuais e coletivos

de identificação se tornaram um projeto reflexivo, dispostos a negar e contestar traços que foram herdados ou construídos segundo uma percepção pré-moderna. As identidades seriam, pois, constantemente descobertas, construídas e sustentadas em trocas socioculturais, de modo que a autoidentificação pautar-se-ia na ruptura com as tradições do passado e interlocuções com dotações extraterritoriais de conhecimento.

O que estes teóricos constatam, portanto, é uma fragmentação das identidades coletivas e individuais, induzindo uma crise dos processos de identificação, as quais se tornam provisórias, variáveis e, por vezes, conflitantes. O que a crise identitária da modernidade tardia diagnosticada pelos teóricos deixa assente, portanto, é como as identidades não mais se constituem enquanto elemento social plenamente unificado e intransigível. Na pós-modernidade, as identidades individuais, coletivas e institucionais assomam no cenário das relações sociopolíticas como algo que precisa ser construído e alcançado, mediante lutas que pretendem o reconhecimento das diferenças e a afirmação das singularidades (Hall, 2006).

Declarada, portanto, a decomposição de uma noção de identidade enquanto unidade – ou identidade como *mesmice*, conforme Paul Ricoeur (2019, p. 115) – a alteridade é alçada à condição de elemento fundante das identidades individuais e coletivas. Resulta daí que os novos processos de identificação envolvem o reconhecimento positivo da diferença e a reconstrução constante dos códigos que singularizam o sujeito e as comunidades políticas. Isso envolve assumir que, diante da realidade pós-tradicional, as manifestações identitárias não são herdadas, mas constantemente reconstruídas, de sorte que as tradições são obrigadas a se justificar, e só aquelas que se tornam acessíveis a uma justificação discursiva são capazes de continuar existindo (Giddens, 1997, p. 99-103).

Nisto, merece realce que a tradição é o meio de afirmação da identidade, posto que viabiliza a criação da constância através do tempo e união do passado com o futuro, de forma que as ameaças a integridade das tradições eram frequentemente experimentadas com ameaças à integridade do *self* (Giddens, 1997, p. 100). O projeto reflexivo da modernidade, conquanto, retira os processos identitários do espaço-poder da tradição estabilizadora, induzindo a reordenação constante das identidades coletivas e encerrando à propensão pré-moderna de exclusão do Outro – ou seja, de exclusão daquele que não se via refletido nos ritos e práticas consolidadas na tradição política, jurídica ou econômica da comunidade política (Han, 2019).

Assim, o contributo teórico da modernidade reflexiva aos estudos sociais sobre identidade é, sobremaneira, o proclamar do fim do sujeito pré-moderno, cuja identidade unificada e estável servia ao propósito de definir e replicar espaços de influência e dominação, onde o Outro era colocado como inimigo. O sujeito, a comunidade política e suas organizações e instituições formais, antes dispostas em um esquema rígido, estruturam-se agora segundo a lógica da abertura às múltiplas possibilidades de construção da identidade. A identidade individual ou coletiva, na modernidade tardia, para ser produtiva, nunca pode ser feita com algum objeto estático e imutável. “É um intercâmbio entre o *self* e a estrutura, um processo de transformação” (Rutherford, 1990, p. 14).

Neste prisma, mesmo as respostas institucionais que os processos de identificação coletiva induzem – como a definição de políticas públicas ou a criação de leis – são estimuladas ao reconhecimento da diferença. No âmbito do Direito, esta complexificação dos processos identitários resulta em uma virada paradigmática na base ontológica da ordem constitucional. O direito e a organização política pré-moderna, pautados em “[...] um amálgama normativo indiferente de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados e que essencialmente não se discerniam” (Netto, 2004, p. 30), são suplantados por um paradigma constitucional de cognição jurídica aberta à diferença e discursivamente globalizado.

O reconhecimento *jurídico* da diferença passa, pois, a compor a base normativa e sócio-ontológica das constituições nacionais a contar do final do século XX. Orientadas por “contradiscursos crítico-emancipatórios” (Wolkmer, 2015, p. 26) variadas manifestações identitárias e discursivas (pautas feministas, ambientais, movimentos LGBTQIA+, reivindicações de comunidades tradicionais, movimentos separatistas na Europa *e.g.*) que pleiteavam por concretização de ambições sociais e ampliação material de direitos se consolidam no cenário jurídico, mediante juridificação de suas demandas e inclusão de seus agentes na lógica representativa da democracia constitucional.

Ao disporem sobre o papel constitucional do Estado na afirmação da alteridade, recordam Lorenzetto e Kozicki (2012, p. 152) como esta experiência está relacionado com a postura positiva por parte do Estado, ou seja, não basta a garantia das liberdades em sentido negativo, ao Estado também é atribuído o papel de adoção de medidas de ação positiva que visem a emancipação dos sujeitos. O fenômeno jurídico não se trataria, portanto, de mera conclusão de contrato social – ponderam os autores, revisitado o pensamento de Axel Honneth (2015) – mas do reconhecimento de lutas sociopolíticas *a priori* invisibilizadas, estigmatizadas ou rechaçadas pela comunidade política, legitimando a singularidade dessas demandas.

Isto atribui aos instrumentos da revisão e reforma constitucional uma natureza primordial de abertura da arena constitucional a estas expressões identitárias, viabilizando a atribuição de legitimidade jurídica às manifestações discursivas que se consolidam na arena política após os processos de abertura e recrudescimento democrático Pós-II Guerra. O discurso constitucional, neste sentido, posta-se como ferramenta sociojurídica que unifica um conjunto de demandas equivalentes (Laclau, 2011, p. 91), cujo princípio de universalização é a similitude com a qual essas demandas foram minoradas e antagonizadas pelos setores dominantes ou pela tradição jurídica pré-moderna. É diante da percepção do *self* não como entidade essencialista, mas como ator que ocupa diferentes posições, que escreve Slavoj Žižek (2017, p. 265):

[...] podemos dizer que algo parecido com uma posição do sujeito unificado está sendo construída: ser democrata significa ao mesmo tempo ser feminista etc. O que não podemos ignorar, é claro, é que essa unidade é sempre radicalmente contingente, resultado de uma condensação simbólica, e não a expressão de uma necessidade interna de acordo com a qual os interesses de todas as posições supracitadas ‘convergiriam objetivamente’ a longo prazo.

Este sujeito unificado, produto do conjunto de demandas identitárias equivalentes, solicita, no entanto, um espaço de mediação que salvguarde o reconhecimento jurídico da alteridade de estruturas assimétricas e imposições violentas de uma concepção essencialista de identidade. Neste sentido, para Byung-Chul Han (2019, p. 41), a lógica violenta do poder, que propugna a supressão das subjetividades e continuidade do *self*, é mediada pela globalização do Direito, ultrapassando o isolamento estatal. A ordenação multilateral no tratamento dos direitos humanos e a cooperação internacional na solução das problemáticas jurídico-políticas de impacto global engendram, assim, uma transnacionalização da vida política que pode ser compreendida como arena de mediação da relação *self/other*.

