



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



MATEUS TRINTA BRUZACA

IDENTIDADE, MEMÓRIA E PROMESSA: uma proposta transnacional de
identidade constitucional e uma apreciação do caso brasileiro

Recife
2022

MATEUS TRINTA BRUZACA

IDENTIDADE, MEMÓRIA E PROMESSA: uma proposta transnacional de
identidade constitucional e uma apreciação do caso brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Teoria Geral do Direito Contemporâneo.

Orientador: Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior.

Recife

2022

Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

B886i Bruzaca, Mateus Trinta.

Identidade, memória e promessa: uma proposta transnacional de identidade constitucional e uma apreciação do caso brasileiro / Mateus Trinta Bruzaca. -- Recife, 2022.

292 f.

Orientador: Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco.
Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito,
2022.

Inclui referências.

1. Direito Constitucional - Brasil. 2. Direitos Humanos. 3. Direito Internacional. 4. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 5. Anistia.
I. Lima Júnior, Jayme Benvenuto (Orientação). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2023-02)

MATEUS TRINTA BRUZACA

IDENTIDADE, MEMÓRIA E PROMESSA: uma proposta transnacional de
identidade constitucional e uma apreciação do caso brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 05/12/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof.^a Dr.^a Carina Barbosa Gouvêa (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof.^a Dr.^a Carina Rodrigues de Araújo Calabria (Examinadora Externa)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof.^a Dr.^a Flávia Danielle Santiago Lima (Examinadora Externa)
Universidade de Pernambuco (UPE)

Em memória de Herbert Pereira Bruzaca.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Gilda e Paulo, por sempre me apoiarem e esquadrinharem meus passos. Por velarem meu sono e pelas caminhadas (e corridas) sempre inspiradoras. Este trabalho é para eles, pois por eles fez-se possível.

À minha irmã, Isabeli, pelo carinho com que me escutou, pelo amor com que respeitou meu silêncio. Pela ajuda nas traduções.

Aos amigos da Liga, pelos momentos de descontração e risadas.

Aos amigos do Mestrado – Ada, Afonso, Bruna, Matheus, Felipe e Polireda – por sempre compartilharem leituras e pensamentos.

Aos servidores do PPGD/UFPE pela prontidão com que me ajudaram.

Ao meu orientador, Prof. Jayme, pelo carinho e sensibilidade com que me acolheu. Pela paciência com que me aclarou as ideias.

Agradeço, ainda, de modo especial à Carina Calabria, Alexandre Da Maia, Flavianne Bitencourt e Carina Gouvea, valorosos docentes do PPGD/UFPE que contribuiram com essa dissertação.

Agradeço, também, aos professores de minha *alma mater* – a UFMA – pelos ensinamentos. Agradecimento especial à Monica Teresa Costa Sousa, Cassius Guimarães Chai e Thiago Allison, pela ajuda durante a redações do projeto de pesquisa.

“Porque o sofrimento de cada dia se traduz, constantemente, em nossos sonhos, na cena sempre repetida da narração que os outros não escutam?”

(LEVI, 1988, p. 86)

RESUMO

A dissertação analisa o obstáculo intergeracional inscrito no processo de reconstrução da angulação jurídico-constitucional das identidades coletivas. Partindo dos pressupostos teóricos expostos por Paul Ricoeur e Michel Rosenfeld, defende que essa identidade é produto da reconciliação e justa seleção das múltiplas perspectivas e projetos identitários que pensam a consolidação de um regime juspolítico ao longo do tempo. Defende, nesse sentido, que apenas a consolidação de instituições democráticas plurais e abertas à adequações epistêmicas é capaz de formar uma identidade constitucional. Pondera, ainda, que a identidade constitucional, embora aberta à transformação, é atada ao eixo da memória, subsidiando-se de signos e valores construídos no passado, colocando-se como resultado normativo de reformas e reafirmações de valores e significados sedimentados e modulados temporalmente. A pesquisa, sem embargo, expande esse escopo investigativo e perscruta o impacto de cognições jurídicas internacionais na reconstrução da identidade constitucional. Argumenta, assim, que o discurso jurídico internacional, ao prestigiar o pleito de atores e atrizes sociais cujas demandas são internamente invisibilizadas, reforça a política de reconhecimento, garantindo judicialização e normatização de direitos individuais e de titularidade coletiva cuja matriz de violação são fragilidades institucionais, discriminações históricas e microagressões cotidianas. Logo, sustenta que o engajamento com o processo transnacional desvela e dinamiza o reconhecimento das expressões identitárias acometidas por tais injustiças, favorecendo a reconstrução da identidade constitucional. Defende, assim, que o processo transnacional auxilia a inclusão dessas manifestações ao *corpus* constitucional, pois permite que grupos obstados na vocalização de seus direitos, usem a jurisdição internacional como *locus* transnacional de luta por reconhecimento. Ao debater essa hipótese na realidade latino-americana, sustenta o pesquisador que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) realiza tal função ao estimular a concreção e ampliação material do direito de grupos em situação de vulnerabilidade. Nessa oportunidade, aproveita-se a singularidade regional das transições à democracia para investigar como o elemento das anistias políticas tem dificultado a transnacionalização da identidade constitucional, na medida em que impede movimentos de refiguração e reforço de artefatos textuais (norma constitucional) e discursivos (discurso constitucional) utilizados como meios externos para preencher a função memorizadora do *self* coletivo. Essa problemática inerente à realidade latino-americana é debatida com mais vagar focando-se o contexto brasileiro, a partir de revisita crítica da

constução constitucional de 1987/1988, dos impactos da Lei de Anistia de 1979 e das experiências de interação do sujeito constitucional pátrio com o discurso jurídico interamericano em matéria de anistia e memória na oportunidade do julgamento da ADPF 153.

Palavras-chave: Identidade Constitucional; Paul Ricoeur; Michel Rosenfeld; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Anistia.

ABSTRACT

The dissertation analyzes the intergenerational obstacle inscribed in the process of reconstruction of the juridical-constitutional angulation of collective identities. Starting from the theoretical assumptions exposed by Paul Ricoeur and Michel Rosenfeld, argues that this identity is the product of the reconciliation and fair selection of multiple perspectives and identity projects that think about the consolidation of a political regime over time. In this sense, he argues that only the consolidation of plural democratic institutions open to epistemic adaptations can form a constitutional identity. It also considers that constitutional identity, although open to transformation, is tied to the axis of memory, subsidizing itself from signs and values built in the past, placing itself as a normative result of reforms and reaffirmations of sedimented and temporally modulated values and meanings. The research, however, expands this investigative scope and scrutinizes the impact of international legal cognitions in the reconstruction of constitutional identity. It argues, therefore, that the international legal discourse, by honoring the claim of social actors and actresses whose demands are internally invisible, reinforces the policy of recognition, guaranteeing judicialization and standardization of individual rights and collective ownership whose violation matrix are institutional weaknesses, historical discrimination and everyday microaggressions. Therefore, it maintains that the engagement with the transnational process reveals and dynamizes the recognition of the identity expressions affected by such injustices, favoring the reconstruction of the constitutional identity. It thus argues that the transactional process helps the inclusion of these manifestations in the constitutional corpus, as it allows groups that are hindered in the vocalization of their rights to use international jurisdiction as a transnational locus of struggle for recognition. When debating this hypothesis in the Latin American reality, the researcher maintains that the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) performs this function by stimulating the concreteness and material expansion of the rights of groups in situations of vulnerability. On this occasion, the regional singularity of transitions to democracy is used to investigate how the element of political amnesties has hampered the transnationalization of constitutional identity, insofar as it prevents movements of refiguration and reinforcement of textual (constitutional norm) and discursive (discourse) artifacts. constitutional) used as external means to fulfill the memory function of the collective self. This problem inherent to the Latin American reality is discussed more slowly, focusing on the Brazilian context, based

on a critical review of the constitutional construction of 1987/1988, the impacts of the 1979 Amnesty Law and the experiences of interaction of the national constitutional subject. with the inter-American legal discourse on amnesty and memory on the ADPF 153 trial.

Keywords: Constitutional Identity; Paul Ricoeur; Michael Rosenfeld; Inter-American Court of Human Rights; Amnesty.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 PREMISSAS CONCEITUAIS – SITUANDO O <i>SELF CONSTITUCIONAL</i> E SUA IDENTIDADE	25
2.1 Identidade, mesmice e ipseidade – a angulação narrativa das identidades a partir do traçado ricoeriano	27
2.2 Implicações políticas e jurídico-normativas da identidade narrativa – construindo uma identidade coletiva	47
2.3 Identidade constitucional, memória e promessa – a temporalidade constituição, uma possibilidade de análise	69
3 DIREITO TRANSNACIONAL E IDENTIDADE CONSTITUCIONAL, CONEXÕES IN ABSTRACTO – A PROMESSA TRANSNACIONAL NA AMÉRICA LATINA.....	93
3.1 Direito Internacional e processo transnacional – adequações epistêmicas no fenômeno jurídico no limiar do século XX	96
3.2 Uma identidade transnacional? – possibilidades e considerações críticas a partir da teoria de Michel Rosenfeld	123
3.3 A identidade interamericana do sujeito de direitos humanos – instrumentos, contexto de surgimento e limitações.....	148
4 RECONSTRUIR SEM LEMBRAR? – A EXPERIÊNCIA NACIONAL E LATINO-AMERICANA DE RECONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL PÓS-DITADURA	178
4.1 Entre memória e promessa, anistia – notas sobre a política do esquecimento a partir da métrica ricoeriana	181
4.2 O discurso interamericano sobre leis de anistia – experiências latino-americanas de transnacionalização da identidade constitucional.....	201
4.3 Avaliação do caso brasileiro – construção e possível transnacionalização da identidade constitucional no Brasil pós-ditadura	222
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	256
REFERÊNCIAS.....	263

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa analisa a dimensão jurídico-constitucional do processo de reconhecimento da alteridade e construção de identidades político-culturais, em diálogo teorético com o pensamento de Michel Rosenfeld e Paul Ricoeur. Investiga-se, destarte, os processos de singularização das constituições jurídicas em sua acepção material, na expectativa de destrinchar e aprofundar estudos na dogmática jurídica da “identidade constitucional”. Assume, assim, que o reconhecimento jurídico da alteridade modula as identidades coletivas em sua dimensão jurídico-normativa, de forma que a “identidade da constituição” se decanta por ocasião da construção e reforma do texto constitucional e se perpetua pelo discurso jurídico estabelecido pelos intérpretes constitucionais. Logo, a identidade constitucional existe na justa estabilidade da dialética *self/other*, sendo os direitos humanos e fundamentais o elemento de coesão, a estrutura pré-narrativa que seleciona a alteridade que será incluída a este *corpus* normativo.

A investigação desta identidade constitucional repousa na observação dos processos de delimitação das expressões normativas e axiológicas que concedem a autoimagem jurídica da comunidade política, singularizando-a. Contudo, perquirir por uma identidade constitucional solicita ponderar quanto às eventuais mudanças percebidas nas instituições formais. Isto é, empreender uma investigação da identidade constitucional requer o reconhecimento de que as identidades de matiz jurídico-normativa, na medida em que são expressão epistêmica das instituições formais, solicitam alterações e modulações que garantam a constante reflexividade do fenômeno constitucional, isto é, que permitam o continuo funcionamento da constituição enquanto sistema regulatório e gerador de um conjunto unitário de respostas jurídicas dotadas de racionalidade e coerência relativamente aos pleitos e reivindicações abstraídos do sistema social (CANOTILHO, 2010, p. 1348).

Logo, a (re)construção da identidade constitucional está interconectada com as transformações operadas na realidade jurídica e política de dada comunidade política (redemocratização, ruptura institucional, vinculação a sistema supranacional, ratificação de tratados internacionais, *e.g.*) posto que estas mudanças induzem reformas significativas no desenho institucional da constituição e na prática dos organismos democráticos – isto é, alteram a autoimagem do fenômeno constitucional, solicitando reinterpretações hermenêuticas, emendas e revisões constitucionais. Quer-se, pois, nesta pesquisa perscrutar a reconstrução de identidade constitucional em sua faceta

transnacional, ponderando a influência do discurso jurídico da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) no processo de adequação da identidade constitucional dos Estados-membros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) ao processo transnacional latino-americano.

O discurso jurídico interamericano exsurge como um significante vazio, unificando um conjunto de demandas equivalentes relacionadas à ampliação material de direitos de uma multitude de grupos vulneráveis, como a comunidade do campo, os deficientes mentais, as comunidades originárias, os militantes de direitos humanos e os grupos que lutam pela consolidação democrática na América Latina. Logo, a fim de operacionalizar e restringir o objeto de pesquisa, a investigação pretende focar-se pontualmente na internalização do discurso interamericano em matéria de justiça de transição e consolidação democrática – imaginando, assim, a conformação de uma identidade constitucional pós-ditadura pela adequação do direito doméstico às disposições interamericanas sobre a matéria.

Estabelecer a identidade constitucional, assevera Michel Rosenfeld, nada mais é que “[...] fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado do constituinte com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras” (ROSENFIELD, 2003b, p. 17). Portanto, é pela apreensão de como os atos de lembrar (assumir o dever social de revisitar o passado) e realizar o compromisso (cumprir a promessa de, pela inclusão do Outro, criar instituições justas) organizam a ordem jurídica fundamental que a constituição terá sua identidade narrativa descoberta. A pesquisa se engendra, desse modo, num esforço de pensar uma temporalidade histórica para a identidade constitucional, articulando a hipótese de que o espaço de experiência da memória coletiva e o horizonte de expectativa da reforma constitucional constituem eixos substanciais dessa retórica holística.¹

¹ Joel Candau (2011) chama por “retórica holística” o emprego de termos, expressões e figuras que visam designar conjuntos estáveis, duráveis e homogêneos, conceituados como a simples soma das partes e tidos como agregadores de elementos considerados, por natureza ou convenção como isomorfos. As identidades coletivas seriam, então, uma espécie de retórica holística que pretende estabilizar a vivência comum dos grupos humanos plurais, imaginando uma unidade política, jurídica ou cultural. Essa unicidade se traduz no que a filosofia política e a historiografia convencionaram chamar por identidade nacional ou, de forma mais ampla, as identidades culturais, abordadas pela etnografia das pesquisas sociológicas. Igualmente, a identidade constitucional funcionaria nos estudos constitucionais como uma retórica holística, pois pretende imaginar uma unidade sócio-ontológica ao resultado normativo da vida política. Pensar a constituição como elemento portador de uma “identidade” ou “autoimagem” reforça o pensamento de Sheldon Wolin (1989), para quem “[...] 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” (WOLIN, 1989, p. 9). A ideia de que

A noção de uma identidade coletiva de feições jurídico-normativas é, sem embargo, um “conceito essencialmente em disputa” (GALLIE, 1956), dispondo de múltiplas interpretações e caminhos analíticos, nem sempre coincidentes. Por que, portanto, adotar a perspectiva teórica de Michel Rosenfeld? Precisamente, porque dentre os caminhos dogmáticos majoritários de estudo da identidade constitucional, a tese de Rosenfeld é a que melhor dialoga com as vigas mestras do pensamento ricoeriano e do pluralismo jurídico, edificando uma definição conceitual dinâmica e democrática, antagonizando-se à leitura essencialista e estatocêntrica esboçada por Carl Schmitt e, mais recentemente, pelo constitucionalismo francês, com destaque a Edouard Dubout (2010) e Franz Mayer (2011), para quem a identidade constitucional trata-se de “espírito da constituição”, superprincípio inalterável que organiza as cláusulas pétreas do Estado constitucional.

A identidade constitucional surge como argumento jurisprudencial de tribunais constitucionais europeus e não se dissociava da ideia de identidade nacional, tendo como função primordial estabelecer limites à integração jurídica à sociedade supranacional, determinando balizas axiológicas à revisão e reforma constitucional. A identidade constitucional é, então, no início instrumentalizada como argumento jurisprudencial retórico que procurava distanciar o conceito da premissa jusfilosófica de reconciliação do fenômeno constitucional às transformações políticas e sociais, garantindo sua reflexividade. O conceito era utilizado, assim, meramente para restringir 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 (BON, 2014).²

Monika Polzin (2016, p. 419) advoga que o uso desta noção de identidade constitucional se retroalimentava da idealização schmittiana que a democracia solicita 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, sendo uma delas

“[...] o modo pelo qual se organiza o poder humano supremo e regula o exercício do Estado se chama constituição” (DEL VECCHIO, 1980, p. 432) não basta para exprimir a realidade complexa do fenômeno constitucional. A constituição, em verdade, congrega um processo de juridicização positiva da sociedade, concretizando no espectro jurídico, a realidade histórico-política. Antes de mero instrumento jurídico, a constituição é reflexo jurídico de matéria social cambiante (DANTAS, 2016, p. 260).

² Sobre o uso do conceito “identidade constitucional” pelos tribunais constitucionais europeus, Cf. *infra* nota de rodapé 23.

representativa da “verdadeira constituição”, logo, de natureza fundamental e irretocável. Este *ethos* constitucional poderia ser emendado apenas pelo poder constituinte originário, de modo que as emendas à constituição – e, portanto, qualquer processo de reconstrução constitucional – poderiam estabelecer-se apenas sobre o pressuposto de que a “identidade da constituição” fosse preservada.

O constitucionalista alemão assume, assim, a constituição como uma decisão política fundamental que define a comunidade política e, portanto, não poderia ser eliminada ou modificada. 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, pontua 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 salvaguardam no poder soberano que garante a preservação da unidade política estabelecida quando do processo constitucional.

Nessa perspectiva, uma pretensa “identidade da constituição” tratar-se-ia 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 àquilo que o povo, em um momento originário, anterior a feitura das leis, plasmou na Constituição (ALMEIDA FILHO, 2021, p. 76). Esta noção essencialista de identidade constitucional está, no entanto, vinculada a uma compreensão anacrônica e equivocada de que o Direito existe no contexto de diferenças políticas irreconciliáveis e de uma relação *self/other* pautada no conflito e na exclusão. Por isso, escreve Agassiz Almeida Filho (2021, p. 78), esta concepção nega a possibilidade de uma unidade (política ou jurídica) de caráter global.

A identidade da constituição seria, assim, por excelência o espaço jurídico de antagonismo, onde a individualidade vencedora se continua sobre o Outro, com as tradições e costumes do passado jurídico-político 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). Preservar a unidade da identidade constitucional seria, assim, “[...] um enfrentamento de último nível entre as diferenças que existem entre o eu e o outro, uma espécie de choque irreconciliável de civilizações

ou de projetos de civilização” (ALMEIDA FILHO, 2021, p. 61), onde atua a ausência inevitável de tolerância e de diálogo.

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 solicitam. O instituto da identidade constitucional, portanto, é aqui utilizado como um juízo existencial pré-jurídico, uma essencial que é anterior à formação do *self* coletivo e que se continua sob a ordem jurídico-constitucional. Esta corrente dogmática estabelece, pois, um episteme essencialista de identidade constitucional, tomando a identidade como qualidade inalterável que permanece no tempo. Portanto, inviável aos propósitos desta pesquisa a associação do conceito “identidade constitucional” àquele propugnado por essa corrente teorética.

Por demais, a dogmática eleita é preferível àquela esboçada por Gary Jacobsohn (2010) e Pietro Faraguna (2016), na medida em que, à distinção desses autores, limita o espaço deliberativo de indução de reconstrução de identidade constitucional ao espaço circunscrito pela jurisdição constitucional. Exclui-se, assim, a arguição de que a reconstrução de identidade constitucional acontece em espaços públicos de deliberação que não os tribunais constitucionais, isto é, nas casas parlamentares ou nas hipóteses de manifestação formal da sociedade civil. As leituras esposadas por Rosalind Dixon (2010) e Yaniv Roznai (2016) são, também, minoradas nesta pesquisa, posto que se restringem a entender o efeito das emendas constitucionais no processo de modulação da autoimagem da constituição.

O foco da pesquisa é, doutro lado, as transformações que medram da movimentação do discurso constitucional, logo, das mutações constitucionais – em especial daquelas que vêm após uma interferência de atores transnacionais. Partindo, então, da leitura de Rosenfeld, este pesquisador propõe uma identidade coletiva representativa dos valores e direitos conquistados e compartilhados por uma comunidade e que, por isso, estariam aptos a ser a autoimagem jurídica do *self* coletivo. Defende-se neste estudo, desse modo, a constituição como uma construção narrativa que cristaliza em seu *corpus* normativo e axiológico as experiências do passado, as conquistas sócio-históricas de lutas por reconhecimento, bem como as expectativas de futuro que, uma vez

entronadas no texto e discurso jurídico³, não podem ser esquecidas, violadas ou ignoradas, posto que representativas de pretensões e promessas fundamentais à convivência da comunidade política.

Não obstante as colaborações que o professor da *Cardoso School of Law* oferta ao estudo da identidade constitucional, é uníssona a crítica que destaca a natureza estritamente eurocêntrica de sua teoria e a averiguação superficial quanto ao impacto da normativa internacional nesta expressão identitária de feições jurídicas. Face este vácuo na dogmática constitucional eleita – e esteando-se num “pensar sociológico”⁴ do objeto de pesquisa – esta pesquisa procura colaborar com os estudos sobre a identidade constitucional. Para tanto, defende a hipótese de que, no âmbito do SIDH, as identidades constitucionais dos Estados não caminham à aquisição evolutiva sem a introjeção no seu esquadro constitucional da racionalidade jurídica construída pela CtIDH, sobremodo de temas controversos e em disputa no âmbito doméstico (lei de anistia) ou que acometem diretamente atores e atrizes sociais em situação de vulnerabilidade (proteção das comunidades rurais e grupos originários, *e.g.*).

A questão chave, destarte, é desvelar o conceito “identidade constitucional” considerando a função social do conhecimento jurídico, reconhecendo-a como um instrumento teórico em prol da diagnose e avaliação crítica das condicionalidades, avanços e retrocessos no que toca à (re)construção de identidade constitucional que se processa diretamente no Estado brasileiro após a transição à democracia, focando sua interlocução e engajamento ao processo transnacional delimitado pelos órgãos construtivos de contenciosos que compõem o SIDH. Abraça a pesquisa, desse modo, uma ótica investigativa que procura contextualizar as leituras sobre identidade constitucional

³ Discurso jurídico diz questão ao produto da atuação legiferante e adjudicante das organizações democráticas (quando discurso jurídico estatal) ou dos organismos internacionais (quando discurso jurídico internacional). Ao referir-se ao discurso jurídico ou constitucional esta pesquisa procura, porquanto, sintetizar conceitualmente a movimentação da linguagem jurídica quando da produção de norma jurídica ou norma de decisão. Eros Grau (2009) destaca que a norma de decisão – diferentemente da norma jurídica, que é produto da atuação legislativa – é fruto da exegese do texto normativo constitucional realizada sob a égide das circunstâncias de fato do caso concreto, sob as quais o magistrado também se debruça. Trata-se, portanto, da consolidação da lógica jurídica construída através da interpretação constitucional juntamente de elementos hermenêuticos exteriores ao texto normativo. O percurso gerativo que dá vazão ao discurso jurídico será uma experiência situacional de atribuição de uma significação, de maneira que se trata de um ato de escolha e seleção de elementos factuais, normativos e axiológicos que irão compor e estruturar uma situação comunicativa social essencialmente jurídica, pois tem por finalidade a certificação daquilo que é subjetivamente reconhecido ou outorgado a quem é abrangido por esse movimento semântico e linguístico.

⁴ O “pensar sociológico” refere-se, escreve Cláudio Souto (1987), à reflexão crítica e, sobretudo, criativa, abarcando uma nova forma de pensar o objeto de estudo. O pensar sociológico, portanto, procura a formação de novas ideias abstratas, galga a inovação e o refinamento das respostas aos questionamentos formulados pelo pesquisador após a observação atenta da teoria e da realidade que o circunda.

à singular realidade juspolítica do Brasil e do SIDH, pois “[...] as ciências sociais perdem a oportunidade de mostrar que a América Latina é um canteiro de experiências sociais que, com os cuidados devidos, indica problemas igualmente relevantes para os países capitalistas avançados” (SORJ, 2004, p. 20).

Faz-se, pois, eco à ressalva de Herrera Flores, quando o autor aduz que

[...] a função social do conhecimento só pode ocorrer quando nos reconhecemos no fato de nossas condições particulares e, igualmente, na norma do que deve ser entendido, após um debate em condições de igualdade, como o universal [...] Em outras palavras, o mundo, como o conhecemos e sentimos, existe fora de nossas categorias de pensamento e de nossas tendências de reduzir tudo a “*a priori*” transcendentais à ação humana. Não pensamos o mundo. Pensamos e agimos no mundo. Por tal razão, devemos teorizar no e para o mundo em que vivemos nosso presente (FLORES, 2009, p. 103).

No tocante aos pressuposta metodológicos, a pesquisa detém natureza descritiva, com amparo em método hipotético-dedutivo e abordagem qualitativa. A pesquisa se orienta, ainda, segundo levantamento e análise documental de sentenças e enunciados normativos, relativos à transição política nacional, bem como de sentenças da CtIDH relacionadas ao instituto da lei de anistia. Sendo a análise documental – conforme Laurence Bardin (2011, p. 52) – o conjunto de operações visando representar o conteúdo de um documento sob uma forma diferente da original, a fim de facilitar sua posterior consulta e referenciação, esta pesquisa se ampara ainda de técnica de análise do conteúdo, na pretensão de, ao analisar os documentos citados, “[...] obter por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às [suas] condições de produção/recepção” (BARDIN, 2011, p. 48).

Com efeito, a opção por essa técnica de pesquisa permitira ao pesquisador perceber núcleos de sentido que conformam os discursos e documentos institucionais investigados, através do relacionamento de suas estruturas semânticas com as estruturas sociológicas que lhe engendram (DESLANDES; CRUZ NETO; GOMES; MINAYO, 2015, p. 91). O pesquisador, desse modo, realiza a categorização, inferência e interpretação das unidades de registro⁵ da prática institucional brasileira pós-ditadura,

⁵ As unidades de registro correspondem ao segmento de conteúdo considerado em sua unidade de base, isto é, a unidade de significação do discurso codificada em uma palavra – onde sua definição precisa surgir da contraposição ao seu contexto de formação – ou em um tema, aqui entendido como uma frase ou unidade de significação complexa. Na medida em que essas unidades de registro são sistematizadas, categorizadas e interpretadas dentro do seu contexto e segundo a fundamentação teórica eleita pelo pesquisador,

avaliando as condições de produção dessas sentenças e enunciados normativos. Isso oferta ao pesquisador a oportunidade de construir uma dedução lógica e justificada quanto à estrutura substancial e contextual do discurso jurídico-constitucional que orienta a (re)construção da identidade constitucional pós-ditadura.

Outrossim, a análise de conteúdo das sentenças da CtIDH permite uma descrição e avaliação crítica objetiva do conteúdo manifesto das comunicações em questão, permitindo compreender a significação dos itens e das unidades e de sentido extraídas do discurso jurídico interamericano. A classificação e recenciamento desses núcleos ao longo do trajeto argumentativo da CtIDH – que se inicia com Barrios Altos v. Peru (2001) e se encerra em Herzog v. Brasil (2018) – viabiliza, ainda, avaliar o aprimoramento do discurso interamericano. Revisitando a argumentação esposada pela CtIDH, a pretensão é condensar a compreensão do tribunal acerca dos temas anistia e memória, de modo a expor a racionalidade que compõe o discurso jurídico a ser internalizado pelos Estados-membros em vias de atualização e transnacionalização de sua identidade constitucional.

Quanto à análise das sentenças da CtIDH, no afã de adensar seu aporte metodológico, este pesquisador se mune, ainda, do “Modelo 200” desenvolvido na comunhão do Professor Doutor Jayme Benvenuto e dos demais pesquisadores que formam o núcleo de pesquisa Observatório de Jurisprudencia Internacional – Direito Internacional e Direitos Humanos (CNPq/UFPE). Referida ferramenta trata-se de modelo de análise das sentenças e decisões prolatadas pela CtIDH. Tomando por base as fundamentações teóricas eleitas pelo pesquisador, é concedido enfoque especial aos eixos que tratam: (a) da cogênci a e impacto das decisões da CtIDH relacionadas à matéria de anistia no que se refere à modulação da identidade constitucional brasileira e (b) da relação entre o contexto e as condições da CtIDH para a tomada de decisão. A escolha dessas dimensões de análise busca trazer à lume as dificuldades encontradas pela CtIDH para ampliar a cogênci a de seu discurso jurídico.⁶

desvelam-se as variáveis inferidas que estruturam a mensagem objeto da investigação. Essa técnica não procura explicar significados mas “[...] atingir através de significantes, ou de significados (manipulados), outros ‘significados’ de natureza psicológica, sociológica, política, histórica etc.” (BARDIN, 2011, p. 48). Assim, ao investigar o passado histórico da redemocratização nacional evidenciam-se os núcleos de sentido que compõem a documentação investigada através do relacionamento de suas estruturas semânticas com as estruturas sociológicas que lhe engendram.

⁶ O Modelo 200 parte da premissa que as sentenças da CtIDH dispõem de cogênci a relativa, e propõe-se em ser um modelo flexível de análise da jurisprudência interamericana, focando-se especialmente em: (I) contexto de produção da decisão; (II) impacto do contexto na decisão; (III) natureza substantiva da decisão/posição da CtIDH e (IV) cogênci a e impacto da decisão. Aplica-se na pesquisa pontualmente o eixo n. 1 e 4, observando, portanto, a eficáci a externa das sentenças, isto é, o impacto mediato e imediato

Faz parte do substrato metodológico da pesquisa, ainda, técnica de *concept formation*, dada a ambição do pesquisador em, diante da dificuldade operacional de se estabelecer *um* significado para a retórica holística “identidade constitucional”, apresentar uma nova interpretação do termo (MAIR, 2008, p. 182). A estratégia de *concept formation*, na pesquisa qualitativa trata-se de processo sistemático pelo qual o pesquisador estabelece definições para conceitos importantes que surgem durante a pesquisa ou a norteiam desde sua epigenese. A expectativa ao apropriar-se nesta técnica de pesquisa é fornecer novos parâmetros para investigações subsequentes, colaborando com o campo de estudo. Para tanto, retoma-se tanto as propostas de *conceptual traveling e conceptual stretching* (SARTORI, 1970) e *radial categories* (COLLIER; MAHON, 1993) para reposicionar o objeto de estudo, aplicando a noção de identidade constitucional a novos contornos investigativos.

Isso permite a operacionalização do conceito em análise à realidade transnacional e interamericana (aplicação do *conceptual traveling e stretching*) e consequente propositura, ao largo do capítulo 2, de subcategorias conceituais como “identidade transnacional” e “identidade interamericana do sujeito de direitos humanos” (aplicação do *radial categories*). O emprego deste substrato metodológico garante, pois, ao pesquisador a ancoragem de atributos do conceito “identidade constitucional” a novos contextos, elaborando no campo teórico subcategorias, bem como a explicação e justificação da necessidade acadêmica de tal ampliação conceitual (MAIR, 2008, p. 196; COLLIER; MAHON, 1993, p. 848).

Sendo, então, a pesquisa derivação de corrente investigativa centrada no estudo dos conceitos, importa recordar as ponderações de Reinhart Koselleck, quando aduz que um conceito não é somente indicador dos conteúdos compreendidos por um dado signo, mas também seu fator e indutor de transformações sociais. Em outros termos, da mesma forma que os conceitos ou retóricas holísticas se colocam como variáveis dependentes – e, portanto, impactadas por modulações sócio-históricas e temporais – sua operacionalização tem igualmente o condão de desvelar estagnações ou retrocessos e

produzido na comunidade política uma vez que prolatada (repercussões na ordem jurídica estatal, na postura das organizações democráticas, na mídia, na concreção de expectativas sociais e no fortalecimento de contradiscursos emancipatórios, por exemplo). A opção de focar-se especialmente nestes dois eixos de análise do Modelo 200 confirma esta pesquisa como corolário da teoria condicional do Direito Internacional, focando, portanto, sobremodo o papel das instituições estatais na redução dos custos de transação entre o direito doméstico e a arena internacional. Para uma compreensão alargada da teoria condicional e compreensão de seus principais representantes, Cf. GINSBURG; SHAFFER, 2015.

estimular mudanças no plano discursivo e institucional, pois abre horizontes e possibilidades perceptivas da realidade, bem como atua como limitador das experiências práticas e teorias possíveis no espaço acadêmico e político, produzindo e restringindo relações ou ação coletiva (KOSELLECK, 2006, p. 109-110).

A presente pesquisa recorre, por demais, à pesquisa bibliográfica focada no objeto da pesquisa, a fim de consolidar uma base teórica consistente, interdisciplinar e atualizada, pautada na literatura internacional e nacional especializada no estudo da identidade constitucional. Nesse sentido, a leitura estritamente jurídica do elemento “identidade constitucional” é temperada por uma apreciação ontológica das construções identitárias. Daí, tendo como balizas o objetivo central da pesquisa e considerando, ainda, o recorte temático eleito, optou-se por eleger como norte dogmático a corrente filosófica de Paul Ricoeur. Opera-se, assim, com a interface entre diferentes domínios epistemológicos, compreendendo a relação ricoeriana como suplementar, ou seja, o que concerne especificamente a este campo teórico torna-se suplemento do outro (i.e., a leitura de Michel Rosenfeld) no sentido de abrir uma nova condição de possibilidade analítica.

No entanto, por que, dentro da multiplicidade de representantes da filosofia identitária, recorrer precisamente à métrica analítica ricoeriana? Dada sua abordagem filosófica que arquiteta uma noção de identidade a partir do cruzamento conceitual entre os elementos constitutivos da mesmice e ipseidade, a leitura esposada por Paul Ricoeur destaca-se dentre as demais opções interpretativas dos estudos identitários, cumprindo o propósito de auxiliar no esclarecimento da dimensão temporal da identidade constitucional. Logo, ao usar a filosofia ricoeriana como uma lente investigativa, o pesquisador pode trabalhar a lógica jurídica da “reconstrução” levantada por Michel Rosenfeld como uma modulação cronológica que acomete um *self* coletivo portador de elementos invariantes. Isto é, a percepção de transformações numa identidade cuja continuidade

[...] funciona como critério anexo ou substitutivo da semelhança; a demonstração baseia-se na seriação ordenada de pequenas mudanças que, tomadas uma a uma, a meação a semelhança, mas não a destroem; é o que fazemos com fotografias que nos retratam idades sucessivas da vida; como se vê, o tempo é aqui fator de semelhança, divergência, diferença. Por esse motivo, a ameaça representada para a identidade só será inteiramente conjurada se, como base da semelhança e da continuidade no interruptor da mudança, se apresentar um princípio de permanência no tempo. Este será, por exemplo, a estrutura invariável de um instrumento em que todas as peças tenham sido progressivamente mudadas (RICOEUR, 2019, p. 116).

Ao trazer essa gramática para o contexto da construção de comunidades políticas, Paul Ricœur propõe uma identidade juspolítica cuja dialética mesmice e ipseidade deambula entre o ato público de lembrar e de se engajar como cumprimento de promessas. Se o *self*individual se equilibra entre manutenção e abertura à transformação, a identidade coletiva – em sua angulação política ou jurídica – estará igualmente equilibrada entre: (a) a responsabilidade moral e normativa de cumprir as expectativas sociais normalizadas na vida política, e, portanto, modular texto e discurso constitucional se necessário e (b) de lembrar as lutas sociais, as conquistas jurídicas e políticas e os pré-compromissos sedimentados no passado, impedindo que a reconstrução de identidade constitucional não atente contra uma herança sócio-histórica cristalizada em símbolos, regras e valores indispensáveis à coerência e existência da comunidade.

A interlocução Paul Ricœur/Michel Rosenfeld permitiu ao presente pesquisador avaliar criticamente a incursão – que, ao fim e ao cabo, provar-se-á nociva – da anistia e do esquecimento no tempo da constituição. Assim, pôde se observar sob uma ótica jusfilosófica o movimento de revisita e reconfiguração dos signos e significados memorizados, bem como de reafirmação das promessas sedimentadas textual ou discursivamente pelas institucionalidades democráticas. Nessa senda, a proposta desta pesquisa fora, a partir da observação da experiência brasileira de (re)construção da identidade constitucional pós-ditadura, demonstrar o equívoco do Estado brasileiro em pretender uma transformação do desenho constitucional que ignora tanto a dimensão da memória, quando da promessa sentada no texto constitucional seja pela constituinte, seja pelos compromissos internacionais firmados.

Quanto à dimensão dos compromissos internacionais, este pesquisador diagnostica que quando a interlocução do *self* constitucional com atores internacionais é avaliada a partir da dialética memória/promessa, a construção da narrativa constitucional é colocada sob uma nova perspectiva. A ideia de promessa – e, portanto, de responsabilidade de reconhecimento de outras formas de narrar a vida política – já não surge exclusivamente dos campos de discursividade e espaços de deliberação organizados pelas institucionalidades democráticas. Há uma “promessa transnacional” que instiga a identidade constitucional a se transformar tomando como estrutura pré-narrativa uma base normativa definida por atores que encontram sua legitimidade jurídica para discutir e decidir sobre temas que importam a identidade constitucional (e que, por vezes, conflitam com esta) no seu poder comunicativo de afirmar e recrudescer a axiologia dos direitos humanos.

A ideia de uma promessa transnacional cristalizada no texto constitucional (*e.g.*, art. 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, onde se lê que a República Federativa do Brasil se rege nas ações internacionais pela prevalência dos direitos humanos) e nas práticas institucionais (ratificação e recepção da Convenção Americana de Direitos Humanos e reconhecimento da jurisdição contenciosa da CtIDH pelo Brasil) permite levar a problemática da anistia e do esquecimento – suscitada por Ricœur em *Memory, History, Forgetting* (2006b) e *The Just* (2000) – ao plano internacional. Assim, diante do questionamento retórico do filósofo se a anistia não “[...] apaga da memória oficial os exemplos de crimes suscetíveis de proteger o futuro dos erros do passado e [...] de condenar memórias concorrentes para uma existência subterrânea doentia?” (RICŒUR, 2006b, p. 455), contrapõe-se a singular colaboração do discurso jurídico da CtIDH em matéria de anistia e memória.

Procurou-se, nesse sentido, demonstrar que, se a nível estatal o eixo da memória e a responsabilidade foram, no Brasil, suprimidos quando do processo de transição política e consolidação das institucionalidades democráticas; no plano internacional, a CtIDH se colocou ativamente como um agente jurídico de catálise e valorização das lutas sociais que procuravam a responsabilização por graves violações aos direitos humanos perpetradas durante a ditadura militar, reafirmando a necessidade de reconstrução da identidade constitucional a partir de um diálogo público que valorize as vítimas do passado e o luto de seus familiares. Por isso, se defende ao largo desta dissertação que o discurso jurídico interamericano tem a potência de desobstruir o eixo da memória, rearranjando a narrativa constitucional do Brasil.

Se o texto parece *a priori* descentrado, é porque seu objeto de estudo o é. No entanto, as argumentações – ficará observado – têm uma trama da qual saem a qual retornam. Disso resulta, sem embargo, vácuos investigativos e temas que, a despeito de seu contato com as ideias de identidade e memória, serão subdesenvolvidos ou abordados nesta dissertação. O objetivo da pesquisa, importa destacar, não é oferecer um texto definitivo deste campo de estudo, senão problematizar, abrir novas perguntas e flexibilizar uma definição conceitual entendida enquanto subutilizada no campo do Direito. Essa abordagem implica, necessariamente, que alguns autores, correntes argumentativas e abordagens jusfilosóficas serão ignoradas, garantindo que essa mesma pesquisa evolua e, no futuro, cresça abarcando novas complexidades e possibilidades interpretativas.

Por tudo isso, a dissertação se estrutura em três capítulos, organizados de modo que a argumentação, explanação e defesa das hipóteses e questões teóricas suscitadas

caminham do geral ao específico. Assim, o primeiro capítulo se ocupa das delimitações conceituais que acompanharam este pesquisador ao longo da investigação. A teoria ricoeriana é exposta e os pontos basilares do pensamento de Michel Rosenfeld são explicados, construindo-se a ideia de uma identidade constitucional que percorre um caminho narrativo de interação com a alteridade e modulações pautadas na inclusão e exclusão de expressões identitárias aprioristicamente ignoradas pelo esquadro jurídico-constitucional pátrio. Esta proposta é de uma temporalidade constitucional que respeita a diáde memória/promessa, é, também, esboçada de modo que o capítulo se encerra com *uma* interpretação de identidade constitucional bem fundamentada.

O segundo capítulo é o momento em que o elemento transnacional é incluído à discussão. Neste momento a pesquisa defende a hipótese de que o moderno processo de reconstrução da identidade constitucional não pode desconsiderar as cognições jurídicas extra-sistêmicas que defluem sobremodo da atuação judicante de tribunais internacionais. Esse argumento é contextualizado à realidade do SIDH, demonstrando a pesquisa – através de exemplos abstraídos da jurisprudência da CtIDH – como o órgão jurisdicional da SIDH tem sido utilizado como estratégia de mobilização para mudanças legais na expectativa de reconstruir as instituições jurídicas e políticas, colocando-se como ferramenta em prol da aquisição evolutiva do *self* constitucional, pois viabiliza demandas internas de grupos historicamente invisibilizados ou em situação corrente de vulnerabilidade, enviando-as ao nível doméstico sob forma de pressão por adequação normativa.

O último capítulo da dissertação retoma o panorama teórico de Paul Ricœur para, enfocando as interpretações do filósofo no que toca à anistia, defender a hipótese da inviabilidade de uma narrativa constitucional pautada no esquecimento e na injusta anistia. Experiências latino-americanas de ruptura com o passado autoritário após nulificação dos efeitos jurídicos da anistia – e consequente transnacionalização da identidade constitucional – são apresentados. A partir daí, aplicam-se as aporias abstraídas deste estudo ao caso brasileiro de construção e transnacionalização da identidade constitucional. A pesquisa alcança, então, seu termo final e deixa assente que a experiência nacional de reconstrução de identidade constitucional nunca dispôs de elementos contextuais favoráveis ao engajamento do Estado com o discurso jurídico interamericano.