Assim, embora a globalização tenha criado espaços fortemente assimétricos, as estruturas transnacionais ainda têm o condão de mediar a relação com a alteridade, pluralizando o espaço-poder do Direito. Esse espaço de mediação é fundamental à dimensão jurídica da identidade coletiva, pois a identidade e a diferença estão em estreita conexão com relações sociopolíticas hierarquizadas, de sorte que o poder de definir a identidade e suprimir a diferença não está dissociado das macroestruturas institucionais. Isto é, os mecanismos e atores sociopolíticos que engendram o reconhecimento jurídico da diferença – tribunais, casas parlamentares, ONGs, procedimentos e costumes constitucionais – não estão isolados das irritações contextuais de matriz política, econômica ou ideológica, na qual o direito opera.

Antes, contudo, de se aprofundar no papel da arena internacional na mediação dos processos de afirmação jurídica da diferença, é preciso estabelecer um conceito definitivo sobre identidade constitucional. O tópico seguinte se ocupa, portanto, de revisitar e avaliar a leitura formulada por Carl Schmitt (2008) e Michel Rosenfeld (2010) a respeito do tema, de modo a alcançar um rigor terminológico ao objeto de pesquisa, mediante uma contraposição crítica destas duas perspectivas teóricas. As distintas abordagens, que se desenvolvem a nível dogmático e jurisprudencial, são analisadas e a percepção pluralista da escola norte-americana é defendida.

## **2 DEFININDO A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL – DUAS ABORDAGENS SOBRE O TEMA**

A assertiva de Del Vecchio (1984, p. 432) de que “[...] o modo segundo o qual está organizado o poder supremo do Estado e regulado seu exercício se chama constituição” não basta para exprimir a realidade complexa do fenômeno constitucional. A constituição, em verdade, congrega, também, um processo de juridicização positiva da sociedade, concretizando no espectro jurídico, a realidade histórico-política. A constituição, antes de ser mero instrumento jurídico, é reflexo da matéria social cambiante (Dantas, 2016, p. 260). Como recorda Sheldon Wolin (1989, p. 9) “[...] uma constituição não constitui apenas uma estrutura de poder e autoridade [...] Ela propõe uma identidade distinta e visualiza uma forma de politicidade para os indivíduos em sua nova capacidade coletiva”.

Compreender a constituição apenas em sua dimensão jurídica é insuficiente, importando considerar a “[...] expressão elástica e flexível, que nos permite perceber o sentido tomado pela Constituição em face da ambiência social, que ela reflete, e a cujos influxos está sujeita” (BONAVIDES, 2011, p. 95). Tal percepção sistêmica e política da constituição envolve, sem embargo, uma constante reinterpretação, reforma e mutação do discurso constitucional, a fim de salvaguardar-lhe a condição de reflexo jurídico-normativo da realidade social que a perfaz. É dentro, pois, deste esforço de preservar a reflexividade constitucional, que a noção de identidade assoma no terreno dos estudos constitucionais, postando-se como elemento fundamental para discutir o impacto das evoluções sociais e novas dinâmicas juspolíticas na ordem constitucional dos Estados.

A noção de uma identidade constitucional exsurge *a priori* no contexto da União Europeia, sendo compreendida como uma dimensão jurídica da identidade nacional. Esta abordagem pode ser exemplificada pela leitura do artigo 4.2 do Tratado da União Europeia, o qual garante aos Estados-membros o respeito à identidade nacional que se reflete na estrutura política e constitucional, obstando intervenções externas que violem o núcleo duro de provisões constitucionais que exprimem tal identidade. Esta noção de “identidade constitucional” como retórica holística indissociável da identidade coletiva de um povo, desenvolveu-se especialmente no contexto europeu e foi utilizada, desde o final do século XX, por tribunais constitucionais – como na Alemanha, Itália e Hungria – como argumento jurídico para delimitar e restringir interações entre a esfera supranacional e o direito doméstico (Bon, 2014).

Tal abordagem é observada em julgados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfGE), como em *Solange I* (1974), *Outright Monetary Transactions* (2014) e *Lisbon Decision* (2009). No julgado de 2009, por exemplo, ponderou o BVerfGE que apenas o poder constituinte pode dispor sobre alterações constitucionais, de modo que a integração progressiva predisposta pelo Tratado de Lisboa fere as bases da autodeterminação e dos princípios democráticos e atenta contra a identidade constitucional alemã codificada no artigo 7.3 da *German Basic Law* (Alemanha, 2009, p. 179). Argumento similar é utilizado pelo Tribunal Constitucional Italiano nas sentenças 24/2017 e 105/2014, nas quais se determina que as disposições do art. 325 do Tratado de Lisboa só seriam aplicadas em âmbito interno se compatíveis com a identidade constitucional do Estado italiano (Polzin, 2017).

Segundo Pierre Bon (2014, p. 180), a identidade constitucional a princípio não se dissociava da ideia de identidade nacional, tendo como função primordial estabelecer limites à integração jurídica à sociedade supranacional e determinar balizas à revisão e reforma constitucional. Esta percepção de identidade constitucional ao se decantar na atuação judicante de tribunais constitucionais europeus, é instrumentalizada como argumento jurisprudencial retórico e anacrônico, que distancia o conceito da premissa jusfilosófica de reconciliação do fenômeno constitucional às transformações políticas e sociais, garantindo sua reflexividade. O conceito é utilizado, assim, meramente para negar a integração dos Estados europeus ao contexto multicêntrico de proteção aos direitos humanos ou de integração regional, refutando, inclusive, o

Direito Internacional como faceta complementar às provisões do direito doméstico.

Monika Polzin (2016, p. 419) entende que o uso desta noção de identidade constitucional se retroalimenta da idealização schmittiana, de que a democracia solicita, para prosperar, a existência de um “*demos* homogêneo”. Ao escrever sobre os limites da reforma constitucional, Carl Schmitt (2008, p. 150) pondera que o poder constituinte acomoda, quando do *constitution-making*, duas provisões normativas. A principal delas seria aquela representativa da “verdadeira constituição”, logo, de natureza fundamental e irretocável. Esta essência da constituição poderia ser emendada apenas pelo poder constituinte originário, de modo que as emendas à constituição – e, portanto, qualquer processo de reconstrução constitucional – poderiam se estabelecer apenas sob o pressuposto de que a “identidade da constituição” fosse preservada.

Sob este ponto de vista as constituições possuem um núcleo de provisões normativas e axiológicas que não podem ser substituídas ou emendadas de forma ordinária, nem atacadas por manifestações jurídico-discursivas de agentes institucionais não legitimados. Isto se dá, pois a constituição, entende Schmitt (2008, p. 144), trata-se de decisão política que define o destino da nação, cuja validade repousa na vontade popular e cujas reformas e modulações se salvagam no poder soberano que garante a preservação da unidade política estabelecida quando do processo constitucional. O teórico alemão assume, assim, a constituição como uma decisão política fundamental, que define a comunidade política e, portanto, não poderia ser eliminada ou modificada sem a auscultação de seus construtores.

Este núcleo de princípios, valores e previsões normativas essenciais ao corpo jurídico-constitucional seria, naturalmente, resultado da materialização de uma identidade nacional e de heranças culturais inalteráveis canalizadas por forças históricas complexas (Anderson, 2008, p. 10). Há na doutrina de Carl Schmitt, portanto, uma percepção latente de “identidade constitucional” enquanto expressão jurídica da base axiológica e cultural vencedora dos embates políticos que edificaram a unidade do Estado-nação. Logo, a identidade da constituição – sua essência e núcleo irredutível – representaria a totalidade da unidade política considerada e sua particular forma de existência, garantindo a unidade e harmonia que as sociedades modernas solicitam para confirmar sua singularidade (Smith, 2005, Schmitt, 2008).