2 PREMISSAS CONCEITUAIS – SITUANDO O *SELF CONSTITUCIONAL* E SUA IDENTIDADE

A importância de firmar desde já um caminho interpretativo a ser trilhado pelo pesquisador existe, pois, a sedimentação de um conceito, recorda Ludwig Wittgenstein (1986, p. 42), estrutura os contextos específicos de aplicação dessa gramática, restringindo e regulando suas possibilidades de uso, bem como determinando sua função dentro do jogo de linguagem que conforma dado estrato teórico-metodológico de investigação. Assim, na ambição de eliminar mal-entendidos sobre os usos e analogias do termo “identidade constitucional”, neste primeiro momento a pesquisa se dirige à consolidação da possibilidade conceitual abstraída da teoria de Michel Rosenfeld em diálogo com o pensamento de Paul Ricoeur. Assim, pauta-se de início a pesquisa na construção de uma perspectiva não antinômica e pluralista de identidade constitucional.

O capítulo inicial desta dissertação tem, de tal modo, o propósito de solidificar a base ontológica que orienta a investigação da identidade constitucional, revisando a literatura centrada nos estudos sobre a construção e modulação das identidades coletivas em sua dimensão jurídico-política. Tendo como balizas o objetivo central da pesquisa e considerando, ainda, o recorte temático eleito, optou-se por eleger como norte dogmático a corrente filosófica de Paul Ricoeur, abordagem analítica que arquiteta uma noção de identidade narrativa, a partir do cruzamento conceitual entre os elementos constitutivos memória, promessa e alteridade. Quer-se, desse modo, acessar a identidade coletiva de angulação jurídico-constitucional mediante a consideração dos avanços e retrocessos, rupturas e ocultações que a narrativa política impinge às constituições modernas.

A preocupação neste momento é, também, abrir a pesquisa à operacionalização de uma construção teórica alheia à Ciência do Direito, mas que ajude a montar um alicerce coerente à tipificação transnacional e pluralista de identidade constitucional defendida nos capítulos seguintes desta dissertação. Desta forma, serve-se o capítulo inicial para consolidar uma tipologia conceitual adequada à sua aplicação no extrato jurídico de investigação acadêmica, sem descurar das profícias contribuições ofertadas por abordagens teóricas que transcendem o campo jurídico de pesquisa acerca das identidades coletivas. Atribui-se, dessa forma, um complexo rigor terminológico ao conceito, afastando aplicações incoerentes do termo, que colocariam em risco a consistência teórica e seriedade metodológica da pesquisa.

Seguindo, então, o percurso da filosofia ricoeriana – com incursões teóricas em François Ost, Stephan Kirste e Hannah Arendt – assume-se a constituição como a dimensão jurídica da identidade coletiva, cuja identidade nasce do enredo juspolítico tracejado e remodelado pelos autores políticos. Deixa-se, desse modo, firmada uma noção de identidade constitucional que, embora orientada à aplicação no terreno da ciência jurídica, situa-se, ainda, dentro do *zeitgeist* teórico de investigação das identidades em sua angulação sócio-ontológica, alcançando os meandros epistêmicos deste objeto de pesquisa sob a lente hermenêutica da filosofia do sujeito.

Assim, ao se subvencionar da filosofia ricoeriana a pesquisa interpreta a identidade constitucional como uma experiência reflexiva, imbricada às interconexões do *self* com a alteridade e com seu contexto sócio-histórico. A identidade existiria, nesses termos, no âmago do jogo dialético entre o permanecer a mesma e o respeito à mudança, que vem pelas mãos da alteridade constitutiva – um Outro (interno ou externo à comunidade política) que interage e solicita reconhecimento. A identidade imaginada aqui, portanto, cumpre uma progressão narrativa, um enredo de natureza social e cultural, permeado pelos casuismos e contextualidades que (de)formam a autoimagem do *self*. Tal enredo, merece realce, não é desprovido de dimensão normativa, de modo que mesmo a estruturação das instituições se submeterá à lógica da narratividade.

As abstrações imaginadas pelas comunidades políticas no intuito de homogeneizar as relações humanas – como a identidade nacional ou constitucional – não escapam, pois, à hipótese ricoeriana. Na memória coletiva, nas regras formais e informais, nos atos do Estado ou nos discursos políticos se imprime a marca de quem narra, dos autores do passado e dos intérpretes do futuro. A pesquisa se engendra, desse modo, num esforço de pensar uma temporalidade para a identidade constitucional, articulando a hipótese de que o espaço de experiência da memória coletiva e o horizonte de expectativa da promessa constituem eixos substanciais dessa retórica holística. Propõe-se a identidade constitucional como representativa dos valores e direitos conquistados e compartilhados por uma comunidade e que, por isso, estariam aptos a serem enquadrados no texto e discurso constitucional.

Assim, defende-se ser a constituição uma construção narrativa que cristaliza em seu *corpus* normativo e axiológico as experiências e promessas do passado e as conquistas sócio-históricas de lutas por reconhecimento que, não por acaso, dispõem de uma dimensão moral e normativa, representando pretensões humanas fundamentais que, uma vez entronadas no fenômeno constitucional, não podem ser esquecidas, violadas ou

ignoradas. Essa narrativa constitucional se movimenta, então, no paradoxo dialético de coerência com os pré-compromissos definidos pelo constituinte e concomitante respeito à promessa de atualização e reconstrução material da constituição, pois qualquer identidade na modernidade “[...] 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).

A fim de aprofundar essa argumentação, este capítulo se estrutura em três tópicos. O tópico inicial delimita os conceitos preliminares da dimensão jusfilosófica em estudo – *e.g.* identidade, *self*, alteridade, narrativa – posicionando a pesquisa ao lado da concepção ricoeriana de identidade. O tópico seguinte procura acessar a dimensão comunitária e intersubjetiva da construção identitária, avaliando a decantação dessa abordagem na vivência das comunidades políticas e avaliando a implicação institucional da tese da identidade narrativa. Por fim, o tópico final se ocupa de acomodar estas discussões no terreno do Direito, traduzindo a linguagem da construção narrativa para o contexto dos estudos jurídicos a partir da interlocução com a teoria constitucional de Michel Rosenfeld.

2.1 Identidade, mesmice e ipseidade – a angulação narrativa das identidades a partir do traçado ricoeriano

Embora possa parecer, à primeira vista, um conceito simples, a noção de identidade quando contrastada com as leituras sociológicas e filosóficas a seu respeito – onde se pretende que seja instrumento de análise em prol da compreensão das realidades coletivas e individuais – mostra-se complexa e, por vezes, plurívoca. A noção de identidade, no entanto, tornar-se-á uma preocupação de dimensões políticas e acadêmicas, ressalva Kobena Mercer (1990, p. 43), somente quando compreensões assumidas enquanto incontestes, coerentes e estáveis, são desmanteladas pela experiência da dúvida e da incerteza. Os estudos sobre identidade – individual ou coletiva, na seara da filosofia ou da sociologia – assomam como um problema de investigação, portanto, quando a noção habitual de identidade entre em crise.

A crise (do grego, *krinein*) remete ao processo de selecionar opções disponíveis e decidir entre elas, ou seja, a ação de distinguir, num juízo binário e dialético, dois possíveis caminhos e, ato contínuo, decidir qual percorrer (ARDITI, 2000, p. 106). Essa decisão tomada em meio à crise induzirá uma reinstituição da regra e a iterabilidade do

conceito, posto que o caminho não tomado é suprimido das condicionantes estruturais. Esta decisão, portanto, não é uma aplicação programável de um processo calculado, mas uma experiência de instauração do novo e exclusão ou interrupção de uma dada cognição (DERRIDA, 2018, p. 46-58). Nos estudos sobre a identidade, instaura-se a crise e sua consequente necessidade de distinguir e decidir, quando a figura da alteridade começa a se organizar como elemento constitutivo do *self*.

No início, nas leituras pré-modernas sobre a identidade, essa noção retomava a um *self* definido pelas equações A=A e A ≠ não-A, de maneira que “[...] identidade significa[va] argumentar que a substância da qual estamos falando não contém em si nada além de si mesma” (REMOTTI, 2010, p. 26), excluindo da autoimagem do *self* qualquer elemento externo, não construído em seu âmago. Essa compreensão essencialista começa a se alterar com a diagnose hegeliana de que a tentativa do *self* de afirmar sua identidade conduz à sujeição do *self* ao Outro e não à invariável exclusão do Outro. Daí, na dialética entre Senhor e Escravo, somente haverá, em termos conceituais, um Senhor se houver um Escravo para ser escravizado e somente haverá escravizado se houver Senhor. Com Hegel, avalia Francesco Remotti (2010, p. 27), a separação *self/other* dá lugar a uma imbricação – ou seja, em vez de se excluírem e rejeitarem mutualmente, atraem-se.

Esse movimento de evolução das compreensões sobre identidade e diferença embora princípio no pensamento hegeliano, continua em estudos subsequentes. O sociólogo jamaicano Stuart Hall (2005) pondera, por exemplo, que a noção de identidade se altera substancialmente em três períodos históricos. Primeiramente, no Iluminismo, quando se atribuía ao indivíduo um núcleo interior capaz de conferir distinção. Posteriormente, com as contribuições de George Mead e C. H. Cooley, a identidade ganha uma dimensão social, sendo pensada sempre enquanto um produto de uma interação. Por fim, as últimas décadas do século XX apresentam uma identidade múltipla, variável no tempo e no espaço em função das novas tecnologias e da extraterritorialização jurídica e política. Tal reconfiguração pode ser notada ainda, destaca Hall (2005, p. 30), na ruptura analítica que Jacques Lacan promove à psicanálise, bem como na releitura que o desestrutivismo derridiano proporciona à filosofia moderna.

Tem-se, pois, que a alteridade se torna fundamental à definição de identidade, convertendo-se em elemento constitutivo da autoimagem do *self*. Esta leitura moderna da identidade, dirá Doglas Cesar Lucas (2012, p. 409), livra o conceito de uma presumida essência para incorporar a dimensão da temporalidade e mudança à concepção de identidade. A identidade moderna é, pois, a elaboração permanente do *self* individual ou

coletivo pela diferenciação e negação do absoluto. Identifica-se um *self* ao diferenciar, reproduzindo a unidade por processos de separação, divisão e exclusão temporal, geográfica ou material. Nessa esteira, construir uma identidade é “[...] parte de um projeto histórico aberto, que, no presente, tal como no passado, envolvem diversas dimensões, dentre as quais se encontram possibilidades de ação, interação, bem como de reprodução [...]” (SANTOS, 2013, p. 141). Identidades são, portanto, articuladas.

A ideia central é que as identidades não existem *a priori*, mas são desenhadas segundo condicionalidades sociais, políticas ou mesmo jurídicas. Todo indivíduo ou coletividade se rearticula – refaz sua autoimagem – sempre que a conjuntura do seu passado interage com inovações estruturais ou com a figura do Outro. Daí que a identidade surge de uma relação universal entre particularidades autônomas que se reconhecem mutuamente, permitindo ao *self* recuperar sua identidade e aprender algo novo sobre a própria diferença (RUTHERFORD, 1990, p. 19-20; LUCAS, 2012, p. 409). Aí repousa a citada *krinein* da identidade moderna, pois, como assevera Jeffrey Weeks (1990), a identidade e as experiências de identificação não são neutras – por detrás de toda a interação *self/other* e da construção de uma identidade coletiva existem diferenças que são ignoradas e conflitos que são recrudescidos.

Duas são, no entender deste pesquisador, as consequências da crise moderna da identidade, que mais interessam aos propósitos da presente investigação. A primeira delas é desvelada pelo sociólogo paraguaio Benjamin Ardit (2000) e se refere ao efeito reverso da pluralização das expressões identitárias e sua fluidez conceitual ofertada pela modernidade. Ao abrir vazão para discursos crítico-emancipatórios interessados em estimular narrativas sociais subalternas e trazer ao plano coletivo expressões identitárias e discursivas historicamente alijadas, a noção moderna de identidade tem estimulado abordagens de resgate e atualização da leitura essencialista como o fundamentalismo religioso, o ideal nacionalista e a valorização de expressões culturais em detrimento de outras. Na avaliação de Ardini (2000, p. 112), portanto, emancipação e pluralização não são os únicos frutos da identidade moderna. Reanimar discursos e expressões identitárias não progressistas é, entende o sociólogo, um risco desta concepção aberta de identidade.⁷

Uma segunda incerteza relativa à identidade moderna deflui diretamente desta primeira e se refere à lógica de unificação do *self*. Slavoj Zizek (2017), nesse sentido, pontua que a modernidade tem gerido algo como uma identidade unificada. Não há uma

⁷ Cf. *infra* nota de rodapé 22.

essencialidade, mas existiriam critérios indisputáveis que, uma vez presentes na identidade de um *self*, induz outras expressões identitárias, facilita a inclusão ao coletivo e concede ao *self* signos positivos. Assim, dirá Zizek (2017, p. 265), pode-se dizer na modernidade que ser democrata significa ser feminista ou ser favorável a políticas ecológicas. A incerteza aqui, retomando o pensamento de Ardit (2000, p. 114), existe no risco de, presumindo-se um *self* unificado, induzir exclusões injustas ou injustificadas, afastando da arena pública discursos e expressões identitárias importantes à identidade coletiva. Por isso, conclui Zizek (2018):

[...] 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 (ZIZEK, 2017, p. 265).

Essas incertezas, embora trabalhadas dogmaticamente seguindo uma perspectiva filosófica, detém implicações políticas e jurídicas. O efeito reverso de recrudescimento de expressões identitárias essencialistas tem estimulado políticas xenófobas e atentatórias ao direito de migrantes em todo o globo, por exemplo. Ademais, a pressuposição de um sujeito democrático ou constitucional unificado têm estimulado discussões sobre a habitualidade dos Estados modernos em buscar soluções não harmônicas aos conflitos de direitos e problemas jurídico-constitucionais, refutando deliberadamente pleitos políticos em prol de uma solução definitiva, mas que peca na conciliação das diferenças. Daí exsurgem os questionamentos: como fazer coexistir identidades sociais que possuem leituras distintas? E como combater pautas essencialistas sem incorrer em exclusões injustificadas destas expressões discursivas?

Construir uma identidade coletiva que não induza exclusões indevidas ou unificações incoerentes é recordar que a ideia de que toda diferença é *prima facie* boa é equivocada. Se toda diferença é válida, então nada pode ser proibido ou excluído e qualquer tentativa de limitar a diferença é inherentemente repressiva. Se toda diferença é ruim, retoma-se a métrica pré-moderna. Levando essa discussão ao plano do Direito, tem-se que a necessária reconciliação *self/other* não se trata de colocar em pé de igualdade todas as expressões identitárias, mas da condução justificada e coerente dos processos de inclusão ou exclusão da alteridade, procurando a maximização substancial da dignidade humana. Essa (re)construção da identidade coletiva em sua angulação jurídica solicita, antes, a definição de um referencial, um *ethos* a partir do qual são tomadas as decisões de inclusão ou exclusão da alteridade (ROSENFIELD, 2003a, p. 78).

Para discorrer sobre como essas incertezas permitem reposicionar, no âmbito do Direito, as discussões sobre a identidade coletiva, a pesquisa principiará retrocedendo a uma análise ontológica da construção da identidade, recuperando para tanto a compreensão narrativa que Paul Ricoeur oferece ao pensar a identidade como um processo dinâmico, incrustado na dialética singularidade/diferença e sujeito às modulações temporais da vida política. Recorre-se ao pensamento ricoeriana, vez que seu antagonismo ao *cogito* cartesiano e nietzscheano permite pensar uma noção de identidade que resgata a abordagem social do *self*, mas sem excluir a alteridade, preservando a autoimagem do *self* ao mesmo tempo que soergue funcionalmente a figura da alteridade. A filosofia ricoeriana da identidade fornece, pois, resposta satisfatória às citadas crises da identidade moderna, as quais cristalizaram-se substancialmente na dúvida de Edmund Husserl (1982, p. 94) sobre como pode o *self* experenciar um Outro que lhe antagoniza⁸.

Este contato apriorístico com um viés filosófico do estudo identitário se justifica, pois, antes de descer a considerações e proposições de matriz jurídica, importa consolidar a compreensão radicular que orienta a interpretação de uma identidade coletiva de viés jurídico-constitucional. É preciso demonstrar de qual noção de identidade esta pesquisa está se apropriando, e isto envolve destrinçar sua dimensão ontológica, observando as constatações ofertadas pela filosofia do sujeito e pelo estrato dos estudos sociológicos que pensam a formação dialógica da identidade. Esta observação não hipostasiada ajudará a desvelar que, embora as expressões identitárias possam constituir-se como uma ficção política, ela não adquire consistência prática, interferindo no âmbito factual, sem o rigor conceitual que o substrato filosófico garante.

A inovação ofertada aos estudos identitários pela hermenêutica ricoeriana ressalta a função mediadora da alteridade, abrindo margens para ponderações sobre a condição plural e intersubjetiva das identidades individuais e coletivas. Quando Paul Ricoeur considera, portanto, que “[...] indivíduos e comunidades têm sua identidade constituída ao retomar narrativas que se tornam sua história real” (RICŒUR, 1988a, p. 247), o teórico

⁸ Na egologia de Edmund Husserl (1982) a dialética identidade/alteridade dá origem a uma harmonia de individualidades coexistentes. A respeito, escreve Moreira Quadros (2016): “no esforço de sair do solipsismo do ego [...] Husserl percorre um caminho em que o outro é tratado como alter ego, no entanto, nesse percurso, mesmo levando em consideração a comunidade como um avanço na subjetividade transcendental, Husserl corre o risco de cair numa outra forma de ‘prisão’, para sair do solipsismo do eu, ele poderá ter constituído, no final das contas, um solipsismo do nós [...] Ricoeur pretende ir mais adiante na reflexão sobre a alteridade, evitando o risco de tornar a comunidade, uma prisão ou numa fonte de injustiça, quer pela negação do eu, quer pela manipulação” (QUADROS, 2016, p. 350). Daí resulta a hipótese ricoeriana de identidade como equilíbrio regulado entre abertura à alteridade e manutenção de si.

recrudesce a construção argumentativa que desloca o estudo das identidades da visão pré-moderna calcada na presunção de um sujeito fundacional. Ricœur não ignora em absoluto essa noção, mas a ameniza, pautando a construção da identidade numa dupla condição dialética – uma entre o *self* e a alteridade, e outra que se constrói internamente, entre as duas acepções de identidade, *idem* e *ipse*.

A estabilidade fornecida pela coexistência destas facetas identitárias consolida um *self* contingente, definido por suas experiências narrativas, isto é, pelas ações e contextos de interação – ainda que subvencionado à preservação de sua unicidade. A partir de Ricœur a identidade significa, concomitantemente, a habilidade de estabilidade cognitiva ou simbólica (*self-constant*) e de internalização de gestos, textos, marcas culturais e sociopolíticas que historicamente exsurgem na vida do indivíduo ou da comunidade política (LEICHTER, 2012, p. 71). Desembaraçar a teoria da identidade narrativa solicita, porém, assumir que inicialmente nos estudos filosóficos o termo identidade era aplicado apenas com a significação de semelhança ou uniformidade, recobrando a expressão do latim *idem*, significando “o mesmo” (REMOTTI, 2010, p. 26).

Corolário da leitura iluminista, esta acepção toma o *self* como portador de uma essência, o que lhes garantiria – escreve Stuart Hall (2005, p. 10) – uma existência imutável, unificada e dotada das capacidades da razão e da consciência, na medida em que seus traços de singularidade não se alteram, a despeito da passagem do tempo e das interações com o meio. Tal métrica conceitual Claude Dubar (2010, p. 12) classifica como essencialista, pois repousa na crença de “[...] realidades essenciais, substâncias ao mesmo tempo imutáveis e originais [...] A identidade dos seres empíricos, sejam eles quais forem, é o que permanece o mesmo apesar das mudanças”. O essencialismo presume a permanência dessa essencialidade como fator de existência real do *self*. A mudança seria, pois, fator de deformação da identidade.

Esta lógica pré-moderna de identidade soergue na estrutura conceitual do termo, a mesmice ou unicidade (*sameness*, no inglês ou *mémeté*, no francês) a uma condição privilegiada, ignorando que a identidade alberga, ainda, a singularidade (*selfhood*, no inglês ou *ipséité*, no francês). Essa noção significa unidade e “[...] a esse primeiro componente da noção de identidade corresponde à operação de identificação, entendida no sentido de reidentificação do mesmo” (RICŒUR, 2019, p. 115). A mesmice pressupõe, assim, uma estrutura de identificação invariável que garante a demarcação do *self*. Assim, essa continuidade funciona como um substitutivo da semelhança, de sorte

que uma seriação ordenada de pequenas mudanças ameaça a semelhança, mas não a destrói (RICŒUR, 2019, p. 118).

A identidade enquanto mesmice, desse modo, é a regra de determinação do que o *self* é a partir de uma negação do Outro. Isto é, o *self* somente se identifica ao taxar o Outro de um não-Eu (*non-self*). A teoria ricœuriana de uma identidade narrativa, contudo, constitui-se pelo equilíbrio entre esta identidade-idem e a ipseidade (do latim *ipse*, significando “ele mesmo” ou singularidade) – a segunda dimensão identitária que, embora também pleiteie a permanência do tempo, não é redutível à determinação de uma substancialidade. A ipseidade trata-se, assim, da dimensão móvel da identidade e considera o *self* em sua condição histórica, apreciando a movimentação sincrônica e diacrônica de interação do *self* com a diferença (RICŒUR, 2006b, p. 108).