A constituição, nestes termos, dissocia-se das disposições democráticas de integração política e tolerância à diferença, não sendo associada à propensão emancipadora que as lutas sociais por reconhecimento da diferença requerem. A constituição deveria, assim, expressar as memórias e o desejo de conviver que une os cidadãos de uma nação e os insta a respeitar a herança social legada pelos constituintes originários (i.e., as tradições estabilizadoras). Daí resulta que a identidade constitucional é, nesta provisão teórica, utilizada como conceito jurídico de dimensão política, reconhecendo a constituição como componente normativo nascido do amálgama de abstrações que definem a unidade política. Esta corrente dogmática estabelece, pois, um episteme essencialista de identidade constitucional – isto é, identidade como *mesmice* ou qualidade inalterável que permanece no tempo (Dubar, 2009; Ricoeur, 2019).

A identidade constitucional tratar-se-ia, assim, de núcleo axiológico e normativo definido



por uma parcela da comunidade política, inalterável e permanente, pois a unidade política que harmoniza e equilibra a comunidade depende de um dado conteúdo, de uma dimensão material vinculada aquilo que o povo plasmou na Constituição. Logo, esta noção essencialista de identidade constitucional está vinculada a uma compreensão schmittiana de que o direito existe no contexto de diferenças políticas irreconciliáveis e de uma relação amigo/inimigo (ou, uma relação *self/other*, retomando a gramática ricoeriana) pautada no conflito e na exclusão. Por isso, essa concepção nega a possibilidade de uma unidade (política ou jurídica) de caráter global (Almeida Filho, 2021, p. 71-78).

A identidade constitucional seria, desse modo, espaço jurídico de antagonismo, onde a individualidade vencedora se continua sobre o Outro, com as tradições e costumes do passado constitucional – isto é, aquelas que vencem na arena política – suprimindo qualquer tentativa de alteridade que pretenda se esgueirar para o esquadro constitucional, seja esta alteridade uma construção jurídico-discursiva extraestatal (de grupos vencidos, em situação de vulnerabilidade) ou transnacional (de atores e instituições globais que chamam à mediação do Direito pelo processo transnacional). Nessa esteira, preservar a unidade da identidade constitucional seria um enfrentamento de último nível entre as diferenças que existem entre o *self* e o outro, uma espécie de choque irreconciliável de projetos de civilização, em que se procura a continuidade do *self*, a extensão de seu espaço-poder (Almeida Filho, 2021, p. 61; Han, 2019, p. 59).

Contudo, embora a constituição seja o produto de ideias do passado, que em certa medida solicitam estabilidade e preservação, ao mesmo tempo ela olha para o futuro e está pronta para durar no tempo – não pela imutabilidade, mas pela transformação (D’Aloia, 2011, p. 9). Logo, suscitar a concepção essencialista-schmittiana de identidade constitucional é ignorar o fenômeno constitucional como resultado de um desenvolvimento evolutivo e reflexivo da comunidade política, cuja identidade repousa não na tradição nacional ou em decisão política de constituinte originário, mas nos valores e princípios que consubstanciam a democracia constitucional.

Quando interpretada sob o prisma da teoria de Michel Rosenfeld, a noção de identidade constitucional passa a se associar diretamente à reforma constitucional e ao reconhecimento da alteridade. Assim, a identidade constitucional perde a acepção essencialista, sendo, então, apreendida dogmaticamente como o resultado jurídico de processos contingentes de identificação e reconhecimento. Assume-se, a partir da teoria desenvolvida pelo professor da *Cardozo School of Law – Yeshiva University*, a indispensável adaptabilidade da identidade constitucional à realidade sociopolítica. Esta nova concepção de identidade constitucional, portanto, reconhece a condição inacabada das identidades coletivas, que se (re)formam à medida em que a comunidade política evolui.

O que a identidade constitucional de Rosenfeld (2010) procura é evitar o “hiato constitucional” (Dantas, 2016), ou seja, a descontinuidade lógica entre as manifestações políticas e culturais que ganham relevância na vida de um estado democrático e a realidade da norma constitucional em sua dimensão jurídica positiva e discursiva. Tem-se, pois, que a identidade constitucional surge como um fenômeno complexo, fragmentado e parcial. Na teoria de Rosenfeld

a constituição “[...] possui um plano de fundo histórico [...], mas está aberta para novas produções de conteúdo [...] a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto a maior elaboração e a revisão” (Lorenzetto, 2014, p. 70).

A singularização dogmática da constituição não repousa mais, desta forma, em um espaço normativo privilegiado, que preserva as dotações de expressão jurídico-normativas da identidade nacional. O temor de aniquilação ou eliminação da Constituição por violação de seus caracteres fundantes cede lugar a uma leitura intergeracional da identidade, deixando assente que “[...] para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras” (Rosenfeld, 2008, p. 17).

A identidade do sujeito constitucional denota, portanto, uma identificação coletiva de natureza normativa – não meramente textual ou formal – que emerge dos movimentos hermenêuticos de (res)significação do fenômeno constitucional, validando um processo de inclusão de manifestações identitárias ainda não constitucionalizadas, bem como a exclusão de expressões jurídico-discursivas do passado constitucional. Esta identidade deve ser construída em parte contra a identidade nacional pautada na tradição, demovendo manifestações identitárias que, por se vincularem a concepções jurídicas pré-modernas, afrontam a natureza pluralista do fenômeno constitucional.

A identidade constitucional, desta forma, é forjada mediante procedimento discursivo de assimilação e exclusão das diferentes manifestações identitárias e discursivas que procuram sua conformação ao *corpus* constitucional. Logo, a materialização da identidade constitucional se dá no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelas normas constitucionais, de modo que a identidade é circunscrita ao discurso jurídico-constitucional prolatado pelos intérpretes da constituição. A reconstrução da identidade constitucional, assim, envolve uma mistura de aspirações e compromissos políticos que emergem da deliberação democrática.

A reconstrução da identidade constitucional surge, pois, tanto dos espaços institucionais de construção de significado e reconhecimento de direitos (ou seja, nos tribunais constitucionais, onde as interpretações constitucionais são racionalmente sopesadas), como das arenas públicas de deliberação democrática, assumindo uma sociedade aberta de intérpretes e (re)construtores da identidade constitucional. Este uso da deliberação democrática como espaço de recriação de significados normativos e axiológicos inerentes à identidade constitucional constitui aquilo que Seyla Benhabib (2006, p. 48) classificou de iteração democrática, isto é, atos de interpretação que, por repetição, renovam o sentido da norma em um contexto novo e diferente, aprimorando e transformando significados dentro do discurso constitucional e da deliberação democrática.

Portanto, a identidade constitucional emerge de um processo dialógico dentro das institucionalidades democráticas, representando o amálgama das aspirações políticas hegemônicas. Ela constitui-se, destarte, não apenas como o reflexo jurídico de interesses individuais e paixões políticas, que se decantam no processo de construção constitucional (*constitution-making process*),

mas como a expressão normativa de um pluralismo abrangente, que busca reconciliar diferentes identidades existentes no tecido social, conflitos morais e tensões entre bens da vida em um esquadro político-constitucional unívoco e homogêneo.