Sem embargo, a percepção monofocal da identidade constitui caminho natural do amadurecimento das teorias filosóficas sobre a identidade e remonta às anotações pré-socráticas de Platão e Parmênides, que defendiam a unidade do Ser Existencial, destacando a continuidade no tempo como característica basilar da noção de identidade. A lógica essencialista de identidade como mesmice (identidade tal qual a equação de A=A) seria, ainda, percebida na embrionária filosofia da identidade de teóricos como René Descartes e John Locke, bem como nas críticas de David Hume à noção de identidade como unicidade e imutabilidade.⁹

Ao discorrer sobre a diversidade em *An Essay concerning Human Understanding*, Locke (1998) advoga por uma identidade constituída a partir da estabilidade dos elementos percebidos pela consciência do Ser. O teórico contratualista é pioneiro na evolução conceitual da identidade, construindo a ideia da autoimagem do *self* como produto da consciência humana, tratando-se, assim, da “[...] forma como o sujeito autoconsciente se percebe, independentemente das variações objetivas que assolam a sua existência enquanto sujeito histórico, enquanto uma unidade de fato” (LUCAS, 2012, p. 408). A identidade já não decorre, pois, de uma substancialidade inerente ao *self*, mas

⁹ Para que a filosofia ocidental se desvencilhasse da noção essencialista de identidade demorariam, escreve Martin Heidegger (2018), duzentos anos. Assim, pondera: “a mesmice implica a relação do ‘com’, isto é, uma mediação, uma conexão, uma síntese: a unificação em uma unidade. É por isso que ao longo da história do pensamento ocidental a identidade aparece como unidade [...] é apenas a filosofia do Idealismo especulativo, preparada por Leibniz e Kant, que através de Fichte, Schelling e Hegel estabeleceram uma morada para a essência, em si mesma sintética, da identidade. [Assim] desde a era do Idealismo especulativo, não é mais possível para o pensamento representar a unidade de identidade como mera mesmice, e desconsiderar a mediação que prevalece em unidade. Onde quer que isso seja feito, a identidade é representada apenas em uma forma abstrata” (HEIDEGGER, 2018, p. 25). Para uma compreensão aprofundada das teses citadas, Cf. CHAMBERLAIN, 2020; THIEL, 2011.

resulta de avanços, retrocessos, descobertas e ocultações desse sujeito no terreno da autopercepção e da relação com o mundo que o circunda.

A ideia de essencialidade vai lentamente se desfazendo, embora ainda presente no pensamento lockeano. Na visão do filósofo, “[...] quando vemos algo estar em qualquer instante de tempo, temos a certeza de que é essa mesma coisa, e não outra que ao mesmo tempo existe em outro lugar [...] nisso consiste a identidade” (LOCKE, 1998, p. 424). A identidade, assim, será percebida quando as ideias a que se atribui significado não diferem em nada do que eram naquele momento em que consideramos sua existência – isto é, imutabilidade de uma essência definidora. Nada obstante, o que John Locke comprehende é um sujeito humano cuja substância se modifica a todo o momento, mas cuja consciência se mantém idêntica no curso da vida. Esta percepção de identidade, sem embargo, é falha, pois se retroalimenta da hipótese de um *self* autônomo, uma consciência absoluta, alheia às contingências sócio-históricas e ao Outro.

Quando argumenta que a percepção das ideias somente é oriunda da consciência humana e das sensações individuais, Locke liberta o *self* de influências e sensações exógenas ou pré-concebidas, deixando-o apto a construir sua identidade a partir de uma subjetividade neutra, estranha a estruturas pré-constituintes, como o caráter do indivíduo ou as implicações normativas que a vinculação a um grupo imprime aos participantes. Locke delineia, assim, um sujeito desengajado, posto que radicalmente autocentrado e despojado da experiência de viver na – ou através da – exterioridade. Charles Taylor (2001) nomina essa abordagem por “*self* pontual” e aduz:

o desengajamento tanto das atividades do pensamento quanto os nossos desejos e gostos irrefletidos nos permite ver nós mesmos como objetos de reforma de longo alcance [...] os hábitos agora ligam elementos entre os quais há uma relação de ajuste natural. As conexões adequadas são determinadas puramente de forma instrumental pelo que trará os melhores resultados, prazer ou felicidade [...] é isso que a imagem de ‘*self* pontual’ pretende transmitir [...] o *self* real é ‘sem extensão’, está apenas neste poder de fixar as coisas como objetos (TAYLOR, 2001, p. 172)

Camouflada pela noção de uma “autocriação” (*self-remaking*) racional do sujeito, esta hipótese encapa um individualismo que retira a construção da identidade de uma consideração teleológica comunitária. Ou seja, o *self* é percebido apenas como agente autônomo, apartado da vida política e da interação com a diferença. Dessa forma, embora a construção de uma cultura de valorização da identidade com base nas ideias de Locke configure uma importante fonte da concepção moderna de subjetividade, ao mesmo

tempo “[...] representa um desafio ético à democracia, por servir de inspiração [...] para uma corrente ética centrada na autonomia do indivíduo em relação à comunidade” (GOMES, GUEDES, 2017, p. 320).

O “*self* pontual” enxerga suas capacidades ou potencialidades apenas como produtos internos da racionalidade humana, à espera do desenvolvimento que se realizará na esfera pública. Assim, a construção e reconstrução do *self* se aparta dos conflitos naturais da busca por equilibrar e equalizar na comunidade as ambições políticas, expectativas jurídicas e expressões identitárias divergentes. O *self* imaginado por Locke pleiteia, em verdade, uma perspectiva de primeira pessoa, privilegiando a construção individual e instrumental da identidade. Logo, uma compreensão de interioridade dissociada da realidade externa ao *self*. O *self* racional e autorresponsável de Locke é, portanto, um agente de autopreservação (*self-preservation*) e em sua identidade una e autônoma repousa todo direito de justiça. Isto é, os direitos são objetivamente reconhecidos enquanto inerentes ao indivíduo autônomo dada sua identidade social.

Resultam daí duas consequências: (a) o *self* seria titular de uma consciência que se estende temporalmente sem alterações. Esta imutabilidade aparente, conquanto, está imbricada de uma avaliação individualista; e (b) a identidade não é uma manifestação de uma substância permanente, mas o resultado de um trabalho de unificação, é produto de uma ação individual do sujeito de direito. Locke imagina, desse modo, um *self* apequenado em sua consciência, atomizado e restrito à lógica individualista de autopreservação. Independente do Outro e, portanto, dissociado das colaborações que a convivência em sociedade oferta à construção identitária, a identidade lockeana tratar-se-ia de uma empreitada autônoma, preocupada exclusivamente com a manutenção do si e com as reconstruções epistêmicas que acontecem no interior do *self* (REMOTTI, 2010, p. 56).

Qualquer interpretação corolário desta métrica analítica, entende Ricœur (2005, p. 121), construirá um *self* governado pela categoria da identidade-idem e da consciência autossuficiente. Isto se dá, pois, na hipótese de John Locke, “[...] a diversidade vinculada à pluralidade de atos ou estados de consciência é facilmente englobada na identidade reflexiva. Mesmo a passagem do tempo [...] não dá origem a nenhuma diacronia irredutível” (RICŒUR, 2006a, p. 122). Assim, embora a lógica do *self* pontual inove na filosofia política – ao modular um padrão de sujeito político extirpado de subjetividade, racionalmente construído e proprietário de direitos abstratos, como anota Taylor (2001,

p. 175) – sua leitura é monofocal, de modo que ignora a dimensão da alteridade e não serve aos propósitos modernos de idealizar uma noção plural de identidade coletiva.

A consequência de basear os estudo sobre identidades – especialmente as identidades políticas, haja vista sua implicação comunitária de natureza deontológica – em um *self* pontual é a estruturação de um ator social já coberto de direitos (aí incluído o direito à autopreservação, de Locke) antes mesmo de ingressar na sociedade. Resulta daí que a participação deste sujeito no âmbito coletivo é revogável, de maneira que o indivíduo “[...] tem motivos para esperar do Estado a proteção de direitos constituídos fora dele, sem que pese sobre ele a obrigação intrínseca de participar dos encargos ligados ao aperfeiçoamento do vínculo social” (RICŒUR, 2019, p. 198). Abraçar a métrica ricoeriana significa expurgar essas cognições individualistas, pois sem a colaboração do Outro não se erigem as proposituras institucionais idealizadas pelo filósofo francês.

O *self* lockeano é, desta forma, inadequado à realidade moderna, na medida em que pressupõe um *cogito* instantâneo, não desenvolvido. Isto é, remove-se da equação constitutiva da autoimagem do *self* a mediação promovida pelas interações com a alteridade e com o meio social. A intenção de Paul Ricœur, vai de encontro a essa construção conceitual ao propor um *self* dinâmico, presente no mesmo contexto espaço-temporal que outros atores sociopolíticos e aberto a interações que pretendam o conviver. A identidade seria, assim, a construção de uma autoimagem calcada no sentimento de estima pelo Outro, distintamente da combatida leitura lockiana, onde a “[...] afirmação da identidade resulta com efeito da comparação de uma coisa com outra, mas com a intenção de enfatizar a identidade de uma coisa consigo mesma, pela própria negação da autoridade” (RICŒUR, 2006a, p. 133).

Essa percepção, porém, não nega ao *self* um núcleo interior que o singulariza. No entanto, este núcleo não compõe de forma autônoma a identidade, sendo complementado pela ipseidade e estando passível a transformações e mudanças à proporção em que interage com a alteridade e com o meio externo. A identidade (individual ou coletiva) não é, portanto, determinada de partida, mas é continuamente reconstruída a partir das múltiplas referências ao Outro, do transcurso do tempo ou de irritações sócio-históricas. Desta forma, a identidade se perfaz especialmente quando da experiência de deparar-se o *self* com a face da alteridade, para se retomar a expressão de Emmanuel Levinas (2008, p. 118). Presumir, doutro lado, um *self* imiscuído na identidade-idem significa assumir uma identidade a-histórica e isolada da exterioridade.

A identidade-idem (mesmice ou mesmidade, como nas traduções ao português), conquanto, tem função primordial de identificação e reidentificação do *self*. Esta face da identidade, segundo Ricœur (2019, p. 115), significa a unicidade e similitude do sujeito e pressupõe a estabilidade desta essência no tempo. Deslindar, partindo de Ricœur, a identidade individual ou coletiva, portanto, exige reconhecer a existência de um “caráter” ou “estrutura” invariante, que se sujeita às intempéries da mudança, mas não muda, posto que se trata de um traço de singularidade que é administrável. O componente funcional da identidade-idem seria uma continuidade ininterrupta entre o primeiro estágio e o último do *self*. À diferença na lógica pré-moderna, entretanto, aqui a essencialidade norteia a experiência de modulação e interlocução com a diferença.

A identidade-idem conduz, portanto, o processo de distinção e interação entre sujeito e alteridade, estabelecendo uma topografia ontológica à identidade, pondera Bernhard Waldenfels (1996, p. 115). Essa percepção de uma “não-identidade” que coexiste com o *self* é central na propositura de uma identidade dinâmica, pois inaugura a possibilidade de inclusão e exclusão de dotações identitárias que não conformam o sujeito. A identidade-*idem*, portanto, como dimensão angular da identidade que consolida o núcleo substancial do *self*, concomitantemente afirma a necessidade de respeito aos traços de singularização consolidados no passado (*e.g.* tradições, normas, instituições, valores, costumes) e projeta – ao definir essa essencialidade – os limites entre Eu e Outro.

Consequência desta “equalização do desigual”, como nomeia Waldenfels (1996), é a necessidade de assumir que o *self* somente existe em função do Outro. Impossível se faz pontuar um *self*, sem assumir nessa construção lógica um *alter* que lhe antagoniza. Como explica Eligio Resta (2014, p. 24), o espaço da identidade está sempre num percurso que vai de uma coisa a outra, de modo que o que realiza a identidade é a sua diferença. Importa, pois, tomar como absoluta a dedução bubbiana de que “não existe o Eu tomado em si, mas apenas o Eu da palavra primária Eu-Tu” (BUBER, 1997, p. 4). Portanto, a condição primal do *self* não é uma substância que lhe é única, mas as relações que ele constrói com a diferença. Este raciocínio de uma alteridade colaborativa é condensado por Henry Staten (1984, p. 23) na ideia das exterioridades constitutivas (*constitutive outside*), ou seja, a admissão do Outro (*non-self*) na estrutura de composição do *self*.

À distinção da hipótese pré-moderna da alteridade, como um estranho que representa o desconhecido, o Outro na leitura moderna fundamentalmente constitui elemento (seja indivíduo, signo ou norma), que até então não interagia com o mundo

existencial original e cuja presença solicita do *self* a decisão de estabelecer se esse estranho é ou não um amigo (GIDDENS, 1997, p. 101). A decisão do *self* é, pois, sempre uma opção pela inclusão ou exclusão dessa diferença. Está-se a trabalhar, portanto, argue Ricœur (2019, p. 181), uma lógica de posse e desapossamento, de abertura ao Outro e proteção do *self*. O Outro seria, então, um estranho que *pode* ficar, mas precisa se justificar. Logo, como em Georg Simmel (1987),

o estranho não será assim considerado aqui no sentido usual do termo, como o andarilho que vem hoje e vai amanhã, mas sim como o homem que vem hoje e fica amanhã [...] Ele está fixo dentro de um certo círculo espacial – ou dentro de um grupo cujas fronteiras são análogas às fronteiras – mas sua posição dentro dela é fundamentalmente afetada pelo fato de não pertencer a ela inicialmente (SIMMEL, 1987, p. 210).

Nos estudos identitários de Paul Ricœur, portanto, não se observa o Outro como oposição ao *self*, mas como um ator que fornece a potencialidade de, se necessário, reposicionar o sujeito no esquadro sócio-histórico. A identidade do *self*, desta forma, passa através da alteridade e não pode ser pensada fora desta interação, anota Waldenfels (1996, p. 120). Esta concepção teórica tem nascedouro na leitura mais social do sujeito e de uma localização e posterior extraterritorialização da vivência política nos séculos XX e XXI. A alteridade aqui, no entanto, não é destrutiva da essencialidade do *self*, mas colaborativa – ou, como anota Myrian Sepúlveda dos Santos (2013, p. 154), a contraidentidade que prefigura o Outro não serve de resistência à normatividade do *self*, mas opera em seu interior, transformando-a à medida que lhe apresenta novas cognições e paradigmas.

O questionamento à condição imutável da identidade tem epigênese, pondera Ricœur (2019, p. 129), nos escritos de David Hume, quando, ao se debruçar sobre a questão da identidade em *A Treatise of Human Nature* (1739), o teórico questiona a insistência dos filósofos em imaginar que estamos intimamente conscientes de nossa autoimagem, que sentimos sua existência e sua continuidade. Hume critica, assim, a filosofia tradicional do sujeito que considerava – sem comprovações práticas, adverte – a condição inalterável e una da identidade. Em sua crítica Hume assevera, portanto, que o *self* é incapaz de se perceber com uma essência invariável através de todo o curso da vida, pois a percepção do Outro e das interjeições da externalidade são inevitáveis. Hume vai considerar, portanto que o *self* não é uma impressão qualquer, mas aquilo a que se supõem que nossas várias impressões e ideias tenham em referência (HUME, 2007, p. 165; THIEL, 2011, p. 387).

Os debates sobre o desenvolvimento de uma concepção de identidade pós-Hume, embora profícuos, escapam às expectativas e ambições estabelecidas por este pesquisador. Em todo caso, importa compreender que as ponderações de Hume constituíram ponto de virada na compreensão conceitual da identidade e influenciaram a análise de Paul Ricœur. Assim, seguindo esta movimentação argumentativa de reposicionar o sujeito face à alteridade, o filósofo francês propõe a complementação da identidade-*idem* pela ipseidade. Assim, enquanto o *idem* restringir-se-ia à imutabilidade dos traços de singularidade – o caráter, na identidade individual ou as balizas institucionais e culturais, nas identidades coletivas – a ipseidade se ocuparia de materializar o compromisso do *self* com a estabilidade (RICŒUR, 2019, p. 118).

A ipseidade, portanto, complementaria dialeticamente a identidade-*idem* ao contrabalancear a objetividade da mesmice, concedendo ao *self* uma estrutura temporal de fidelidade a si e compromisso com a promessa de salvaguardar a instituição da linguagem e de responder à confiança animada pelo Outro. A funcionalidade dessa angulação identitária é, pois, contextualizar a construção do *self*, permitindo que a interação com a diferença e a definição de uma autoimagem seja pensada a partir do eixo dialógico de composição identitária. Ou seja, ao construir uma identidade balizada pela dialética *idem/ipse* se organiza uma racionalidade da descontinuidade, considerando as transformações que as experiências temporal e relacional impingem aos indivíduos ou às comunidades políticas.

A ipseidade, contudo, não apresenta à identidade ricoeriana apenas a dimensão positiva das exterioridades constitutivas, mas também inova precipuamente ao contrapor a preservação temporal da identidade-*idem* à lógica da estabilidade do *self*. A fidelidade e compromisso que definem a ipseidade trata-se da ação de se libertar de todas as formas de sedimentação que estão associadas à mesmice, vinculando a interação com a diferença, ao poder *voluntário* de se manter o mesmo. Em outras palavras, pela identidade-*ipse* mesmo as situações mudem e que a realidade rearticule as condições de produção discursiva ou as formas de interação sociopolíticas, os traços de singularização do *self* se mantêm, não se rompem ou são deturpados pelo Outro. Assim, consolida o filósofo:

Por identidade podemos entender duas coisas diferentes: a permanência de uma substância imutável que o tempo não afeta. Neste caso, falarei de mesmidade. Mas temos outro modelo de identidade, exatamente aquele que o nosso modelo anterior da promessa pressupõe. Esse, com efeito, não pressupõe nenhuma imutabilidade. Muito pelo contrário, o problema da promessa é precisamente o da manutenção de um si a despeito daquilo que Proust chamava as vicissitudes do coração.

Proponho aqui que se distinga entre a identidade *idem*, que acabo de chamar de mesmidade, e a identidade *ipse*, ao que responde o conceito talvez excessivamente douto de ipseidade. (...) É aqui que recorro à dimensão narrativa; efetivamente, é no desenrolar da história contada que age a dialética entre mesmidade e ipseidade (RICŒUR: 1996, p. 177- 178).

Nesse entrecruzar entre identidade-*idem* e identidade-*ipse* tem-se o paradoxo da identidade ricoeriana, onde o *self* vivencia a coerência de uma resposta una para o questionamento “o que eu sou?”, mas uma abertura transformativa para o responder do “quem eu sou?”. Isso se dá, pois o *self* no curso de sua vivência experimenta múltiplas modulações que não alteram sua essência, mas alteram sua autoimagem, sua percepção de si como indivíduo ou coletividade. É o caso, por exemplo, de uma nação que vive reformas políticas e mutações normativas, embora seja, ao fim e ao cabo, a mesma nação, o mesmo povo. Esta argumentação permite abordar a identidade sob uma perspectiva intersubjetiva e contingente, mas que não nega a constância dos traços de singularização do *self*. Assim, conclui Ricœur (2019):

uma coisa é a persistência do caráter, outra é a perseverança da fidelidade à palavra dada. Uma coisa é a continuação do caráter; outra, a constância na amizade. Nesse aspecto, Heidegger tem razão ao distinguir da permanência substancial a manutenção do si (*Selbststandigkeit*), decomposto em *Selbs-Standigkeit* – que Martineau traduz por “manutenção de si”, e não por “constância em si” (RICŒUR, 2019, p. 124).

Neste prisma, pensando um contexto de identidade coletiva, Ricœur adverte para o risco de uma expressão identitária que não se sustenta na equilibrada dialética *idem/ipse*. Tomando a identidade nacional como objeto de análise, o autor traceja uma exemplificação que ajuda a entender função estabilizadora da ipseidade. Dirá o filósofo, então, que seria natural assumir os traços distintivos e duradouros pelos quais se reconhece a França como a identidade nacional do país. Nada obstante, descontextualizar esses elementos das mudanças sociais e políticas pelas quais passou a França nos últimos anos, levaria estes traços de singularidade a se enrijecerem, dando ensejo a ideologias que tomam a identidade nacional como atributos sócio-históricos imutáveis. Para Ricœur este dilema desaparece quando o entendimento de identidade enquanto ser o mesmo (*idem*) é substituído pelo de identidade como si mesmo (*ipse*) (RICŒUR, 1988a, p. 246).

Identidade, nesta leitura, não envolveria meramente a unicidade de uma essência que singulariza o *self*, dispondo também de uma trajetória que transpassa espaços de identificação, exclusão e transformação, não podendo, assim, serem desconsideradas as

contextualidades históricas, linguísticas e políticas do *self*. Desta forma, a identidade constitui uma unidade dialética que existe entre a interioridade e a exterioridade, de maneira que as identificações adquiridas são elemento fundamental para responder quem é o *self*. Quando este agente, ao se reconhecer em valores, normas, ideias e modelos, introjeta esses elementos na sua autoimagem, tem-se aí um processo de sobreposição da ipseidade à mesmice. O que Ricœur procura, porém, é a paridade dessas duas angulações identitárias.

A ideia de equilíbrio entre permanência no tempo (*idem*) e manutenção do si (*ipse*) é o substrato da teoria ricoeriana sobre a identidade como um processo narrativo. Segundo o filósofo as identidades envolvem a conexão de acontecimentos, composição de enredos e as respostas do *self* à variabilidade temporal e à instabilidade ou descontinuidade sócio-histórica. Desta forma, a identidade seria compartilhada por uma comunidade discursiva, envolvendo necessariamente a mediação do sujeito com o mundo (*referentiality*), do sujeito com um Outro (*communicability*) e do sujeito com a sua interioridade (*self-understanding*). Estas relações movimentariam a identidade, que constantemente seria chamada a se reafirmar (manter sua coerência) e reconfigurar (adequar-se à contextualidade presente) (RICŒUR, 1989, p. 27).

Isso não significa a invariabilidade do *self*, mas a estabilidade do compromisso aos processos de identificação adquiridos no curso do tempo. A identidade é dinâmica e se constrói no percurso histórico-temporal, anexando os símbolos e marcas culturais que fazem parte da vida do *self*, mas ciente de que a inclusão do Outro é sempre mediada por uma referencialidade à identidade-idem. Isto é, a autoimagem emerge tanto da atividade de introspecção, quanto da mediação com o mundo circundante, onde o Outro é, por vezes, dínamo da reconstrução do *self*. A tese ricoeriana da identidade narrativa pretende, então, reinscrever o *self* nesta temporalidade universal, evitando sua estagnação ao se manter fiel a uma essencialidade que não responde ao “quem eu sou?”.

Logo, observa Ricœur (1988b, p. 246), a identidade narrativa admite na composição do *self* mudanças e iterações, desde que dentro da coesão de uma vida. Isto solicita iniciativas interpretativas e performativas que tragam para o interior da linguagem ou da vida individual e política as experiências compartilhadas com a alteridade, vez que no pensamento ricoeriano mudança e permanência não se antagonizam, mas se nutrem reciprocamente no processo narrativo de identificação do *self*. A identidade narrativa é, pois, a autoimagem de um *self* plural, composto por múltiplas histórias e experiências

intersubjetivas, na esperança de alcançar, em meio à incerteza e instabilidade das mudanças, a constância (*self-constancy*).

Este acontecimento narrativo que guia a (re)construção da identidade funciona, anota Ricœur (2019, p. 148), como uma relação de reconfiguração que pretende inverter o efeito das contingências e irritações que acometem o *self*, incorporando-os à identidade sob a efígie de uma necessidade e lhe concedendo uma função prática condizente com as estruturas pré-narrativas. Em outras palavras, a constante sobreposição entre mesmice e ipseidade cria contextualidades de concordância e discordância narrativa, onde a função da mesmice é declarar o referencial que guia o *self* (a estrutura pré-narrativa), ao passo que a ipseidade funciona como o elemento de estabilização, garantindo o equilíbrio entre a unicidade do *self* e as reviravoltas circunstanciais naturais da vivência humana.

Tem-se, assim, coesão na identidade narrativa justamente quando a totalidade da mesmice é ameaçada pelo efeito de ruptura dos acontecimentos imprevisíveis (e.g. mudanças institucionais, interações com a alteridade, fatos imprevistos), mas se equilibra ao ser reinterpretado, recontada pelo *self*, agora com uma função positiva, coerente à estrutura pré-narrativa. A experiência narrativa, assim, media a sedimentação das interpretações e ações sócio-históricas (do presente, do passado e as ambições sobre o futuro) na temporalidade interna do *self* – processo este que acontece consoante as estruturas pré-narrativas individuais (caráter do sujeito) e coletivas (memória coletiva e normas fundamentais) (RICŒUR, 2019, p. 156).

Este delinear da identidade envolve três atos: um primeiro, onde se obtém as noções apriorísticas e puras dos eventos e ações do *self* (ato de pré-figuração); um segundo, que transpassa do campo da experiência prática ao nível semântico da comunicação linguística (ato de configuração) e um terceiro, que é o retorno ao mundo prático das ações humanas através de uma decisão política de reinterpretação (ato de refiguração). O ato de refiguração encerra o arco narrativo do *self* mediante a introjeção e aplicação de novos *insights* ofertados pelo meio à identidade do *self*. Enquanto o ato de pré-figuração e configuração aglutinam as ações detalhadas ou os incidentes da história, formando uma unidade temporal a partir da multiplicidade de eventos do qual participa o *self*, no momento refigurante se enfrenta a tensão entre a unicidade do sujeito e a pluralidade do mundo, percebendo-se a diferença como um elemento produtivo que,

incluído ao enredo, permite a construção de uma identidade coesa (mesmice) e atual (ipseidade).¹⁰

Desse modo, enquanto “[...] o arranjo configuracional transforma a sucessão de eventos em um todo significativo que é o correlato do ato de montar os eventos juntos e que torna a história observável” (RICŒUR, 1989, p. 67), o ato de refiguração as reorganiza, suprime elementos inócuos às reformas narrativas e mantem aporias invariantes à identidade. Tomando-se a construção de uma identidade coletiva como exemplo pode-se dizer, portanto, que a sublimação dessa configuração numa coletividade é percebida na consolidação de uma identidade jurídico-política (ai incluída a sedimentação de uma memória coletiva e de uma identidade nacional nos discursos e atos institucionais) que não ignoram a condição de sujeitos de direito de grupos minoritários ou em situação de vulnerabilidade.

O ato configuracional produz, assim, uma estrutura linguística, discursiva ou institucional que amalgama o *self* a uma retórica holística, que pode ser tanto uma memória sobre a formação do Estado, quanto uma norma fundamental que orienta a vida política dessa comunidade. Esse produto narrativo, contudo, é apenas *uma* trama que é trazida à vida através do trabalho de um intérprete. A identidade, como dito anteriormente, é composta pelas múltiplas formas de narrar a história do *self*. Assim, o ato de criar o enredo da identidade é repetido toda vez que a história é recontada, de modo que o *self* experimenta um ato de refiguração pelo qual a identidade é reposicionada através de uma ação interpretativa de trazer o mundo contrafactual das retóricas holísticas para dentro do atual mundo de experiências factuais. A abstração semântica “identidade” é, assim, contextualizada ao tempo presente, permanecendo, ainda que se transformando (VENEMA, 2000b, p. 102).

Desse modo, sempre que a história do coletivo é recontada, que o texto constitucional de uma comunidade política é relido ou que as memórias coletivas são reescritas, o arco narrativo dessa identidade se repete, agora a partir de um novo ponto de

¹⁰ Quanto ao primeiro ato do arco narrativo proposto por Ricoeur, escreve Maria Duffy (2009) que “o primeiro movimento (pré-figuração) diz respeito à nossa compreensão inicial ou recebida do mundo, nossa identidade e história com seus preconceitos, bem como suas esperanças. Uma compreensão narrativa do *self* implica que todos nós construímos uma história contínua de nossas vidas, de modo que o mundo pré-figurado em que agimos como agentes, embora não escrito como um texto, já contém um ‘proto-enredo’” (DUFFY, 2009, p. 120). O que Paul Ricoeur argumenta, conquanto, é que esse proto-enredo, repleto de paradoxos e aporias, é, no curso da vida do *self*, ordenado e rearranjado, de maneira que sua identidade – seja a identidade de um indivíduo ou de uma coletividade – é construída continuamente pela elaboração e reflexão crítica sobre esses elementos apriorísticos e sobre os novos *insights* oferecidos ao *self* no curso do tempo.

vista, pois cada geração responde à experiência narrativa a partir de sua própria lógica de perguntas e respostas, na expectativa de encontrar a solução para as suas inseguranças. Paul Ricœur (2019, p. 214) adverte, todavia, que esses novos atores precisam, dentre as múltiplas propostas interpretativas, escolher aquelas que conduzam ao propósito comum de instituições justas e plurais, pois a implicação política da identidade narrativa é a compreensão do Outro como um si-mesmo, como um amigo que preenche no *self* seu espaço da falta, garantindo a transição de capacidade à efetivação, de potência a ato.

Isto se dá, pois a teoria ricoeriana pressupõe uma visada ética capaz de responder ao rosto do Outro. A estima de si deverá ser complementada por uma *solicitude* em relação à alteridade, de modo que é imprescindível um diálogo cuja única resposta possível é o reconhecimento da diferença. Contudo, na vida política espreite o risco de que a experiência narrativa da identidade não conduza à mutualidade e à justiça, pois à medida que a etapa de refiguração envolve uma reavaliação do mundo e a adequação do *self* a esse contexto, admite-se que o enredo da identidade pode englobar decisões que se opõem à pretensão ética de ver o Outro como um si-mesmo. O espaço dinâmico da decisão e do momento refirgurante da inovação nunca é eticamente neutro (RICŒUR, 1988a; VENEMA, 2000b).

A identidade narrativa neste caso, pondera David Leichter (2012, p. 121), é um enredo de histórias e ocultações, inclusões e (injustas) exclusões, de modo que identificar um *self* envolve considerar tanto as histórias contadas, quanto as reprimidas – um ato de constante re-narrar criticamente e reconstruir coerentemente a autoimagem juspolutica da comunidade. Logo, embora o processo narrativo de (re)definição identitária, ofereça propostas práticas de viver e prescrições auspiciosas de uma identidade coletiva pautada na justiça e no bem comum, a iminência de confrontação com outrem, quer se trate de um indivíduo ou de uma coletividade, sempre revela a fragilidade das identidades narrativas. À vista disso, Ricœur (2006a) avalia que

[...] é digno de nota que as ideologias do poder procurem, com um sucesso inquietador, manipular essas identidades frágeis pelo viés das mediações simbólicas da ação, e principalmente graças a recursos de variação oferecidos pelo trabalho de configuração narrativa, pois é sempre possível [...] narrar de um modo diferente. Esses recursos de reconfiguração tornam-se assim recursos de manipulação (RICŒUR, 2006a, p. 118).

Nada obstante, a operação narrativa permite elaborar uma identidade dinâmica, que concilia mesmice e diversidade, sujeito e alteridade – superando o sujeito político

atomizado da teoria pré-moderna e respondendo à inquietação de Husserl. A identidade narrativa trata-se, dessa forma, de complexificação auspíciosa aos estudos identitários, posto que não apenas atribui à alteridade condição de engrenagem na maquinção cognitiva (identidade individual) e política (identidades coletivas) de consolidação da autoimagem do *self*, como também está alerta à necessidade de não desconsiderar a dimensão da unicidade. Isto é, a inclusão do Outro não envolve uma apropriação ou internalização acrítica da diferença ou uma dissolução da essência do *self*.

A relação com a alteridade não se trata de um apossamento, mas de uma relação de reconhecimento – de estima ao outro como um si mesmo e estima a si mesmo como um outro. Destarte, avalia Ricœur (2019, p. 181) ao cabo do sexto estudo de *O Si-mesmo como Outro* (1990), que na filosofia da ipseidade “[...] a posse não é o que importa. O que sugerem os casos limites engendrados pela imaginação narrativa é uma dialética entre a posse e o desapossamento, a preocupação e a despreocupação, a autoafirmação e o apagamento [...]” (RICŒUR, 2019, p. 181). É preciso, dessa forma, que a irrupção do Outro encontre uma resposta de cumplicidade, de modo que a ipseidade produza no amago do *self* uma estima pela diferença que seja complementar e coerente à estima por si.

Ao fazer coexistir dinamismo temporal e diversidade à concepção de permanência da essência do *self*, a tese da identidade narrativa escapa tanto à visão pré-moderna de um *cogito* substancialista, como à leitura moderna do pensamento nietzschiano, que advoga por um *anticogito* inexistente. Paul Ricœur captura, assim, o meio-termo entre o *self* invulnerável às instabilidades e mutabilidade sócio-histórica e o *self* aniquilado e mero produto da consciência humana. Equidistante destas duas escolas filosóficas, o *self* ricoeriano é corolário de uma identidade narrativa coerente, mas fluida e mutável, historicamente situada, mas sujeita à diacronia na leitura do tempo, construída por um indivíduo, mas construída, sobretudo, pela interação e diálogo com a diferença.

Paul Ricœur apresenta, desta forma, uma lógica identitária pautada na mediação de signos e valores políticos e culturais que orientam a construção da identidade na interrelação pessoal e institucional. O que a identidade narrativa oferece, portanto, é a possibilidade hermenêutica de organizar “[...] modelos linguísticos imaginários ou configurações de vida que se tornam identificáveis com quem somos através da reconexão da narrativa e da vida, isto é, através da reconexão re-configurante do mundo do texto ao mundo do leitor” (VENEMA, 2000a, p. 241). A identidade narrativa é, em última análise,

uma experiência interpretativa e interacional de (re)construção do *self*, com implicações normativas e institucionais.

É a esta noção de identidade que a presente pesquisa se vincula. Uma identidade que existe no permeio, garantindo a perpetuação da mesmice e a imbricação seletiva com alteridade. Essa lógica narrativa mantém unidas as duas pontas da cadeia: a permanência da essência no tempo e a manutenção de si, a estabilidade em meio à transformação. É pelo que Ricœur (2019, p. 171) classifica como o “ato de narrativizar o caráter”, que a identidade se converte em produto cultural, nascida das interações sociais e das decisões interpretativas dos atores políticos – isto é, a identidade surge de como o *self* opta por revisitá-lo, interpretá-lo e vislumbrá-lo. A forma como essas opções se decantam na linguagem política e jurídica delineia a autoimagem desses atores, bem como seu projeto de comunidade e organização institucional.

Ambicionar acessar os estudos identitários a partir de uma noção essencialista de identidade, apropriando-se apenas da identidade-idem não permitiria uma compreensão positiva da interação com o Outro, posicionando a angulação política e jurídica da identidade num terreno de autossuficiência – tal qual a tese lockeana antes citada – e de oposição à mudança. Sem embargo, ocupar este mesmo espaço investigativo, mas se furtando à apreciação da ipseidade, sobrevalorizaria as exterioridades constitutivas e seu poder de modular o *self*. Uma avaliação sóbria das identidades solicita, portanto, entender que o *self* é composto tanto de elementos de singularização, quanto de identificações adquiridas no curso do tempo.

Daí a importante se aproximar da angulação jurídico-constitucional das identidades coletivas a partir da métrica ricoeriana, compreendendo a identidade coletiva não como uma substancialidade, mas como uma construção social que pretende a constância de si no terreno da diversidade. No âmbito comunitário o corolário desta identidade narrativa é uma igualdade que conduz as interações sociais ao caminho da justiça e da pluralização das institucionalidades democráticas. Para tanto, contudo, a condição ética precisa se tornar um ponto limitante ou referencial dessa organização social, orientando o ato de configuração e refiguração capitaneado pelos atores e atrizes políticos. Logo, a relação *self/other*, no contexto da narratividade imaginada por Ricœur, não pode escapar à regra de ouro: visar à verdadeira vida com e para o Outro em instituições justas.

Não basta a vida boa para si e para outrem, é preciso que ela se dê em meio a “instituições justas”, avalia o filósofo, pois nesse espaço “[...] a comunhão de vida entre

um pequeníssimo número de pessoas cede lugar a uma distribuição de papéis de uma pluralidade em escala de comunidade política histórica” (RICŒUR, 2019, p. 207). Desse modo a tese da identidade narrativa avança ao eixo dialógico de constituição do *self*, ativando aporias que movimentam a teoria para o terreno da coletividade. Isto posto, o passo seguinte desta investigação é desvelar as implicações de matriz juspolítica que brotam da métrica ricoeriana. Avaliar a composição coletiva e institucional da identidade narrativa permitirá à pesquisa ancorar o pretendido conceito de identidade constitucional numa rationalidade que atribui uma significação pluralista e intergeracional à narrativa fundadora do *self* constitucional.

2.2 Implicações políticas e jurídico-normativas da identidade narrativa – construindo uma identidade coletiva

A lógica da narratividade pode ser aplicada tanto a um indivíduo como a uma comunidade histórica, muito embora os elementos cognitivos fundacionais próprios das coletividades tornem esta depuração conceitual mais complexa¹¹. Desta forma, o termo “identidade” seria utilizado de forma menos precisa no âmbito das coletividades, definindo, em verdade, uma representação imaginada como significante de unidade. Ou seja, as sociedades apenas se *imaginam* como uma unidade e, ao se identificarem com valores, mitos, traços linguísticos e culturais homogêneos, materializam essa “semelhança” em documentos, ações, discursos e posturas institucionais, na ambição de criar e consolidar vínculos sociais.

Para Benedict Anderson (2008, p. 6) uma nação trata-se de uma comunidade política imaginada, pois seus membros, embora não se conheçam ou tenham consciência da existência um do outro, estão atados por um sentimento de pertencimento e de compartilhamento de narrativas, valores e memórias. Essa hipótese é pinçada de Cornelius Castoriadis (1998), em *The Imaginary Institution of Society* (1998). Neste trabalho seminal, o teorista francês destaca como o mundo social articula sua identidade através da acomodação de um sistema de significações que procuram responder simbolicamente “quem nós somos?”. Partindo desta corrente de pensamento, portanto, as

¹¹ Paul Ricœur dirá expressamente em *Time and Narrative* (1998a): “a noção de identidade narrativa também indica sua fecundidade na medida em que pode ser aplicada tanto a comunidade quanto ao indivíduo. podemos falar da autoconsciência de uma comunidade, assim como falamos dela aplicada a um sujeito individual. Indivíduo e comunidade são constituídos em sua identidade ao assumirem narrativas que se tornam para eles sua história real” (RICŒUR, 1988a, p. 247).

identidades coletivas se colocam como produto da capacidade criativa do coletivo. Assim, anota Castoriadis:

todas as sociedades até agora tentaram dar uma resposta a algumas questões fundamentais: Quem somos nós como coletividade? O que somos um para o outro? Onde e em que estamos? O que queremos; o que desejamos; o que nos falta? [...] O papel das significações imaginárias é fornecer uma resposta a essas perguntas, uma resposta que, obviamente, nem a 'realidade', nem a 'racionalidade' podem fornecer [...] Estas não são perguntas e respostas que são colocadas explicitamente, e as definições não são dadas na linguagem. As questões nem sequer são levantadas antes das respostas. A sociedade se constitui produzindo uma resposta de fato a essas questões em sua vida, em sua atividade. É no fazer de cada coletividade que a resposta a essas perguntas aparece como um significado corporificado; esse fazer social só se permite ser entendido como responder às questões que ela própria se coloca implicitamente (CASTORIADIS, 1998, p. 94)

Em sua teoria o sociólogo procura fundamentalmente destacar a autonomia do *self* coletivo. O que lhe interessa é evidenciar o fato de que a sociedade não está referida se não a ela própria. A identidade coletiva é imaginada, ou seja, o *self* coletivo é um agente autogestionário capaz de projetar sentidos e significados, sendo, portanto, capaz de refletir sobre si mesma e agir ou deliberar sobre suas necessidades (FALBO, 2017, p. 139; CARVALHO, 2002, p. 53 ss.). Daí que a identidade coletiva é uma autoinstituição e não um dado. A identidade nacional, destarte, jamais será prelúdio da formação de uma nação, da mesma forma que uma identidade jurídica jamais será um fato histórico pré-constitucional, anterior ao processo constituinte, como pretendia H. U. Wehler (1995, p. 174 *apud* HABERMAS, 2017a, p. 234).

A representação de uma comunidade histórica através de uma identidade coletiva, portanto, dispõe de condição funcional, prestando-se especialmente à instauração, manutenção e refazimento dos significados e valores que dão substrato aos vínculos sociais e políticos. No entanto, este ato de identificação não escapa às propensões culturais ou à existência de discursos e ideologias políticas conflitivas, de modo que toda identidade coletiva é permeada por relações e articulações histórico-discursivas que procuram a dominação e coerção. Logo, dirá Ricœur (2006a, p. 152), a reflexão sobre as identidades coletivas não pode escapar a uma sofisticação de grau mais elevado e solicita uma aplicação especial da diáde *idem/ipse*.

O que escapa, no entanto, ao pensamento de Castoriadis – e que é diagnosticado por Paul Ricœur – é como essas significações novas não podem criar-se a partir do nada. As instituições coletivas e suas identidades procedem sempre do já existente, não

podendo se desprezar significações e configurações anteriores à reconstrução (MICHEL, 2016, p. 30). A dimensão coletiva da identidade narrativa precisa considerar que toda sociedade exsurge de uma gama de diferentes concepções de bens e de organizações normativas, que criam uma situação de pluralismo ideológico e jurídico em constante conflito e em forte desacordo sobre questões centrais à coesão social. Portanto, toda reconstrução no âmbito coletivo será pautada numa expectativa de conciliar diferenças, remodelando constantemente a imaginada representação simbólica que identifica a comunidade.