Esta reconciliação constitui a essência da abordagem de Rosenfeld, de modo que a formação da identidade se daria por heteroidentificação, isto é, processos através dos quais a comunidade política introjeta uma imagem oferecida de fora. Adota-se, assim, a perspectiva da alteridade – interna ou externa à comunidade política – para construir a singularidade (Safatle, 2020, p. 34). É precisamente no Outro que se encontram similitudes que são cristalizadas no tecido constitucional e divergências que são negadas, haja vista sua inadequação ao espaço simbólico comum que estrutura um regime democrático e, mais que isso, o constitucionalismo global ocidental. Ou seja, a identidade constitucional opera sobre exclusões encaradas em termos políticos, não em termos morais

Desta forma, toda transformação política ou adaptação normativa que acontece em dada comunidade política suscita (re)construções que ampliam ou restringem a identidade da constituição. A matéria constitucional reflete, pois, a realidade sociopolítica e assenta uma contrafactualidade – isto é, uma suplementação normativa do real – que se posta no esquadro jurídico da nação como um “vir a ser”. Esta contrafactualidade evidencia a base desconstrutivista de teoria de Michel Rosenfeld, ao pressupor ser o texto constitucional uma singularidade, “[...] mesmo que [...] sua singularidade seja somente perceptível por meio da possibilidade de sua condição iterável, a possibilidade de que ele possa ser transmitido, e se comunicar para além de qualquer contexto supostamente original” (Wolfrey, 2012, p. 82).

### 3 A IDENTIDADE INTERAMERICANA DO SUJEITO DE DIREITOS HUMANOS

Não obstante as colaborações que a escola norte-americana estabelece à análise da identidade constitucional, sua natureza estritamente eurocêntrica destaca-se como uma crítica recorrente (Tushnet, 2010, p. 6). Por demais, esses pesquisadores diagnosticaram que a averiguação quanto ao impacto da normativa internacional nesta expressão identitária de feições jurídicas é pouco investigada. Por conseguinte, dada a carência de análises sobre o impacto da normativa internacional na reconstrução da identidade constitucional no contexto latino-americano, este artigo passa agora a perscrutar como o discurso jurídico propalado pelo órgão jurisdicionado do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH) impacta a identidade constitucional dos Estados.

No sistema jurídico contemporâneo de proteção aos direitos humanos há inevitavelmente a necessidade de solucionar os problemas jurídico-constitucionais segundo uma interlocução entre a *ratio decidendi* de decisões domésticas e as construções normativas de tribunais internacionais. Isso se dá, pois a natureza isomórfica das controvérsias que envolvem os direitos humanos solicita a disposição estatal para o aprendizado recíproco entre as ordens locais, internacionais

e supranacionais. Logo, a garantia e proteção dos direitos humanos na modernidade não ficam restritas à atuação isolada dos Estados, convertendo-se em uma empreitada conjunta de agentes nacionais e órgãos internacionais (Dupuy, 2007).

Essa imbricação entre ordem constitucional pátria e as manifestações discursivas do Direito Internacional contextualiza a identidade constitucional ao enquadramento político e jurídico transnacional. Neste sentido, a implementação das convenções regionais de direitos humanos ao plano constitucional – pondera Rosenfeld (2010, p. 265) – permite a elaboração aprofundada de uma identidade do sujeito dos direitos humanos (*identity of human rights subject*), garantindo a integração necessárias à relação evolutiva entre Direito Constitucional e Internacional. Esta reconciliação do sujeito constitucional a sua contraparte internacional é fundamental à homogeneização da interpretação e aplicação da normativa internacional à nível regional.

A aproximação da ordem jurídico-constitucional do Estado ao *ethos* pluralista consagrado no discurso jurídico internacional – onde, entende Rosenfeld (2010, p. 276), concepções de dignidade, liberdade e igualdade são normativamente fixadas e universalizadas – garante a concretização de um critério jurídico, exequível e legítimo, através do qual processos de convergência e divergência à dogmática dos direitos humanos se estabelecem domesticamente. Assim, escreve o autor:

[...] integrar o *ethos* pluralista na ordem constitucional esculpida pelos Estados-nação facilitará a aceitação de uma maior diversidade, ao fornecer ferramentas eficazes para desafiar o *status quo* constitucional e as limitações estabelecidas na identidade constitucional prevalecente [...] Assim, se exclusões de certos modos de vida se mostram contrárias à uma concepção de dignidade consistente com o *ethos* pluralista então essas exclusões deveriam ser declaradas inconstitucionais (Rosenfeld, 2010, p. 276).

Pode-se assumir, destarte, que à proporção em que os Estados latino-americanos ratificam a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e reconhecem a jurisdição contenciosa da CtIDH, suas institucionalidades democráticas se inserem em um esquadro jurídico que insta a ordem constitucional pátria a ser complementada e modulada pelo discurso jurídico internacional construído pela CtIDH em suas sentenças, opiniões consultivas e medidas provisionais. Isto é, adere-se ao processo de reconstrução da identidade constitucional uma internalização da identidade jurídica que se consolida na expressão discursiva da CtIDH. Neste sentido, Siddharta Legale (2020, p. 195) argumenta que o processo de ascensão normativa da CADH a uma condição de referencial jurídico na América Latina promoveu ações estatais de ablação de normas incompatíveis com os direitos humanos.

A atuação da CtIDH induz o tracejar de diretrizes axiológicas para a pluralização de direitos materiais no contexto constitucional dos Estados-membros do SIDH. Por tanto, propõe-se nessa pesquisa a compreensão de uma “identidade interamericana do sujeito de direitos humanos” a qual, uma vez internalizada pelos Estados, veicula o reconhecimento jurídico da diferença, pois estimula a proteção de expressões culturais e discursivas invisibilizadas pelo direito doméstico.

Pode-se falar, assim, em transnacionalização da identidade constitucional, posto que os grupos em situação de vulnerabilidade encontram no plano internacional uma instância mediata e subsidiária de proteção dos direitos fundamentais.

À vista disto, ao validar e retroalimentar, por exemplo, lutas sociais e políticas por afirmação de garantias processuais (Villagrán Morales v. Guatemala e Sétimo Garibaldi v. Brasil), direitos indígenas (Comunidade Mayagna awa Tingni v. Nicarágua e Povos indígenas Xucuru v. Brasil) e liberdade de expressão (Olmedo Bustos v. Chile), o discurso interamericano exsurge como um significante vazio, unificando um conjunto de demandas equivalentes (Laclau, 2011). Uma vez internalizada essa identidade interamericana ao esquadro constitucional dos Estados-membros do Sistema Interamericano, garante-se um adequado grau de convergência jurídica entre todos os Estados envolvidos, sem suprimir indevidamente as diferenças de cultura jurídica.

A discussão sobre uma identidade do sujeito dos direitos humanos que se adere à identidade constitucional é produto da internacionalização do fenômeno constitucional, que promove a transferência de soberania operada pelas unidades estatais em benefício das organizações comunitárias e de ordens jurídicas regionais, permitindo-lhes a reorientação e a regulação de certas matérias antes restritas aos Estados (Dantas, 2016). O que se pretende é somatizar a proteção e ampliação constitucional de direitos de grupos vulneráveis, como pessoas com deficiência, o militante de direitos humanos, os camponeses, os desaparecidos forçados, as vítimas das ditaduras militares e as comunidades originárias.