A identidade coletiva precisa funcionar como uma ação política de compartilhamento e ordenação conciliatória das múltiplas maneiras de estar – e organizar-se – no mundo, respeitando a pluralidade juspolítica, as limitações pré-narrativas e os múltiplos códigos de organização. Isso abrange tanto a linguagem e costumes, como as instituições e organizações.¹² O ato de formação desta identidade envolve, pois, atribuir uma configuração inteligível a um conjunto heterogêneo composto de intenções, de causas e de acasos, de modo que “[...] a unidade de sentido resultante se baseia em um equilíbrio dinâmico entre uma exigência de concordância e a admissão de discordância [...]” (RICŒUR, 2006a, p. 114), vez que “[...] a irredutível pluralidade dos fins [...] implica que a realização histórica de tais valores não podem ser obtidos sem causar dano a um Outro, em suma, que não é possível servir todos os valores ao mesmo tempo” (RICŒUR, 2019, p. 300).

Tal conformação e amadurecimento de um *self* coletivo dependerá de uma experiência afetiva reflexiva (*reflexive affective experience*), onde o indivíduo internaliza e responde a estímulos e processos de interação do grupo ou comunidade de que faz parte (MEAD, 2015, p. 173). Isto é, a formação de uma identidade coletiva arrastaria uma

¹² Ao longo desta pesquisa tomar-se-á como referência a gramática de Douglass North (1990, 2006) para distinguir conceitualmente “instituições” e “organizações”. Segundo North (2006, p. 13), enquanto “instituições” compreendem as regras formais, limitações informais e mecanismos responsáveis pela eficácia das normas, constituindo, portanto, as regras do jogo; as organizações são os jogadores ou atores sociopolíticos que atuam conforme as instituições, a fim da conclusão de um objetivo determinado. A forma como as instituições interagem com as organizações – isto é, a identificação entre os limites estabelecidos pelas regras, normas e convenções formais e informais, e as opções feitas pelos atores componentes da organização – define o desenho organizacional da comunidade política. Esta interação é passível, conquanto, de irritações e modulações, na medida em que as instituições não são estáveis, mas sujeitas a mudanças. As mudanças institucionais são advindas de oportunidades percebidas por esses atores, mudanças externas no ambiente ou da aquisição de conhecimentos e habilidades pela organização. Como exemplo de mudança das instituições formais North (2006, p. 15) destaca as reformas legislativas, mudanças jurídicas resultantes de jurisprudência, mudanças de normas e diretrizes por órgãos reguladores ou mudanças de dispositivos constitucionais. Em se tratando de instituições formais, contudo, as mudanças institucionais ficam à mercê dos “agentes de mudança” – isto é, dependem dos atores sociopolíticos das organizações com poder de decisão.

indispensável relação de resposta aos estímulos sociais promovidos pelo Outro. Essa explicação – promovida pela psicologia social de George Mead – parte da percepção de que a constituição de uma autoimagem coletiva está ligada ao desenvolvimento de uma consciência de significados compartilhados socialmente. Assim, o processo de formação da identidade englobaria um reconhecimento cognitivo resultante do compartilhamento e da igualdade de signos.

Tomando de empréstimo a visão interacionista de George Mead, acessa-se o discernimento de que o desenvolvimento de uma identidade no âmago de uma comunidade política requer de seus integrantes uma unidade compartilhada de habilidades simbólicas, que permita a comunicação e o estabelecimento de trocas gestuais, garantindo convivência e interação. Para Douglas Ezzy (1998, p. 245) esta análise pode ser vista como uma exploração do processo intersubjetivo de criação de narrativas identitárias posteriormente desenvolvida por Paul Ricœur. A identidade coletiva é, portanto, unidade permeada por reconhecimento e interação social, não mera singularidade autônoma como pretendia John Locke. Numa coletividade identificar-se tem, então, clara acepção social, dizendo respeito ao compartilhamento de interesses, ideias e valores (GONÇALVES-NETO; LIMA, 2017, p. 1800).

A hipótese interacionista de uma construção identitária social, dessa forma, anteciparia a ideia ricoeriana de reconstrução da identidade coletiva pela interpretação e assimilação de experiências e interlocução com a alteridade. A análise de Ricœur, pondera novamente Douglas Ezzy, “[...] é tão integralmente social quanto a concepção de Mead, mas [...] vai além, descrevendo a estrutura narrativa que fornece ao conceito uma unidade temporal concordante” (EZZY, 1998, p. 245). Desse modo, o *self* alberga invariavelmente uma identidade de caráter conversacional, cuja “[...] consciência interior é socialmente organizada pela importação da organização social do mundo exterior” (MEAD, 1912, p. 405). Em outros termos, a identidade coletiva cria-se a partir da conformação e conciliação das formas individuais de narrar a vida política.

Desse modo, a apreensão das identidades coletivas passa necessariamente pela “[...] compreensão das contradições internas à estrutura social, pelo entendimento dos processos de mudança e/ou manutenção das normas, papéis e regras reproduzidos por tradição, de geração a geração” (ZANATTA, 2011, p. 52). Essa interlocução com a psicologia social desvela aos estudos identitários a implicação jurídico-normativa da identidade coletiva, ao destacar como o compartilhamento e unificação de gestos e signos influí, não apenas na consolidação das autoimagens pessoais, mas também nas

construções coletivas, como normas e instituições. Como explica Axel Honneth (2017, p. 129), a constituição de uma consciência de si mesmo está ligada ao desenvolvimento de uma consciência de significados compartilhados – a formação de um “Eu” precede a formação de um “Nós”.

Desse modo, o indivíduo só adquire consciência plena de si quando aprende a perceber suas próprias ações da perspectiva de uma segunda pessoa. Desenvolve-se, pois, um comportamento social reativo, adquirindo o *self* uma autoimagem prática: o *self* se coloca na perspectiva normativa de seu parceiro de interação, tornando a alteridade uma referência axiológica, a partir da qual as institucionalidades se delineiam. Esses padrões socialmente generalizados de comportamento são, porquanto, compreendidos como expectativas normativas. Isso exigirá um espelhamento do individual no coletivo – os sujeitos precisam sentir que pertencem à comunidade onde suas próprias necessidades, julgamentos e habilidades são consideradas valiosas. Nesses espaços de reconhecimento das múltiplas singularidades e compartilhamento de valores que estruturam a base jurídico-política da vida em comum, a construção de um “nós, o povo” é caminho natural (HONNETH, 2012, p. 205).¹³

Disto resulta que os valores entendidos enquanto basilares ao conviver – na medida em que são comuns a todos os membros da comunidade – são o prelúdio da identidade coletiva. Como anota Ernest Renan (1990, p. 19), a identidade coletiva de um Estado resulta do consentimento de perpetuar valores legados pelo passado, sendo a vontade de viver junto necessariamente imbricada com um senso de pertencimento e com o interesse de fortalecer e dar sobrevida a narrativas, memórias e valores que justificam essa unidade. A identidade coletiva (em suas angulações jurídica e política) será, então, o espelho do “nós, o povo”. Daí a ponderação de Menelick de Carvalho Netto sobre as identidades jurídicas: “[...] se o ‘nós’ que construímos for um nós pobre, um nós excludente e excluído, naturalmente a identidade jurídica será apenas um ícone para [...] privatização do espaço público” (CARVALHO NETTO, 2003, p. 161).

¹³ A formação de múltiplos grupos sociais é resultado da dificuldade moderna em se experimentar o reconhecimento social mútuo. Assim, “na necessidade de experimentar diretamente a estima de seus pares está um, se não o motivo central por trás da formação dos grupos hoje. Com a popularização de valores e o surgimento dos mais diversos sub-meios, essa tendência é provavelmente mais forte do que nunca, porque dificilmente existem padrões sociais mais unificados que possam informar anonimamente os indivíduos sobre o valor de suas próprias realizações” (HONNETH, 2012, p. 207). Interessante perceber, nesse sentido, como, na medida em que o reconhecimento falha em criar uma unidade política, a proposta de identidade constitucional, na esteira do pensamento de Michel Rosenfeld, ocupa-se justamente de colmatar essa imperfeição, idealizando um *corpus* normativo-axiológico apto a albergar uma pluralidade de expressões identitárias, homogeneizando a pluralidade de perspectivas sociais sob um mesmo padrão de viver político – a constituição.

Apesar disso, o compartilhamento de normas, valores, narrativas e memórias não representa *per si* uma identidade coletiva. É necessário, ainda, a preservação consciente desse mundo de significados comuns. Uma pretensa estabilidade temporal do processo de autoidentificação das comunidades políticas almejaria assegurar a continuidade da estrutura sociocultural dessa coletividade (memórias, mitos, instituições econômicas e jurídicas, *e.g.*). Essa preservação no tempo dos elementos de singularização – que deve ser pensada como *ipseidade*, isto é, manutenção de si – cria a circularidade necessária ao senso de comunhão. É pela continuidade que “dentro de cada membro [...] surge uma consciência da importância primordial do grupo” (ASSMANN, 2011, p. 121).

A continuidade social, complementará John Pocock (2011), pressupõe registro e revisita do passado comum. “Uma vez que todas as sociedades se organizam, consciente ou inconscientemente, para garantir sua própria continuidade podemos supor que os registros do passado cumprem a função de garantir essa continuidade” (POCOCK, 2011, p. 160). Neste sentido, a consciência que uma sociedade tem de seu passado se relaciona com sua consciência de continuidade. Disso se deduz que cada sociedade terá uma consciência de seu passado e experimentará uma continuidade maior ou menor dependendo da estrutura social e do tempo de continuidade que essa requeira. A disposição para “lembrar e preservar” ou “esquecer e ignorar” o passado produz, assim, uma maior ou menor institucionalização dos elementos de singularização da estrutura sociopolítica e cultural dessa coletividade.

Contudo, em qualquer sociedade haverá indivíduos que são conscientes de um passado diferente, posto que dispõem de um vínculo distinto com as atividades e estruturas dessa comunidade política. Portanto, a comunidade política, a despeito da retórica holística que supõem uma unidade, existe numa tessitura de múltiplas performances discursivas e diferentes linguagens ou narrativas. Alguns grupos ou atores e atrizes políticos, dessa forma, terão uma leitura distinta do passado político ou da história constitucional de uma dada nação (POCOCK, 2011, p. 161; BENTIVOGLIO, 2010, p. 116). Michel Pollak (1992) e Maurice Halbwachs (1990) falam, por exemplo, na clivagem em memórias subterrâneas de grupos e indivíduos que estão marcados pelo silêncio, pelo não dito e pela pouca ou nenhuma institucionalização de suas experiências e expectativas, dada sua condição de subordinação e subintegração ao esquadro jurídico-político da comunidade.

Por conta disto, escreve Myrian Sepúlveda dos Santos (2013, p. 44), importa sobremodo o entrelaçamento de interpretações diversas sobre o passado de uma

comunidade, vez que existem múltiplas formas de lidar com o passado e todas elas envolvem interesses e exclusões. Logo, qualquer narrativa histórica hegemônica que funda uma identidade coletiva pode ser contestada, contextualizada, re-narrada e infinitamente criticada, avalia Kenneth Sheppard (2013, p. 892). O *self* coletivo só é compreendido em absoluto quando as múltiplas dimensões narrativas são consideradas, quando há a possibilidade e legitimidade de “narrar de outro modo” o enredo juspolítico. Consequentemente, o *self* coletivo terá múltiplas formas de se relacionar com o seu passado e de fixá-lo nas formas documentais (normas, constituições, livros) e não documentais (memórias, história oral, costumes) de organização comunitária.

A presunção de uma unicidade jurídico-política que conforma a identidade coletiva é, desse modo, ilusória, vez que estarão abertas a perturbações e refigurações sempre que uma pluralidade contra-hegemônica de atores políticos e expressões identitárias se adensarem e reivindicarem seu espaço no corpo jurídico-constitucional ou no esquadro institucional – isto é, reivindicarem o reconhecimento de sua forma de narrar o passado coletivo movimentando contradiscursos crítico-emancipatórios. Daí advém que a modernidade – ao condensar uma realidade pautada em relações políticas e jurídicas sustentadas em trocas socioculturais e na extraterritorialização dos espaços de decisão e deliberação – orientam a representação coletiva à ruptura com a tradição e reordenação de sua temporalidade. A modernidade induz, assim, a uma fragmentação das identidades coletivas, deixando assente o exsurgir de um *self* que não mais se constitui enquanto elemento social plenamente unificado e intransigível.

As identidades coletivas, em verdade, assomam no cenário das relações intersubjetivas como um esforço, precisando serem construídas e, por vezes, reivindicadas. A angulação jurídica desta moderna identidade coletiva, por isso, pode ser pensada como a articulação e conciliação entre as várias expressões identitárias (*e.g.* identidades étnicas, de gênero, discursos políticos conservadores e liberais, expressões religiosas) e uma identidade oficial mais ampla (BIELSCHOWSKY, 2018, p. 219). A presente pesquisa se debruça sobre a dimensão jurídica desta identidade oficial e afirma que a “ideia de direito” (BURDEAU, 2005) que dela deflui conforma sua angulação jurídica. Para Georges Burdeau (2005, p. 41) “ideia de direito” faz referência ao consenso quanto a um sistema de direitos e obrigações que confere o *design* das relações sociais, as modalidades legítimas de interação entre poderes democráticos, a ideia do que o indivíduo deve à sociedade e daquilo que dela pode esperar.

Essa cognição sociojurídica é fundante à definição da angulação jurídica da identidade coletiva, pois “[...] envolve a definição de tarefas ou incumbências fundamentais do poder político no sentido de promover uma melhor dignificação de cada ser humano: os valores da liberdade, da justiça e da solidariedade se tornam as ‘pedras angulares’ do sistema constitucional em um estado de direitos humanos” (OTERO, 2010, p. 31). É a isto que se refere Laurence H. Tribe (2012, p. 20) ao destacar que o processo de criação e interpretação das constituições delimita uma estrutura axiológica e procedural transgeracional que interliga as várias narrativas sociais em uma única narrativa que molda o destino nacional e a autocompreensão de um povo ao delimitar o que essa coletividade entende como fundamental e indispensável e que, portanto, merece sobreviver como autoimagem jurídica do povo.

Daí se abstrai que a identidade constitucional deve ser entendida como coletividade imaginada de valores e signos que unificam o Estado tendo, assim, por objetivo unir uma coletividade em volta de uma narrativa jurídica oficial. Nisto Raoni Bielschowsky (2016, p. 203 ss.) pontua que a identidade constitucional está ligada às vinculações do constitucionalismo, mas não se limita a tanto. O conceito de identidade constitucional é pertinente à relação entre uma Constituição e a cultura na qual ela opera, de maneira que a identidade jurídica do *self* coletivo se forma pela contextualização das genéricas balizas constitucionais – a aderência ao *rule of law*, o respeito aos direitos humanos e fundamentais e à divisão dos poderes democráticos – a uma dada realidade social e política. Essa identidade, ademais, também escapa de leituras essencialistas, posicionando-se favoravelmente à interação com a diferença e abertura às múltiplas interpretações do passado político da comunidade.

Tal complexificação dos processos identitários, no âmbito jurídico do *self* coletivo, 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 transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 30), são suplantados por um paradigma constitucional de cognição jurídica aberta à diferença, atribuindo-se às dotações não hegemônicas de conhecimento e às expressões identitárias minoritárias maior espaço de atuação na arena deliberativa e oportunidade de ampliação material de seus direitos no esquadro constitucional. 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 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 consolidaram no cenário jurídico mediante juridificação de suas demandas e inclusão de seus agentes na lógica representativa da democracia constitucional (WOLKMER, 2015, p. 26). Resulta daí que processos individuais ou grupais de identificação passam a envolver a reconstrução dos códigos de singularização do *self* coletivo. Em vista disso, as manifestações identitárias coletivas deixam de ser tomados como algo herdado ou construídas a partir de uma memória intransigente, por atores políticos dominantes. O que almejam esses movimentos sociais

é (r)estabelecer um reconhecimento constitucional negado [...] é fazer valer as pretensões normativas que eles extraíram da Constituição, a partir de interpretações que desenvolveram, demandas que lograram apresentar na esfera pública (inclusive institucionalmente) e que se compatibilizam com o norte emancipatório constitucional [...] essa institucionalização pode se dar por diversos mecanismos: ela pode ser, afinal, formal – quando ocorrem alterações propriamente ditas no texto constitucional, por meio de emendas constitucionais ou pela incorporação de tratados internacionais direitos humanos [...] – ou puramente material (ou informal) – quando a incorporação das reivindicações sociais se dá por meio de uma alteração quanto a interpretação constitucional dominante, configurando-se o fenômeno da mutação constitucional (CORBO, 2018, p. 30).

A nova propensão reflexiva das comunidades políticas retira os processos identitários do espaço-poder da tradição estabilizadora, induzindo a reordenação constante das identidades coletivas. Em outras palavras, na modernidade essas identidades reposicionam sua temporalidade, interagindo de forma distinta com as memórias do passado e suas expectativas de continuidade. A lógica de preservação da unicidade se desfaz, estando agora as retóricas holísticas que representam o povo abertas à refiguração e reordenação. Se antes a tradição constituía um meio essencialista de identidade, que distanciava o *self* da alteridade, na medida em que o Outro não compartilhava do legado de memórias construídos no passado da comunidade, agora o passado é tomado como uma variável dinâmica na criação das identidades coletivas.

Aproximam-se, então, o horizonte expectativa e o espaço de experiência, de maneira que a coesão juspolítica imaginada pelas comunidades históricas – e materializadas em abstrações como identidade nacional ou constitucional – aderem a si o coeficiente da modificação e do progresso. Reconhece-se, pois, que o futuro histórico não

deriva em absoluto do passado, pois as experiências da comunidade política são sobrepostas umas às outras, com o transcurso do tempo modificando-as mutuamente. Ou seja, expectativas não são inteiramente deduzidas do passado. A partir daí a relação das comunidades políticas com os elementos de singularização construídos no passado e legados pela tradição da narrativa política são repensados, pois o futuro nunca é o resultado puro e simples do passado histórico (PEDRON, 2019, p. 373).

As experiências legadas do passado, no curso do pensamento de Reinhart Koselleck (2006), podem conter recomendações errôneas – que solicitam correção ou exclusão – e novas experiências que abrem perspectivas e caminhos interpretativos novos à coletividade. Na dimensão coletiva da identidade narrativa o ato de refiguração está sentado sobre esta compreensão de uma temporalidade não totalizante, onde o espaço de experiência nunca chega a determinar o horizonte de expectativa (KOSSELLECK, 2006, p. 313). O revisitare re-narrar da tradição e da memória é, pois, necessário às identidades modernas, vez que suscita novas formas de compreender e interpretar a autoimagem jurídica e política das comunidades. Esse movimento instiga, portanto, a consolidação de outras formas de narrar a comunidade, pois à medida em que se narra, de outro modo, explica-se o *self* ao Outro, e vice-versa.

A tradição, ao postar-se nas sociedades pré-modernas como espaço privilegiado de manutenção de signos, valores e gestos reconhecidos coletivamente, proporcionava uma âncora para a confiança básica fundamental para a continuidade da identidade coletiva. Assim, o passado era constituído para ter uma pesada influência sobre o presente, de modo que o futuro pudesse ser modelado sem que se houvesse necessidade de ser pensado um território separado, autônomo às construções do passado (GIDDENS, 1997, p. 100). Por essa razão, ameaças à integridade das tradições eram frequentemente entendidas como ameaças à integridade do *self*. A contar da moderna ruptura paradigmática na configuração temporal das identidades coletivas, entretanto, a tradição ganha uma função prática de renovação, pois

[...] lembra-nos de que nossa posição não é aquela absoluta, de inovações radicais, mas antes, aquela relativa de herdeiros. Assim, traz ela um duplo sentido: preservando-nos do fantasma da autocriação, ela nos gratifica, ao mesmo tempo, como herança mínima, suscetível de nos permitir falar por nossa vez (OST, 2005, p. 63).

Tem-se, pois, na modernidade o que Hans Lindahl (2010, p. 36) chama por uma sutura do tempo do *self* coletivo. Conforme o professor da *Tilburg University* as

implicações jurídico-políticas da identidade coletiva situam o comportamento humano em um arco temporal onde presente, passado e futuro são indiferenciados. Assim, nas comunidades modernas a temporalidade do *self* coletivo está homogeneizada na história da coletividade, pois os valores e interesses comuns compartilhados e protegidos se manifestam no curso do tempo de forma homogênea. Logo, serão os desdobramentos jurídicos e políticos da vida em coletividade quem delimitará temporalmente a ação humana, estabelecendo datas e limites. Essa delimitação temporal não separa as narrativas em vinculadas ou não à tradição, mas enquanto posturas tempestivas ou intempestivas, concorrentes ou não à *ratio legis* da modernidade.

Essa pressuposição teorética de uma reformulação do tempo nas comunidades políticas modernas e sua implicação sobre a identidade coletiva em sua angulação juspolítica seria retomada por Paul Ricœur, quando o teórico abordasse o tema em *Parcours de la Reconnaissance* (2004) e, antes, em *Du texte a l`action* (1986). Em ambos os trabalhos o filósofo assenta a identidade coletiva como o produto da mediação entre memória e promessa, tratando-se as identidades coletivas de uma forma de articulação que toma o passado e a tradição de forma ativa, como elemento de coesão social que é temperada por um compromisso de estabilidade. Assim, advoga por uma concepção positiva de tradição, recorrendo à crítica e à refiguração quando o espaço de experiência insistir em reafirmar o *self* como mero produto do passado.

A identidade narrativa de uma coletividade presume, portanto, uma nova dialética, onde a diáde memória/promessa se coloca como equivalente funcional à dialética mesmidade/ipseidade. Assim, com a memória, “[...] a ênfase éposta na mesmidade, sem que a característica da identidade pela ipseidade seja totalmente ausente; com a promessa, a prevalência da ipseidade é tão maciça que a promessa é facilmente invocada como paradigma da ipseidade” (RICŒUR, 2006a, p. 124). Assim, na lógica ricoeriana a memória é filtrada por um segundo signo analítico de composição da identidade coletiva: a promessa, elemento que funcionaria tal qual a ipseidade, concedendo coesão narrativa ao *self* coletivo. Desfaz-se, assim, a ideia da identidade coletiva como criação da constância através do tempo, onde a tradição amalgamava passado e futuro em um mesmo espectro, antecipando coercitivamente as expectativas mediante uma movimentação totalizante de exclusão da alteridade e dos valores e discursos antagônicos à memória oficial.

Pelo contrário, aqui a memória passa a ser entendida como uma teia de experiências incorporadas em símbolos coletivamente comunicáveis, que impõem aos

atores políticos o dever de relembrar e redescobrir constantemente situação social existencial da comunidade política. Logo, a memória seria, partindo da métrica ricoeriana, o amálgama de experiências compartilhadas que permitem a interação de uma dada comunidade política – o resultado de um ato instituinte que cria um espaço social e simbólico onde o *self* coletivo se reconhece. (VENDRA, 2019, p. 88; RICŒUR, 2006a, p. 124).

A identidade narrativa, assim, ao se acomodar à realidade das coletividades, o faz pela diagnose de uma dialética entre passado e futuro, onde “a memória orienta temporalmente o indivíduo [e] ao fazê-lo [...] articula outras possibilidades de agir [...] permitindo que se constitua um sentido de si mesmo como compartilhando uma vida comum com os outros” (LEICHTER, 2012, p. 114). Essa organização de uma identidade coletiva envolve movimentos sincrônicos e diacrônicos da comunidade política em relação a suas tradições e expectativas de renovação, evolução e conservação de uma retórica holística que os represente no presente e no futuro. Assim, anota Henry Venema (2000a) que buscar a identidade de uma coletividade:

[...] é aceitar a responsabilidade pelo próprio passado em relação ao seu atual ‘espaço de experiência’ e ‘horizonte de expectativa’ para o futuro; é uma tentativa de formar um todo narrativo a partir da diversidade de eventos que, como agente, tanto realiza quanto sofre. [...] Ao passado histórico fragmentado deve ser dada uma forma linguística que terá o poder de reconfigurar nossa experiência à medida que construímos nossas identidades coletivas. É um processo interpretativo [...] tanto receptivo quanto criativo (VENEMA, 2000a, p. 239-240).

Retomar-se-á a diáde memória/promessa adiante. Antes, importa compreender que, em seu percurso argumentativo, ao contextualizar a tese da identidade narrativa à realidade de uma coletividade, Ricœur traceja um paralelo entre a solicitude (o compromisso ético de ver o Outro como um si-mesmo) e a igualdade política. Assim, quando traspassada para as relações sociais, a responsabilidade ética em relação ao Outro se traduz na ambição comunitária de construir uma comunidade organizada de forma justa e igualitária, que garanta o conviver. A igualdade, dirá Ricœur, “[...] seja qual for a maneira como a modulemos, está para a vida das instituições como a solicitude está para as relações interpessoais [...]” (RICŒUR, 2019, p. 224). As instituições, trata-se, então, das estruturas que viabilizam o conviver ao delinearem as condições sociais e juspolíticas que garantirão, em dada comunidade, a cada um o seu direito.

Assim, argumenta o filósofo francês que essas instituições têm seu balizamento estrutural guiado pela condição da pluralidade e do acordo e sua existência é tomada

igualmente enquanto um produto do equilíbrio entre a memória e a promessa. A pluralidade que orienta as instituições diz questão ao reconhecimento da alteridade e expansão da solicitude para além da habitual relação *self/other*. O acordo, doutro lado, refere-se à dimensão legal da instituição, recordando que a axiologia da pluralidade é articulada por uma autoridade, um poder que procura a aplicação normativa da justiça, a função prática da esperança de pluralidade. Portanto, as identidades coletivas englobam uma movimentação política de construção conjunta de instituições e normas justas e de ações e discursos que procuram a inclusão da alteridade (RICŒUR, 2019, p. 215).

A partir daí a solicitude precisa se ampliar para além do rosto do Outro, de modo que a visada ética alcance aqueles “terceiros que nunca serão rostos” (RICŒUR, 2019, p. 216). Com isso já não fala em solicitude, mas em justiça e igualdade, idealizando-se a construção de uma norma moral que universaliza e equaliza direitos e expectativas sociais sob um mesmo esquadro institucional. Desse modo, “a virtude da justiça baseia-se em uma relação de distância do outro, tão originária quanto a relação de proximidade com o outro oferecida por meio de seu rosto e voz” (RICŒUR, 2000, p. 7). Essa relação, avalia o filósofo, é imediatamente mediada pela instituição, de modo que enquanto o Outro da solicitude é o ‘você’, o Outro da justiça é ‘qualquer um’, pois a ambição da pluralidade da instituição justa é alcançar e salvaguardar toda a comunidade, a integralidade das experiências e expectativas.

Importa, entretanto, estar ciente do risco de a norma universalizada obliterar qualquer possibilidade de pluralismo. Dessa forma, o que se defende é uma ideia de pluralidade que não considera a humanidade enquanto soma matemática de indivíduos, mas a partir do ponto de vista do respeito e tolerância (RICŒUR, 2019, p. 257). A pluralidade em Ricœur, portanto, é tomada do ponto de vista de uma universalidade expansiva, a partir de uma racionalidade que não nega que se possa chegar a uma reconciliação das diferentes percepções sociais, nem descarta a virtualidade e relevância das lutas pelo reconhecimento das diferenças (BRUGLIATELLI, 2020, p. 19-22). Isso implica uma deliberação pública pautada no entrecruzamento de propostas, na tolerância a diferenças e na não imposição de *uma* opção narrativa.

O pluralismo que orienta o pensamento ricoeriano, portanto, não é aquele da abordagem liberal que aniquila a diferença ao pressupor um tipo social neutro. Nesse sentido, já escreveu o filósofo:

a meu ver, é preciso rejeitar essa deriva e assumir o seguinte paradoxo: por um lado, manter a pretensão universal vinculada alguns valores em que o universal e o histórico se cruzam; por outro, submeter essa pretensão à discussão, não em um nível formal, mas no nível das convicções presentes em formas de vida concreta. Dessa discussão nada poderá resultar, se cada uma das partes não admitir que os outros universais em potência estão incrustados em culturas vistas como exóticas. O caminho para um eventual consenso só pode proceder de um reconhecimento mútuo no plano da plausibilidade [...] Somente uma discussão real, em que as convicções são convidadas a elevar-se acima das convenções, poderá dizer, ao cabo de longa história ainda por vir, que pretensos universais se tornaram universais reconhecidos por todas as pessoas em questão (RICŒUR, 2019, p. 338-339).

Tem-se, pois, que no pensamento ricoeriano a neutralidade liberal¹⁴ é substituída por uma “neutralidade como respeito igual” (APPIAH, 2005, p. 100), de forma que a diferença é reconhecida e incorporada à estrutura institucional do *self*. Os atos estatais passam, então, a tratar as diversas expressões identitárias com igual respeito, a partir do uso expansivo da norma de direitos fundamentais. Essa leitura se retroalimenta do processo de categorização do Direito, o qual “[...] caracteriza-se pelo abandono gradual da representação abstrata dos seres humanos em direção da consideração das diferenças reais existentes [...]” (MOREIRA, 2020, p. 224) e está relacionado ao fortalecimento do Estado Democrático e incorporação da luta de novas dimensões ao princípio da igualdade, pela harmonização entre o princípio da universalidade dos direitos e a situação particular de grupos sociais tradicionalmente discriminados.

Pode-se, destarte, sintetizar que o desague jurídico-político da teoria da identidade narrativa idealizada por Paul Ricœur resulta na seguinte asserção teórica: o bem viver não se limita às relações interpessoais, mas se estende à vida política e, portanto, imprime

¹⁴ O pensamento democrata liberal, obtempera Jean-Paul Sartre (1990, p. 39-40), “[...] não reconhece nem judeu, nem o árabe, nem o negro [...], mas apenas o homem, sempre o mesmo em todos os lugares. Ele reduz todas as coletividades aos elementos individuais. Para ele um corpo físico é uma coleção de moléculas; um corpo social, um conjunto de indivíduos. E por indivíduo ele quer dizer a encarnação em um único exemplo dos traços universais que compõem a natureza humana”. Desse modo, conclui Sartre, a lógica liberal moderna falha em ver o caso particular, pois para ela o indivíduo é apenas um conjunto de traços universais. Nessas considerações se sustenta a crítica fundamental de Appiah (2005, p. 100) às compreensões essencialistas da identidade coletiva, considerando que um Estado que estabelece uma certa expressão identitária como referencial para as suas ações traí a lógica da neutralidade como respeito igual e cria uma identidade coletiva – nacional ou constitucional – injusta, posto que não aberta à diferença, mas entronada sobre um padrão ou tipo social excluente a partir do qual a alteridade é interpretada como nociva, abrindo vazão para reificação e exclusões de pessoas ou grupos da proteção da lei. Cabe aqui a ressalva de Ricoeur, citada anteriormente nesta pesquisa, quanto ao risco de identidades coletivas construídas ao alvedrio da ipseidade. Sem embargo, a doutrina individualista não fora de toda negativa às expressões identitárias minoritárias. A lógica do constitucionalismo liberal, por exemplo, fora responsável pelo processo de generalização e universalização dos direitos, criando as bases para a expansão deles para novos grupos sociais ao longo do tempo, anota Adilson José Moreira (2020, p. 222).

contra os atos e discursos que sustentam as instituições democráticas um imperativo de respeito à alteridade. Logo, a vida em comunidade sustenta-se na responsabilidade de ver o Outro com um igual, de escutar e valorizar novas formas de narrar as expectativas sociais, inspirando a formação de instituições centradas no reconhecimento jurídico e político da diferença, na reconciliação pacífica e deliberada entre formas distintas – e, por vezes, antagônicas – de interpretar e valorar, signos, interesses e regras que conformam a identidade coletiva em sua acepção política (identidade nacional) e jurídica (identidade constitucional).

As instituições que garantem uma identidade narrativa à coletividade não existem, consequentemente, fora do esquadro plural da democracia e da legalidade constitucional. Porquanto, somente a democracia constitucional está apta a sustentar instituições justas, imagina Ricœur (2019, p. 300), pois é a democracia o regime que, ao institucionalizar os espaços de conflito e deliberação, organiza a relação *self/other* conforme uma estrutura legal de conciliação e coexistência, onde embora o consenso nem sempre seja o resultado, o reconhecimento sempre se coloca como viga mestra das relações institucionais e interpessoais. Será, com efeito, o acordo democrático que concederá a estabilidade que as instituições requerem para se organizar segundo essa lógica pluralista, conduzindo o trato com as diferentes narrativas políticas com igualdade, respeito, reciprocidade e tolerância.

Hannah Arendt (2017, p. 322), nesse sentido, vai recordar que a problemática da organização institucional em torno de um *ethos* deontológica espreita nos contextos de desfazimento do acordo ou na dissociação entre Estado e legalidade. Logo, em ocasiões de ruptura com a legalidade emanariam os direitos não da lei positiva eleita pelo Estado e coordenada pelas amarras democráticas, mas de uma pretensa “alma nacional” soberana, que estrutura pensamentos identitários essencialistas, como o nacionalismo. A partir daí demove-se a aparência legal e racional das democracias e tem-se a morte jurídica e moral do sujeito político e das instituições justas, pois, erige-se um regime político onde “tudo é possível”, onde o conflito é suprimido não pela deliberação e conciliação das diferenças, mas pela imposição coercitiva de uma forma de narrar o *self*.

O primeiro passo no caminho deste domínio total, dirá Arendt (2017), “[...] é matar a pessoa jurídica do homem [...] isso foi conseguido quando certas categorias de pessoas foram excluídas da proteção da lei” (ARENDT, 2017, p. 597). A partir desta consideração pode-se ponderar como o livre acesso de um pluralismo de opiniões, concepções de bem e discursos políticos e socioculturais na arena pública de deliberação

e decisão somente é garantido no contexto da democracia constitucional. No regime político onde as instituições não existem com o propósito de formação de uma vontade comum e de uma comunicação dirigida ao entendimento mútuo, os espaços de poder não procurarão a reconciliação entre diferenças, mas a dominação. Nos regimes antidemocráticos, em verdade, “[...] exercer poder significa se impor sobre os outros, crescer mais que os outros, proliferar mais, ou seja, se continuar nos outros ou pelos outros [...] fixar uma continuidade do *self*” (HAN, 2019, p. 191).

Nesta esteira do pensamento, Ost (2005) recorda a filosofia ricoeriana para reconhecer a democracia como único espaço natural de suas instituições justas, vez que é a democracia o regime político no qual os conflitos são abertos e negociáveis segundo regras e valores conhecidos e legitimados por todos, de modo que somente se sustenta pelo pluralismo de opiniões e de sua eventual oposição conflitual, esforçando-se para sempre conceber voz ao dissenso e evitar a ocultação das opniões divergentes (OST, 2005, p. 313). Embora não referenciada diretamente, esta concepção ricoeriana compartilha da avaliação pós-marxista de Chantal Mouffe (2015) de uma democracia pluralista como único regime político que dá lugar à expressão do dissenso e aos interesses e valores em conflitos, não almejando uma idealizada equipolência entre *self* e *other*.

Para a filosofia ricoeriana é o processo democrático quem define os termos em que se coloca a inclusão do Outro, preservando aberto o terreno do conflito e o manejando segundo valores e normas constitucionais bem definidas e fundamentadas, capacitadas a joeiras os pleitos sociais legítimos daqueles que, por dissonância a um *ethos* pluralista, não merecem prosperar. Este alicerce normativo-axiológico é balizar à pretensão moderna de organizar instituições plurais e igualitárias, pois sedimenta um ponto de coesão – algo como um *ethos* ou essência ética universal (*Sittlichkeit*), como em Hegel (2003) – a partir do qual é calculada a legitimidade das manifestações sociais. Ou seja, “[...] é dando prova de fidelidade a um *ethos* determinado, da lealdade para com as instituições de sua comunidade e da solidariedade para com os seus membros, que se toma qualquer consciência da alteridade” (OST, 2005, p. 385).

Nessa pesquisa tomar-se-á como dogmática a asserção de que o discurso dos direitos humanos constitui esse *ethos* pluralista a partir do qual a justeza das instituições é balizada. Construído especialmente pelos agentes internacionais, mas também pela atuação judicante de tribunais constitucionais, poderiam os direitos humanos serem pensados como o *ethos* ou essência universalizante que baliza as instituições justas, vez

que “[...] expressam a linguagem do protesto e da oposição e exigem uma medida de tratamento recíproco do qual nenhum ser humano pode legitimamente privar o outro” (FORST, 2018, p. 70). O discurso dos direitos humanos, dessa forma, se postaria às institucionalidades democráticas como “[...] padrão de medida para estabelecer se um conteúdo é capaz de ser lei ou não, na medida em que não se contradiz a si mesmo” (HEGEL, 2003, p. 297).¹⁵

Na esteira desta argumentação teórica lembra Mauricio Adeodato (2010, p. 137) como é o Direito – a norma constitucional, em especial – o único ambiente ético comum. Junto à ordem constitucional, portanto, um espaço público se forma para coordenar e controlar as distintas expectativas de comportamento e de percepção e valoração da vida em comunidade. Isso, conquanto, continua o teórico, não significa ser o terreno legal das democracias constitucionais amplamente tolerante a qualquer atitude ou discurso, pois o direito erige muros e fios de prumo a partir dos quais os embates de ideologias e expectativas se desenham e são compreendidos – ou estigmatizados – como justos ou injustos. Ali operam os princípios, os valores da dignidade humana e os direitos humanos e fundamentais.

Em resumo, na perspectiva ricoeriana a vida justa e igualitária resultaria de instituições democráticas que se dispõem em conformidade com as categorias da pluralidade e da legalidade. Por um lado, a pluralidade coordena a coletividade em busca de tolerância e reconhecimento e, por outro, a lei positiva confere coerência e legitimidade. Dessa forma, a função do acordo legal – aqui compreendendo um pacto jurídico-social que determina padrões de conduta, direitos e deveres – é mediar as relações intersubjetivas que soerguem as institucionalidades democráticas, construindo uma relação de poder, mas não de dominação. A intermediação normativa é, pois, indispensável à edificação de uma identidade coletiva, dada sua funcionalidade na

¹⁵ Operacionalizar esse conceito é fundamental à pesquisa, não apenas porque permite uma contextualização da teoria à realidade jurídica, mas porque ao aproximar essa abstração de uma expressão jurídica tangível complementa-se juridicamente a inteligência da teoria ricoeriana de imaginar uma norma de dimensões plurais e universalizadas, amparada num viés moral e filosófico, mas igualmente estruturada em termos normativos. Se, ao declarar que “nenhum elo direto entre si mesmo e o outro pode ser estabelecido sem que seja nomeado, o que em minha pessoa e na de outrem é digna de respeito” (RICCEUR, 2019, p. 253), o filósofo francês limitou-se a imaginar uma norma moral, pensar o *ethos* pluralista a partir da filosofia dos direitos humanos amplia essa construção interpretativa ao espaço jurídico, traduzindo a gramática ricoeriana à linguagem do Direito e permitindo uma consideração transdisciplinar da identidade narrativa. É, pois, o discurso dos direitos humanos o *ethos* da identidade narrativa das constituições liberais ocidentais.

afirmação de uma justiça distributiva¹⁶ e na definição de um sistema de poder (RICŒUR, 2019, p. 221).

Discursando sobre a ideia de poder e mediação social, observa Byung-Chul Han (2019) como no *rule of law* esta ordenação e mediação jurídica dos cidadãos não é sentida como uma coerção externa, posto que representa apenas uma expressão legítima do poder estatal. Nessa circunstância o poder é libertador. No contexto não democrático ou totalitarista, no entanto, o indivíduo sofre uma determinação que lhe é externa, um poder dominativo. Aqui, o poder garante a preservação identitária de um *self*, mesmo quando em interação com a diferença. No poder como coerção “[...] cada espaço-poder tem a estrutura do *self* que se quer [...] cada espaço-poder é uma continuidade do *self* que se mantém perante o Outro” (HAN, 2019, p. 39).

Se o poder libertador organiza a legalidade pelo compromisso, o poder como coerção o faz pela imposição. Ambos, con quanto, se diferenciam tão-somente quanto ao grau de mediação. Falta de mediação gera coerção e dominação, muita mediação faz poder e liberdade coincidirem. Nisto, poder fora do *rule of law* “[...] desenvolve uma estrutura de coerção que leva à opressão do Outro. Com isso, se aproxima da violência” (HAN, 2019, p. 97). Este poder construirá uma “forma de continuidade” a partir da qual o *self – in casu*, a comunidade política – expande sua centralidade ao Outro. Isto é, uma vez institucionalizado, o poder gera significância na medida em que forma um horizonte de sentido (uma identidade) a partir do qual a diferença (o *non-self*) é interpretada e denegada (HAN, 2019, p. 56).

Na identidade ricoeriana “poder como liberdade” existe na pretensão de legalidade que baliza as instituições democráticas e a norma constitucional segundo uma axiologia pluralista. A função não coercitiva da instituição ricoeriana desvela-se, assim, no fundamento teleológico das comunidades – o querer viver junto em instituições justas para si e para o Outro. Sem ingressar nas implicações morais expostas por Ricœur no oitavo estudo de *O Si-mesmo com Outro* (1990), pode-se concluir que na coletividade a

¹⁶ Nesse ponto de sua tese Paul Ricœur se remete à noção de equidade delineada por John Rawls em *A Theory of Justice*. Nada obstante, a visão rawlsiana de uma sociedade política permeada por desigualdades pontuais consentidas pelos atores que, cobertos pelo véu da ignorância, admitem essa condicionalidade como necessária para se estabelecer a justiça e a mais ampla igualdade, não é abordada pelo filósofo francês. Dirá Ricœur que revisita a teoria de Rawls apenas no propósito de “captar a força convincente e duradoura da ligação entre justiça e igualdade”, de modo sua ambição não seria “saber se a igualdade sempre pode ser definida em termos de medianidade e se a ideia de igualdade proporcional não é um ninho de dificuldades inextricáveis” (RICŒUR, 2019, p. 224). As críticas habituais à teoria de Rawls – como sua imparcialidade, ou atribuição negativa ao valor da pluralidade – não são, assim, aprofundadas por Ricœur. Para uma apreciação detida da conversa entre a teoria rawlsiana e a ideia ricoeriana de identidade narrativa, Cf. HUTCHENS, 2020; VEIGA, 2014.

visada ética se transmuta na ideia de justiça aplicada universalmente, na expectativa de incluir o terceiro, conforme as limitações axiológicas e dentro dos canais de comunicação criados pelo pacto jurídico-social.