Essa propositura argumentativa vai ao encontro do que preleciona Chris Thornhill (2012, p. 397) ao destacar como as interações com tribunais internacionais têm moldado substancialmente processos constitucionais e estruturam políticas públicas. Surge na sociedade global, assevera o teórico, um sistema de constitucionalismo judicial em dois níveis, onde os tribunais internacionais estabelecem normas ou padrões com classificação constitucional efetiva nas divisões nacionais, e os judiciários nacionais aplicam essas normas como restrições positivas à dogmática jurídica pátria. Assim, tanto os tribunais nacionais, quanto os internacionais têm atuado como legisladores constitucionais.

Isto posto, a interlocução do discurso constitucional com dotações de conhecimento jurídico produzidas por atores internacionais tem efeito direto na redefinição da identidade constitucional, sobremaneira ao se recordar que o discurso jurídico internacional tem sido veículo definitivo para a concreção de expectativas jurídico-constitucionais de uma série de grupos sociais. É o caso, por exemplo, das comunidades indígenas ou dos pleitos por consolidação democrática na América Latina, que buscam no projeto transformador capitaneado pela CtIDH, o dínamo necessário para movimentar – seja por responsabilização ou *shaming* internacional – as omissas institucionalidades democráticas.

Em síntese, o discurso jurídico internacional materializado na jurisprudência CtIDH tem se estruturado como um receptáculo transnacional de lutas por emancipação e reconhecimento, de modo a se constituir como ferramenta jurídica internacional de uma política da diferença. Pode-se assumir, destarte, que à proporção que os Estados latino-americanos ratificam a CADH, a ordem

constitucional pátria é orientada – segundo alavancas procedimentais (ratificação e recepção de um tratado) e materiais (necessária convergência a um compromisso moral e normativo de garantia e promoção dos direitos humanos) – a ser complementada e modulada pelo discurso jurídico interamericano.

Isso valida a propositura teórica da presente pesquisa de “identidades constitucionais transnacionalizadas”, cujo propósito especial é a materialização de noções jurídicas e axiológicas próprias da vivência política e jurídica da América Latina no texto e discurso constitucional dos Estados-membros do SIDH. O que argumentam os pesquisadores é que a internalização do discurso da CtIDH pelos Estados viabiliza a introjeção da gramática dos direitos humanos em sua estrutura político-institucional e normativa, abrindo margem para o controle de convencionalidade construtivo e destrutivo. A adequação da postura institucional e da normativa doméstica ao discurso interamericano pode, ainda, servir de referencial paradigmático mediante o qual se conduz a argumentação na esfera legiferante (criação e nulificação de leis e atos normativos) e judicante (orientando a hermenêutica constitucional).

O conceito que se procura construir – a identidade interamericana do sujeito de direitos humanos – significa, assim, o núcleo duro de percepções jurídicas sustentadas pela CtIDH e é resultado da interpretação evolutiva da CADH, sendo direcionada ao Estados-membros através das sentenças, opiniões consultivas e medidas provisionais. Trata-se, pois, da racionalidade jurídica que se deve aderir à identidade constitucional dos Estados-membros, servindo de catalisador de discussões sobre desenvolvimento constitucional e, conseqüentemente, modeladora das argumentações legislativas e jurisdicionais dos Estados. Exerce, assim, a identidade interamericana função estrutural de validade dos argumentos e práticas estatais, concedendo credibilidade à argumentação dos agentes políticos e jurídicos estatais.

As modulações normativas promovidas pelo discurso interamericano contra leis de autoanistia são exemplo paradigmático de reconstrução da identidade do sujeito constitucional após reconciliação com a identidade interamericana. A comunicação transjudicial dos tribunais constitucionais de Argentina (caso Simón e Mazzeo), Uruguai (caso Nibia Sabalsagaray) e Chile (casos Rol 3215-05 / Rol 559-4), *exempli gratia*, colaboram substancialmente com a ruptura da identidade pré-constitucional autoritária que ainda viceja nos sistemas de justiça latino-americanos, garantindo a evolução do fenômeno constitucional em consistência com a realidade fática da redemocratização.

Como exemplos de reconstrução e transnacionalização da identidade constitucional pode-se citar, ainda: (i) a emenda constitucional no Chile que garantiu liberdade artística, promovida enquanto cumprimento de sentença de Olmedo Bustos v. Chile; (ii) a declaração de inconstitucionalidade das disposições da lei de segurança nacional equatoriana após condenação em Zambrano Velez v. Equador; (iii) a modificação do código penal argentino, após manifestação da CtIDH em Kimel v. Argentina; (v) a revisão judicial promovida pela Corte Constitucional da Colômbia na sentença C-228/02, adotando conceito de reparação de vítimas desenvolvido pela CtIDH; (vi) a tipificação do crime de feminicídio no México, em função de debates instigados pelo

caso Campo Algodoeiro v. México ou (vii) a implementação da audiência de custódia no Brasil, previsão convencional ignorada pelo país e reconhecida apenas após o julgamento da ADPF 347.

Resulta daí que a inclusão da identidade interamericana ao esquadro constitucional – conforme vislumbrado nos exemplos citados – orienta à supressão de identidades pré-constitucionais antagônicas à lógica do pluralismo jurídico e da democracia constitucional. A conformação da identidade interamericana ao sujeito constitucional garante à comunidade política o desenvolvimento de um sistema constitucional que reflete as propostas de pluralização das perspectivas axiológicas de dignidade humana, comprometendo-se com a consolidação de uma estrutura jurídica ciente de suas limitações e disposta a apreender no Outro singularidades e diferenças que lhes são auspiciosas. A construção da noção de identidade interamericana se faz, portanto, como concertação e síntese dos processos nacionais e locais.

Importa destacar, contudo, que a aproximação de múltiplos discursos e identidades ao *corpus* constitucional será gerida por um “projeto de reconstrução constitucional” editado pelo Estado (Rosenfeld, 2010, p. 90). Desta forma, as identidades que se aderem ao sujeito constitucional são selecionadas pelo Estado. Ou seja, é a ordem constitucional que preleciona as expressões identitárias que incluirá ao seu esquadro, bem como aquelas que excluirá. Michel Rosenfeld (2011) em suas exposições se limita, contudo, a advertir sobre o risco de não manter a imaginação contrafactual que erige da reconstrução constitucional no interior das demarcações axiológicas estabelecidos pelo constitucionalismo liberal. Cabe aos intérpretes e críticos do seu trabalho, portanto, deslindar essas restrições, explanando o “projeto de reconstrução constitucional”.

Para se compreender os limites à reconstrução da identidade constitucional, é necessário, *a priori*, recordar o caráter jurídico deste instituto, mas sem descurar que a identidade constitucional denota uma identidade coletiva – e, portanto, permeada por elementos culturais – que emerge da norma constitucional quando de sua interpretação. Logo, eventuais restrições à reconstrução constitucional detêm invariavelmente: (i) uma natureza procedimental, definida pelos limites constitucionais que pretendem a estabilidade constitucional e (ii) e uma dimensão sociocultural, que pode ser sintetizada nas concepções e cosmovisões pré-modernas cristalizadas no tecido social.

Os limites constitucionais, entende-se, dizem respeito às balizas estruturais impostas pela ordem constitucional, de modo a incluir restrições formais definidas pelo constituinte originário. Balizas procedurais (como o quórum mínimo para emendas constitucionais) ou limites materiais que restringem a hermenêutica constitucional, assomam como limites à reconstrução da identidade constitucional, privando a internalização indevida de expressões identitárias. É o caso, por exemplo, de restrições à liberdade de culto de grupos fundamentalistas ou a proibição de publicação de livros com discurso de ódio – *vide Habeas Corpus* n. 82.424/RS, no Supremo Tribunal Federal (STF) – que impedem uma reconstrução de identidade constitucional desviada dos valores inerentes aos direitos fundamentais.

Estes limites formais estabelecem marcos balizadores para a reconstrução, impedindo a exclusão de identidades essenciais ao sujeito constitucional ou a inclusão de dotações de conhecimento inconsistentes com a base pluralista que baliza o constitucionalismo ocidental. Contudo, o material

que será objeto da movimentação jurídico-discursiva que engendra a reconstrução da identidade constitucional é fornecido não pelo procedimento constitucional, mas pela herança sociocultural da comunidade política. Ao se recordar que o processo de reconstrução constitucional é moldado pela troca dinâmica de forças opostas de assimilação e exclusão, pode-se traduzir este segundo nível de limitação como as movimentações culturais hegemônicas que restringem as deliberações democráticas, obstaculizando o avanço de discursos contra-hegemônicos.

Nisto, há de se recordar que o discurso jurídico-constitucional possui uma dimensão ideológica, expressando sempre a compreensão de um grupo acerca da experiência social (Moreira, 2017). Logo, o discurso jurídico, tratar-se de objeto de manipulação e dominação política, estando, pois, suscetível a uma alopoiese do direito, quando “[...] os agentes do sistema jurídico estatal põem de lado o código diferença lícito/ilícito e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se primária e frequentemente com base em um injunções diretas da economia, do poder, das ações familiares, etc.” (Neves, 2018, p. 148). Ou seja, a articulação do discurso jurídico-constitucional se vê controlada por uma elite com capital simbólico, que detém relativo poder para tomar decisões quanto a estilo, forma e tema a serem abordado.

Estas observações deixam transparecer que a (re)construção da identidade constitucional acontece à mercê de escolhas – não apenas formais, mas simbólicas – postas pelas instituições democráticas e por atores políticos, econômicos e sociais com poder de veto, que dispõem de primazia sócio-ontológica capaz de sobrepor seus interesses aos ditames do constitucionalismo. A reconstrução da identidade constitucional, trata-se, então, de um confronto histórico e institucional de significados, fatores sociais e oposições normativas, anota Gianluigi Palombella (2010, p. 663), de modo a envolver a dialética entre a conformação do fenômeno constitucional enquanto um sistema social eficaz na concretização de direitos e sua deturpação em figura retórica do discurso do poder.

Śledzińska-Simon (2015, p. 154), em complemento, pondera que a força com que uma manifestação sociocultural hegemônica suprime a diferença depende substancialmente do contexto político da comunidade e da matéria objeto de deliberação. Avaliar a internalização de expressões discursivas transnacionais requereu, pois, a delimitação, no conjunto de demandas equivalentes que se conformam ao discurso jurídico internacional, um estrato de análise. Tomando o caso interamericano como exemplo, ocorreria que, como a CtIDH tem veiculado a internalização de sistemas de diferença relacionados a uma multiplicidade de grupos em situação de vulnerabilidade, cada um destes sujeitos de direito que pleiteiam, na arena internacional, sua conformação ao *corpus* constitucional, encontra uma complexidade particular de restrição ideológica.

Serão estas variáveis ideológicas e estruturais que estabelecerão em última análise o distanciamento normativo que separa quais identidades são restringidas e quais se emancipam do factual e se cristalizam como norma constitucional (contrafactual). Conquanto, é pela avaliação singularizada e episódica dos momentos históricos de reconstrução/transnacionalização da identidade constitucional de um Estado que se compreenderá em absoluto os óbices reais à internalização da diferença. É o que a pesquisa se propõe a fazer no tópico que se segue.



#### 4 ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO DE TRANSNACIONALIZAÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

Sem a ambição de conceder respostas conclusivas quanto à transnacionalização da identidade constitucional no Brasil, nesta etapa final este estudo procura sobremaneira suscitar o questionamento sobre a vinculação das institucionalidades democráticas do Brasil a uma percepção essencialista de identidade constitucional. A recusa do país ao reconhecimento de uma identidade constitucional pós-1988 de dimensões pluralistas, disposta a legitimar as lutas por reconhecimento de grupos em situação de vulnerabilidade – especialmente daqueles que procuram no discurso jurídico internacional o veículo para a concreção de suas expectativas – é analisada a partir da prática judicante do órgão de cúpula do Judiciário.

O Brasil, após a transição política, viveu um processo constituinte respaldado por interesses de grupos sociais múltiplos, garantindo a constitucionalização de direitos sociais e relativa fuga ao elitismo de constituições pretéritas. A Constituição Federal de 1988 (CF/88), desta forma, integraliza o Estado Democrático de Direito ao redefinir o pacto político, reiterando a primazia da dignidade humana e assumindo o pluralismo enquanto possibilidade de manifestações das diferenças. Anível de reforma constitucional, a Emenda nº 45/2004 – simulacro de uma incorporação definitiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos na rotina constitucional do país – eleva a normatividade dos tratados de direitos humanos, optando, assim, por uma “constitucionalização mediata”, ao autorizar o Congresso a conferir o *status* constitucional para tratados que respeitam o rito das emendas à Constituição (Guerra, 2014).

O STF, por demais, habituou-se, após a renovação institucional em 1988, a estabelecer discussões e interpretações que permeiam uma ótica jurídica de alta densidade moral, relacionada à ampliação dos direitos fundamentais. A pretensão do STF, em tese, foi estabelecer um constitucionalismo engajado com a expansão da efetividade da Constituição de 1988. Desta forma, discussões relacionadas a desenvolvimento constitucional e combate à crise de reflexividade, com referências exaustivas à escola alemã de reforma constitucional, têm orientado a atuação judicante do STF (Barroso, 2015). Nada obstante, apesar da propensão progressista do Judiciário pós-ditadura, o STF tem demonstrado resistência às transformações constitucionais que deveriam advir da inclusão da comunidade política no sistema multinível de proteção aos direitos humanos, ignorando os compromissos formais que o Brasil estipula com a jurisdição interamericana.

Atítulo de exemplo, pode-se destacar que, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o STF tratou, entre 2010 e 2020, 13 casos que fazem referência direta ou indireta ao discurso interamericano – são eles: (i) ADPF 144, (ii) ADPF 153, (iii) ADPF 132/ ADI 4277, (iv) ADI 4815, (v) ADI 387, (vi) ADI 4275, (vii) ADI 5617, (viii) ADI 4451, (ix) ADI 5243; (x) ADC 42, (xi) ADC 43, (xii) ADI 4439 e (xiii) ADI 3239. Entretanto, uma análise detida dos casos deixa transparecer o uso meramente imagético e, por vezes, errôneo da jurisprudência interamericana nestes julgados. As citações à jurisprudência da CtIDH atuam como mero *obter dictum* das decisões do STF, não

havendo qualquer interpretação e aplicação substancial, onde o discurso constitucional se constrói em função da *ratio decidendi* internacional.

Por demais, importa destacar que desde que ingressou no SIDH, o Brasil modulou pontualmente sua ordem normativa para adequar-se ao *standard* interamericano, o que comprova relativo avanço na abertura ao processo transnacional e disposição pontual à interamericanização da identidade constitucional. Pode-se citar, por exemplo, a Emenda Constitucional n. 35/2001 – que modifica o instituto da imunidade parlamentar, modificando o art. 53, da Constituição Federal – e a adoção da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) ou, ainda, a criação das Leis n. 9.299/96, do Programa Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos e da Comissão Nacional da Verdade. A operacionalização das audiências de custódia, após a ADPF 347, também é um exemplo válido.

A CtIDH, neste sentido, tem reconhecido a modulação da normativa interna como garantia de não repetição de violações aos direitos humanos. Entre 1998 e 2017, 96 ordens de reforma legislativa foram emitidas pelo tribunal internacional (Calabria, 2017). Nada obstante, ainda são escassas no Brasil experiências de modulação da normativa interna em função de determinação da CtIDH. Ademais, não houve qualquer regulamentação legislativa quanto ao cumprimento das decisões da CtIDH, de modo que, dentre as 73 medidas de reparação formuladas pela CtIDH ao Brasil, apenas 24% detêm o *status* de cumprimento total e 64% ainda estão pendentes de cumprimento (percentagem abstraída das resoluções de cumprimento de sentença colimados no sítio virtual da Corte Interamericana).

Neste diapasão, a transnacionalização da identidade constitucional fica prejudicada, posto que as transformações operadas na realidade jurídica e política do país pouco induzem reformas significativas no desenho institucional da constituição e na prática dos organismos democráticos. Isso se dá sobremaneira porque o processo de adequação normativa depende da mobilização de atores políticos e requer um custo de transação elevado. Assim, no Poder Legislativo os tratados internacionais, por exemplo, precisam vencer não apenas o rito de emenda à constituição, mas também a eventual oposição de parlamentares antagônicos ao discurso dos direitos humanos. Noutro giro, no Judiciário, o que sobressai como obstáculo é a condição alopoiética do discurso constitucional, que garante construções argumentativas definidas pela irritação externa ao sistema jurídico (Neves, 2018, p. 151).

Confirma-se, desta forma, a hipótese de Śledzińska-Simon (2015) de que o contexto político e a matéria objeto de discussão definem o grau de inclusão da alteridade na identidade constitucional. Isto fica evidente quando se observa que julgados como a ADPF 132 ou a ADPF 347 tratam-se de oportunidades de reconstrução constitucional viabilizadas por variáveis contextuais auspiciosas (ampla discussão na esfera pública e reiteração do pleito na arena jurídica, *e.g.*). Por outro lado, experiências como a ADPF 153 – em que as movimentações socioculturais hegemônicas capitaneadas por grupos de interesse componentes da elite política do país estão em jogo – fornecem um momento severamente menos positivo à reconstrução da identidade constitucional.

A oportunidade de transnacionalização da identidade constitucional na ADPF 153 é demonstrativo cabal de como atuam as restrições ideológicas citadas anteriormente. A opção do STF em ignorar a argumentação esposada pela CtIDH em sua jurisprudência sobre leis de autoanistia, não apenas é consequência do continuísmo autoritário no fenômeno constitucional pátrio, como também da movimentação de atores com poder de veto (*veto players*) às propostas de reforma do discurso constitucional (Meyer, 2021; Bernardi, 2015). Confirma-se, assim, o argumento avançado nos tópicos anteriores de que a ambiência social e bagagem sócio-históricas do *self* coletivo delimitam, no mais das vezes, sua identidade constitucional, de forma que interesses e ideias (das elites, sobretudo) e significados e preconceitos compartilhados pela comunidade orientam substancialmente os rumos da reconstrução constitucional.

Ao que parece, portanto, a adesão do Brasil ao SIDH desempenha função meramente ideológica, pois apresenta à comunidade internacional, normativa e discursivamente, um desenho jurídico-institucional, que serve antes ao propósito de imunizar o sistema político e diminuir os custos sociopolíticos de transação com a arena transnacional. Assim, pode-se falar, revisitando e parafraseando a doutrina de Marcelo Neves (2018, p. 100), em uma convencionalização simbólica no Brasil, haja vista que a concretização normativa das obrigações internacionais firmadas não ocorre em definitivo e não encontram ressonância na prática dos órgãos estatais. Não há, em consequência, mudança institucional ou de atuação das organizações democráticas que induzam hipótese de interamericanização da identidade constitucional.

Essa “convencionalização simbólica” no Brasil reforça a ponderação de Harold Koh (1997, p. 2636) quanto à ideia de que o respeito e vinculação à comunidade internacional contemporaneamente deflui menos do medo de sanções e mais de um interesse em ganhar reputação na arena internacional. Em outras palavras, a vinculação formal aos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos constitui mera demonstração de boa-fé e disposição estatal de subvenção às obrigações internacionais, garantindo aos Estados livre circulação e negociação – inclusive econômica – na arena internacional. O compromisso moral de concretização das expectativas jurídico-normativas entronizadas nos tratados restam, conquanto, relegadas a casos pontuais (Alves, 2003; Koh, 1997).

Logo, como na constitucionalização simbólica diagnosticada por Neves (2018), a problemática diagnosticada nesta pesquisa repousa no plano da concretização das expectativas jurídico-normativas cristalizadas no texto da Convenção Americana e na jurisprudência da CtIDH. Embora o fenômeno constitucional albergue uma previsão de transnacionalização da identidade constitucional – com os art. 5º, §§ 2º e 3º e art. 7º, inciso II, dos ADCT reafirmando a relevância constitucional da norma global de proteção aos direitos humanos – a prática política e o contexto social não favorecem sua efetivação. A realidade social do país impacta, assim, a realização do texto programático da Constituição, interrompendo compromissos constitucionais firmados pelo Estado.

A postura do STF na interação com a jurisprudência da CtIDH e o descompromisso do Estado no cumprimento de suas obrigações internacionais – seja por cumprimento de sentença ou

modulação proativa do ordenamento jurídico – deixam assente como o Brasil réplica a noção pré-moderna de identidade constitucional, protegendo a supremacia da constituição sob auspícios de uma percepção monista. Isto permite sustentar que a identidade constitucional no Brasil, embora pareça transnacional – haja vista a Emenda Constitucional nº 45/2004, as interlocuções episódicas do STF com a CtIDH e algumas modulações constitucionais mediante assimilação do discurso interamericano – em verdade não internalizou a identidade interamericana.

## CONCLUSÃO

Ao fim da pesquisa, observou-se que o projeto de reconstrução de identidade constitucional de cada país – embora esteja relacionado ao consenso democrático formulado nos espaços deliberativos de (re)interpretação da constituição – sofre ampla influência da disjunção entre atores habilitados à construção constitucional e os detentores de poder político. Em paralelo, variáveis contextuais exógenas ao direito são decisivas na opção dos tribunais em conduzir uma reconstrução de identidade constitucional mediada por uma aproximação com o discurso internacional de proteção aos direitos humanos. Assim, cada tentativa de reconstruir a identidade constitucional constitui experiência única, passível de sofrer influências de natureza estrutural, sociocultural ou política.

Quanto ao Brasil, a interação com a identidade interamericana é episódica, restringindo-se a experiências pontuais, nas quais o contexto político do país viabilizou uma interlocução com Corte ou Comissão Interamericana – é o caso da adoção da Lei n. 11.340/2006 ou as movimentações por efetivação do direito à verdade, com a criação da Comissão Nacional da Verdade. Em sua maioria, no entanto, a internalização da identidade interamericana do sujeito dos direitos humanos pelo Estado brasileiro não ocorre. Insere-se o *self* constitucional, no caso brasileiro, num espaço-poder não mediado de construção identitário, onde o Outro que se materializa no discurso interamericano é assumido como diferença irreconciliável. Resulta daí que o diálogo institucional com os órgãos do SIDH é lido segundo uma métrica conflitiva, de continuação do *self* constitucional sobre a alteridade interamericana.

Resta então registrar, a título de síntese do pensamento, que a reconstrução da identidade constitucional se atesta como uma confrontação política, pautada na reconciliação de diferenças e modulação de interesses sociais e políticos divergentes. A reconstrução de uma identidade constitucional, trata-se, em última análise, de conceder uma forma jurídico-constitucional à interação política na ordem plural e transnacional da pós-modernidade. O mérito desta concepção de identidade constitucional é, contudo, sua condição inacabada, que se articula pouco a pouco pela introjeção gradativa das identidades que, na disposição para reafirmar constantemente suas lutas por reconhecimento e ampliação material de direitos, superam os movimentos repressivos de um passado pré-moderno essencialista.

## REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. **Bundesverfassungsgericht (BverfGE)** 123, 267. Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630\\_2bve000208en.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en.html). Acesso em: 02.nov.2021
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. **10 lições sobre Carl Schmitt**. São Paulo: Editora Vozes, 2021.
- ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2003. 199 p.
- ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. esp., p. 23-50, 2015.
- BENHABIB, Seyla. **Another cosmopolism**. Nova York: Oxford University Press, 2006.
- BERNARDI, Bruno Boti. **O sistema Interamericano de direitos humanos e a justiça de transição: impactos no Brasil, Colômbia, México e Peru**. 2015. Tese (Doutorado) - Faculdade de filosofia, letras e ciências humanas (FFLCH), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- BON, P. La identidad nacional o constitucional: una nueva noción jurídica. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 100, p. 167-188, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.
- CALABRIA, Carina. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1286-1355, 2017.
- COLLIER, David; MAHON, James E. Conceptual “Stretching” Revisited: Adapting Categories in Comparative Analysis. **American Political Science Review**, Baltimore, v. 87, n. 4, p. 845–55, 1993.
- D’ALLOIA, Antonio. Prefazione. In: BERTINETTI, L.; CABASSI, C.; CABRINI, S. **Fare gli italiani: l’identità nazionale e la costituzione**, Parma: Edicta Edizioni, 2011. p. 9-13.
- DANTAS, Ivo. **Teoria do estado contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofía del derecho**. Barcelona: Bosch Casa editorial, 1984
- DUBAR, Claude. **A crise das identidades: a interpretação de uma mutação**. São Paulo: Edusp, 2009.
- DUPUY, Pierre-Marie. The unity of Application of International Law at the Global Level and the Responsibility of Judges. **European Journal of Legal Studies**, Florença, v. 1, n. 2, 2007.
- GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott (org.). **Modernidade reflexiva**. São Paulo: Ed Unesp, 1997. p. 74-133.

- GUERRA, Sidney. **Direitos humanos na ordem Internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2006
- HAN, Byung-Chul. **O que é o poder?** São Paulo: Ed. Vozes, 2019.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2015.
- HONNETH, Axel. **The I in we: studies in the theory of recognition**. Malden: Polity Press, 2012.
- KOH, Harold H. Why do nations obey international law? **Yale law Journal**, Yale, v. 106, p. 2599-2659, 1997.
- LACLAU, Ernesto. **Emancipação e diferença**. Rio de Janeiro: Ed. da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.
- LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de direitos humanos como Tribunal Constitucional: exposição e análise crítica dos principais casos**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2020.
- LORENZETTO, Bruno; KOZICKI, Katya. Direito e diferença: considerações constitucionais sobre o direito e a identidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 144-153, 2012.
- LORENZETTO, Bruno Meneses. **Caminhos do constitucionalismo à democracia**. 2014. 323 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.
- MAIR, Peter. Concepts and concept formation. *In*: PORTA, Donatella Della; KEATING, Michael (ed.). **Approaches and methodologies in the social sciences: a pluralist perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 177-196.
- MEAD, George Herbert. **Mind, self and society**. Chicago: The University of Chicago Press, 1934.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. **Constitutional Erosion in Brazil**. New York: Hart Publishing, 2021.
- MOREIRA, Adilson José. Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural. **Rev. Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 830-868, 2017.
- NETTO, Menelick Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. *In*: OLIVEIRA, Marcelo A. Cattoni (coord.). **Hermenêutica constitucional no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.
- NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF, 2018.

OELSNER, Andrea. The Institutional Identity of Regional Organizations or Mercosur's Identity Crisis. **International Studies Quarterly**, Beverly Hills, v. 57, p. 115–127, 2013.

PALOMBELLA, Gianluigi. Structures and process in the constitutional self: coping with the future? **International Journal of Constitutional Law**, New York, v. 8, n. 3, p. 656-664, 2010.

POLZIN, Monika. Constitutional Identity as a constructed and a restless soul. **German Law Journal**, Cambridge, v. 18, n. 7, p. 1595-1616, 2017.

RICOUER, Paul. **O si-mesmo como outro**. São Paulo: Ed. WMF, 2019.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

ROSENFELD, Michel. **The Identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture and community**. Routledge: Taylor & Francis Group, 2010.

RUTHERFORD, Jonathan (org.). **Identity: community, culture, difference**. London: Lawrence & Wishart, 1990.

SAFATLE, Vladimir. **Introdução a Jacques Lacan**. São Paulo: Ed. Autêntica, 2020.

SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Durham: Duke University Press, 2008.

ŚLEDZIŃSKA-SIMON, Anna. **Constitutional identity in 3D: a model of individual, relational, and collective self and its application in Poland**. New York : Oxford University Press, 2015.

SMITH, Anthony. **National identity**. New York: Penguin Book, 2005.

THIESSE, Anne-Marie. **La Création des identités nationales**. França: Editions du Seuil, 2001.

THORNHILL, Christopher. National sovereignty and the constitution of transnational law: a sociological approach to a classical antinomy. **Transnational Legal Theory**, [s.l.], v. 3, n. 4, p. 394-460, 2012.

TUSHNET, Mark. How do constitutions constitute constitutional identity? **International Journal of Constitutional Law**, New York, v. 8, n. 3, p. 674, 2010.

WOLFREY, Julian. **Compreender Derrida**. São Paulo: Editora Vozes, 2012.

WOLIN, Sheldon. **The presence of the past: essay on the state and the Constitution**. London: The Johns Hopkins University Press, 1989.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Ed Saraiva, 2015.

ZIZEK, Slavoj. Além da análise do discurso. In: ZIZEK, S. **Interrogando o Real**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017. p. 263-275.

Recebido em: 17/12/2021

Aceito em: 11/04/2023