Assim, chega-se à formulação argumentativa esboçada pelo filósofo, quando conclui ser “[...] a função mais geral da instituição garantir o nexo entre o próprio, o próximo e o distante em alguma coisa como uma *polis*” (RICŒUR, 1988b, p. 66). Pela filosofia ricoeriana imagina-se a instituição como um corpo político que depende de leis positivas para converter e realizar a expectativa pluralista, atribuindo-lhe realidade prática. Tais instituições se reafirmam na representação das identidades coletivas, as quais não se trata de meras ideias flutuantes, funcionando, em verdade, como “[...] mediações simbólicas que contribuem para a instauração do vínculo social; elas simbolizam identidades que conferem uma configuração determinada a esses vínculos sociais em instauração” (RICŒUR, 2006a, p. 149).

Declarar a identidade de uma comunidade, conclui Ricœur (1988b, p. 246), “é responder à pergunta ‘quem fez isso?’ ‘quem é o agente, o autor?’ [...] Responder à pergunta ‘quem?’ [...] é contar a história de uma vida. A história contada fala sobre a ação do ‘quem’”. A identidade coletiva sintetiza, pois, as histórias e ações que a comunidade política promove ao construir instituições justas. Ao situar-se no mundo – ou, como anota Hannah Arendt (2020, p. 219), ao inserir-se no mundo humano pelas palavras e atos – esse *self* coletivo toma decisões de refiguração dos contextos sociais e das práticas e normas juspolíticas, organizando uma narrativa que toma decisões de inclusão e exclusão e constrói discursos e posturas interpretativas balizas numa expectativa pluralista. É na ação e no discurso jurídico-político, portanto, que o *self* coletivo conta sua narrativa e revela ativamente sua identidade.

Essa revelação se faz em meio à vida política, imbricando experiência e expectativa de uma pluralidade de atores e atrizes para construir, reafirmar e transformar as instituições justas. Na perspectiva arendtiana, portanto, o discurso e o agir que desvelam a identidade coletiva, é aquela que se dá *com* o Outro, quando atores políticos, pela palavra falada ou escrita, identificam-se, anunciam o que fazem e o que pretendem, delimitando expectativas e apresentando à coletividade sua parcela de colaboração ao amálgama da experiência coletiva. A identidade, pois, está implícita, em tudo o que se diz ou faz, de modo que somente no completo silêncio e na total passividade ou isolamento pode o *self* coletivo ocultar-se (ARENDT, 2020, p. 217-224). Tem-se, assim, que uma

dada comunidade política, ao aparelhar suas institucionalidades democráticas narrativamente constrói uma autoimagem onde

a identidade-*idem* pode se referir às normas, hábitos, tradições e práticas socioculturais específicas por meio das quais uma comunidade pode ser identificada como si mesma. [...] A identidade-*ipse* ao nível da comunidade [portanto] deve ser entendida em termos da atividade concertada de indivíduos que atuam em conjunto a partir de uma herança e com uma visão de vida partilhada [...] as instituições estendem o poder de ação concertada e a condição de pluralidade a outros e dão a esse poder uma extensão temporal. As instituições não apenas retêm vestígios do passado, mas se perpetuam por meio de suas práticas (LEICHTER, 2012, p. 121).

Revisando a dialética *idem/ipse* Ricœur vai dispor que, no âmbito coletivo, o *self* dispõe de uma mesmice e de uma ipseidade que se traduzem na diáde memória (*idem*) e promessa (*ipse*). A memória representaria um espaço de experiência que se cristalizou, seja num documento (normas fundamentais de organização do Estado e distribuição de direitos e deveres, *e.g.*) ou num discurso (a filosofia dos direitos humanos, por exemplo¹⁷) e pode agora orientar a uma estrutura possível de futuro. Pode-se referir à memória, portanto, como a identidade-*idem* à nível comunitário. A promessa, doutro lado, ocupa a função do espaço refigurante, reposicionando e reinterpretando a identidade dentro da contextualidade fática. Se a memória cria a ideologia sobre a qual a comunidade edifica suas instituições, a promessa é a utopia, o horizonte de expectativas de aprimoramento, atualização e conservação desse fenômeno (RICŒUR, 2006a, p. 135). Assim,

podemos dizer que o caráter se aproxima da promessa, pois o que está em evidência é aquilo que pode permanecer, a estabilidade inerente à noção de identidade. Contudo, na medida em que esse enfoque vai prevalecendo, a promessa tende a cristalizar-se e o caráter a se fechar em si mesmo. Para contrabalançar essa identidade autorreferente, entra em cena a ipseidade, isto é, a demarcação do caráter novidadeiro, criativo, imprevisível e existencial do sujeito. Nesse plano, o si é identificado muito mais com a palavra dada do que com o caráter. A identidade aqui não se confunde com algo que possa ser simplesmente reificado ou percebido em geral, mas atrela-se de maneira incontornável ao “quem”, traduz muito mais a ideia de existência do que de substância. A permanência no tempo desse tipo de identidade revela sempre a necessidade de uma manutenção de si mesmo, de uma consciência que,

¹⁷ Conforme ensina Bidart Campos (1989) quanto a ideologia dos direitos humanos se refere à propositura e aplicação prática desses direitos, quando positivados no regime político e na ordem jurídico-constitucional, a filosofia dos direitos humanos diz questão aos direitos humanos como valor, tomando essa construção jurídica em sua dimensão ética de respeito à dignidade humana, viés que, embora caracterizado por um maior grau de abstração, trata-se igualmente de uma conquista sócio-histórica, corolário das movimentações políticas e lutas sociais travadas ao largo da história humana. Assim, por filosofia dos direitos humanos quer-se fazer referência ao discurso político embasado numa “filosofia político-jurídica [...] que abriga uma estima axiológica, ou uma deontologia [...] que vem se vincular em nossos dias com a filosofia dos valores” (CAMPOS, 1989, p. 59).

ao mesmo tempo em que é determinada pela palavra que a formou e pela palavra que formula, possui consciência dessa situação (SILVA FILHO, 2011, p. 297-298).

A promessa se coloca, então, no espaço da ipseidade, representando a manutenção de si. Argumentar por uma promessa é apontar esse *self* coletivo como um personagem engajado “[...] que coloca suas chancelas sobre uma história de vida confrontada à alteração das circunstâncias e às vicissitudes do coração. É uma identidade mantida apesar [...] de tudo o que inclinaria a trair sua palavra” (RICŒUR, 2006a, p. 141). A figura da promessa orienta o *self* coletivo, desse modo, a um futuro menos incerto, pois tem por supedâneo o compromisso moral e normativo de coesão – as coisas serão assim, pois acordou-se que assim deveriam ser. Diminui-se, então, os custos de transação e a insegurança da vida em comunidade, sentando-se uma promessa de fidelidade, erigindo ilhas de previsibilidade e confiabilidade em meio as incertezas da condição humana e da vida em comunidade (OST, 2005, p. 196; ARENDT, 2020, p. 302).

Ricœur não pensa a promessa, conquanto, na esteira hobbesiana, do contrato social que dirige as coletividades ao amparo de um poder absoluto. O filósofo se aproxima, em verdade, da leitura arendtiana, discorrendo a promessa política como compromisso que se enraíza nas interações sociais indutoras de confiança e cooperação. O compromisso de respeitar o acordo nasce, nessa ocasião, diretamente da vontade de viver junto, atuando como mecanismo de controle embutido na própria faculdade de iniciar novos e intermináveis processos intersubjetivos. A promessa é, portanto, o termo manejado pelas institucionalidades democráticas para organizar e justificar a inclusão e exclusão do Outro. Trata-se a promessa, pois, de figura de mediação, que permite ao *self* subsumir suas intenções voluntárias a princípios juspolíticos prévios e mobilizar – bem como reformular, se necessário – as estruturas institucionais de cooperação e convivência (RICŒUR, 2006a, p. 146).

Assim, enquanto a memória garante a justiça das instituições – pois “[...] serve para reintroduzir *a posteriori* as intervenções que deveriam ter sido feitas *a priori*” (RICŒUR, 1999, p. 15) – a promessa estabiliza a justiça, pois, coloca-se como um pré-compromisso juspolítico ou moral. Seu cumprimento, no entanto, não se restringe à criação de confiabilidade e coerência. Cumprir a promessa, na métrica ricoeriana, envolve também atualizar estas conquistas. A coerência da identidade narrativa que existe entre memória e promessa dependerá, então, de como as institucionalidades democráticas são

operacionalizadas no curso do tempo. Como anota François Ost (2005, p. 195), a durabilidade dos acordos e compromissos juspolíticos repousa na sua adaptação e revisão.

Tal promessa, na angulação constitucional, seria, desse modo, o compromisso de manter a estabilidade jurídica e procurar constantemente a concreção e aprimoramento da norma fundamental, respeitando a teleologia do fenômeno constitucional e a axiologia dos direitos humanos e fundamentais – valores estes os quais são uma pretensão sempre sujeita à revisão e à crítica, posto que alicerçados numa concepção pluralista de dignidade humana e igualdade. Daí, revisar e reafirmar a promessa pode “significa[r], enfim, submeter à discussão as convicções sobre direitos humanos tais como essas estão encarnadas nas formas concretas de vida e nas narrativas pessoais e coletivas” (SALLES, 2014, p. 203).

Nessa senda, pensar uma identidade narrativa para a norma constitucional é reconhecê-la dentro desse espectro – ou seja, é ler o fenômeno constitucional como uma instituição justa, que sedimenta um compromisso legal e coordena suas reconstruções a partir da consonância com uma estrutura pré-narrativa cristalizada na dimensão juridificada da memória e na vinculação a um *ethos* pluralista que, no plano institucional moderno pode ser interpretado como o discurso jurídico dos direitos humanos. Assim,

o compromisso com o projeto jurídico-político da cultura do constitucionalismo e de uma identidade constitucional coloca-se, não apenas, como um compromisso com sua normatividade e eficácia, mas, também, necessariamente, como um compromisso com sua própria concretização e atualização. A identidade constitucional é em parte dada, em parte criada e renovada. Ela se coloca, simultaneamente, na natureza contrafactual da normatividade constitucional e na inerente “normalidade/normatividade” que a justifica em referência à cultura do constitucionalismo (BIELSCHOWSKY, 2016, p. 22).

Impossível se faz perceber a identidade constitucional sob um prisma narrativo sem contextualizar o vínculo social que sustenta a constituição à diáde ricoeriana da experiência da memória (*identidade-idem*) e expectativa da promessa (*ipseidade*). Michel Rosenfeld (2003b) vai localizar essa propensão narrativa do fenômeno constitucional, ao concluir que estabelecer a identidade constitucional nada mais é que “[...] fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado do constituinte com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras” (ROSENFIELD, 2003b, p. 17). É pela apreensão, porquanto, de como o ato de lembrar (assumir o dever social de revisitar o passado, de ouvir as expectativas sociais e de valorar e valorizar lutas do passado) e cumprir (realizar o compromisso de, pela inclusão do Outro, criar instituições justas) organiza a ordem jurídica fundamental que a constituição terá sua identidade narrativa descoberta.

Essa percepção temporal-narrativa da constituição permite destravar núcleos de sentido fundamentais à compreensão da identidade constitucional, como o tempo jurídico e sua correlação com o discurso constitucional ou as experiências de reconstrução da identidade. Pela apreciação das constituições sob um prisma narrativo pontos de inflexão no tempo constitucional podem ser diagnosticados, constatando-se os instantes em que a (re)construção constitucional não conduziu à coesão narrativa e ao delineamento de uma comunidade política justa, mas à dissonância cognitiva com promessas previamente estabelecidas. Ainda, o analisar das aplicações da memória no âmbito jurídico permite avaliar os efeitos prejudiciais à construção da identidade constitucional de uma “política do esquecimento” (OST, 2005, p. 60).

Essas questões serão observadas com a devida profundidade nos tópicos que se seguem, onde se analisará os meandros da diáde memória/promessa no terreno jurídico-constitucional. Por hora importa apenas registrar, a título de síntese do pensamento, que na métrica narrativa das identidades coletivas, instituições justas só são possíveis no campo democrático e segundo o equilíbrio regulado entre o ato de não esquecer as lutas e conquistas simbólicas do passado e o de cumprir com o compromisso firmado no acordo jurídico-político que funda a democracia constitucional. A implicação institucional da identidade narrativa que interessa à pesquisa, portanto, é a possibilidade de apreender o fenômeno constitucional em sua dimensão teleológica, perscrutando em seu enredo as experiências de configuração e as possibilidades – e eventuais fracassos – de refiguração.

Convém ter em mente, portanto, que uma pretensa identidade constitucional, compreendida como a angulação jurídico-normativa das identidades coletivas, respeita e subsidia-se da hipótese ricoeriana de construção identitárias pelo equilíbrio memória/promessa. Dessa forma, o tópico final deste capítulo, se ocupará de destrinchar a temporalidade da identidade constitucional, consolidando em definitivo uma percepção narrativa dessa retórica holística mediante a intensificação da interlocução com a teoria de Michel Rosenfeld. Ficará, dessa forma, demonstrada a condição dinâmica e inacabada da expressão jurídica das identidades coletivas, abrindo vazão à pesquisa para avaliações mais contextualizadas à realidade transnacional e latino-americana.

2.3 Identidade constitucional, memória e promessa – a temporalidade constituição, uma possibilidade de análise

O processo de criação constitucional, lembra Jon Elster (1995, p. 394), envolve a decantação de desejos, preferências e interesses individuais, coletivos e institucionais que, embora expressem o presente do constituinte originário, precisam valer para o futuro, pois os constituintes devem legislar na expectativa de consolidar uma norma fundamental duradoura, cuja supremacia formal no sistema de fontes jurídicas lhes garantirá uma relativa imutabilidade e legitimidade para consolidar em definitivo a forma de Estado, a organização institucional e a estrutura funcional da sociedade política, bem como os valores e princípios que orientam essa comunidade histórica. Faz parte da tarefa do poder constituinte, portanto, olhar além do seu próprio desejo e de seus próprios interesses. Essa expectativa se traduz na composição de pré-compromissos autoimpostos que restringem reconfigurações no desenho da constituição oriundas de interesses que não expressam a comunidade política.

A ideia central, nesse sentido, é sedimentar um fenômeno constitucional envolto em compromissos materiais e procedimentais que impeçam o desvio dos planos originais estabelecidos pelo *self* coletivo. Limitando a atuação e a capacidade decisória da comunidade política esses pré-compromissos estabilizariam a criação e modulação da ordem constitucional ao afastar caminhos de legislação e adjudicação incoerentes com o projeto constitucional desejado. O consolidar de uma constituição que respeita tais termos levaria os atores a optarem por um quadro institucional que envolva pesos e contrapesos, capaz de controlar conflitos sociais subsequentes que possam medrar de deliberações públicas posteriores ou da inconsistência intergeracional sobre quais interesses e valores organizam a comunidade política.

Um processo democrático de criação constitucional que se preocupa em delimitar pré-compromissos incluiria, por exemplo: (a) um processo de duas etapas com adoção inicial de uma constituição provisória cujas regras restringem a adoção da constituição final; (b) a elaboração da constituição provisória por uma mesa redonda não eleita, com redação de uma constituição final por uma legislatura constituinte eleita; (c) a previsão e uso de regras de revisão e reforma constitucional, dando continuidade e reflexividade legal ao projeto; ou, ainda, (d) a delimitação de um prazo para os constituintes promulgarem a carta constitucional. Não bastasse, a proteção do projeto constitucional pela delimitação de pré-compromissos virá, ainda, pelo elencar de caminhos legítimos de mudanças materiais da norma constitucional ou pela definição de regras e valores constitucionais absolutos – isto é, as cláusulas pétreas e direitos fundamentais.

Fica evidente, pois, que, embora não seja possível que os constituintes ignorem completamente suas próprias necessidades e interesses, existem contextos empíricos que podem reduzir essa experiência. Um desses contextos, destaca Andrew Arato (1997, p. 38), é a manutenção de uma reflexividade legal pela edificação de uma constituição aberta a críticas e eventuais modulações. Importa que assim o seja, pois as constituições modernas são, por vezes, escritas por especialistas e elites representativas dissociadas dos reais interesses da comunidade política, influenciadas por atores exógenos à comunidade ou simplesmente “desconectadas dos valores populares porque não conseguiram acompanhar a evolução das opiniões populares ao longo do tempo” (VERSTEEG, 2014, p. 1167). Resulta daí uma dissociação entre texto constitucional e valores comunitários, sendo a tendência global a edificação de “constituições impopulares”, que não expressam, num primeiro momento, a identidade coletiva da comunidade política.

Haveria, então, avalia Mila Versteeg (2014), uma desconexão entre o produto do processo constituinte e os valores e pleitos comunitários, de modo que reformas e revisões do produto do processo constituinte são necessárias. A movimentação dos cidadãos como um poder constituído interessado em modular a herança do poder constituinte será, destarte, fundamental à ordem constitucional. Embora a constituição se expresse dogmaticamente como um amálgama de normas e valores compartilhados, é impossível que todos os indivíduos sujeitos à ordem jurídica consigam fazer parte da entidade chamada a exercer o poder constituinte originário ou que, ao menos, vejam-se nela representados. Isso se deve não apenas a limitações temporais (como é o caso das gerações futuras que não participam da construção constitucional, embora sejam, também, parte do “nós, o povo”), como também a restrições que nascem da desigual distribuição socioeconômica ou de circunstâncias históricas particulares (*e.g.* modelo de transição política ou experiência colonial).¹⁸

¹⁸ Merece realce, contudo, que a participação popular na criação ou modulação da ordem constitucional pode gerar efeitos indevidos se o espaço de deliberação se vê influenciado menos pela racionalidade jurídica de valores universais entronados no discurso dos direitos humanos e fundamentais, e mais por ideologias de origem não jurídica, como a religião ou a economia. Entende este pesquisador, pois, que se a arena pública de criação e reconstrução constitucional é ancoragem para desvios alopoieticos, o desenho constitucional estará sujeito a problemas de exclusão e baixa referencialidade social (NEVES, 2018a, p. 93; CANOTILHO, 2010, p. 1347 ss.). Isso se dá, pois, formas *diretas* de envolvimento dos cidadãos no processo constituinte não são indispensáveis à ordem constitucional democrática e podem inclusive ser contraproducentes ao propósito de criação de um texto constitucional efetivamente pluralista e justo. Importa repetir, o que é indispensável à estruturação do desenho constitucional é que as decisões da elite representativa que compõem a Assembleia Constituinte sejam, de fato, restringidas formal e materialmente por pré-compromissos e que os valores e interesses cristalizados em norma constitucional estejam em coerência com os interesses da comunidade política.

Diante dessas singularidades inerentes ao moderno processo constituinte Heinz Klug (2019, p. 48) questiona se o ato constituinte se trata verdadeiramente de método no qual as escolhas feitas determinarão em absoluto o futuro da comunidade política ou se, contrariamente, existe como atividade política que reflete um processo de transformação social. Com esse questionamento retórico o constitucionalista procura alertar para a condição intertemporal das constituições, as quais não se trata de elemento jurídico-normativo estanque, mas de fenômeno vivo e dinâmico, uma forma de atividade aberta, pela qual passa a vida política e cultural da sociedade (HELLER, 2014, p. 226). O processo constituinte, com efeito, não se encerra na criação da norma constitucional, vez que esta não pode sintetizar apenas a vontade de seus construtores, tratando-se de projeto que orientará a organização juspolítica de cada nova geração (LORENZETTO; CLÈVE, 2015, p. 137).

Hans Lindahl (2007, p. 21), nessa perspectiva, avalia que o poder constituinte nunca é um *actus purus*, que emana do nada. Em verdade, cada nova geração se dispõe, a partir do texto da constituição, a questionar “quem nós somos?”, respondendo essa interrogação à sua maneira e, portanto, renovando a identidade coletiva ali memorizada e, no estrito respeito aos pré-compromissos materiais e procedimentais, reordenando o desenho constitucional. Por isso o *pouvoir constituant*, em sua ação de estabelecer a ordem constitucional, legitima circunstâncias e matérias auspiciosas à dinamização de uma recriação da norma constitucional. A legitimidade democrática do processo constituinte pressupõe, pois, a previsão de um poder constituído, habilitado a regular a associação política criada pelo constituinte e capacitado, por mecanismos e limitações previamente definidos, a reavaliar os compromissos firmados no passado.

O ato de criar uma constituição que identifica uma comunidade política – isto é, erigir uma identidade constitucional – “[...] começa com a constituição *de* uma unidade política através de uma ordem jurídica, não com a constituição de uma ordem jurídica *por* uma unidade política [...]” (LINDAHL, 2007, p. 21). Consequentemente, o problema de legitimar uma ordem jurídica é, desde o início, o problema de justificar os movimentos de inclusão e exclusão exigidos no curso da vida política, à medida que essa coletividade evolui, identifica-se com novos valores e recebe interjeição de novos atores endógenos ou não aos limites da nação. Daí que o momento de sedimentação dos valores e normas constitucionais, por não ser em absoluto a expressão igualitária e plural da vivência política, solicita engrenagens que aproximem *a posteriori* o projeto constitucional do horizonte de expectativas sociopolíticas da comunidade.

Logo, “[...] a legitimidade democrática não diz respeito ao procedimento que a constituição estabelece para a elaboração da lei, mas aos procedimentos que ele estabelece para a sua própria transformação” (COLON-RIOS, 2010, p. 214). Para que a renovação da norma constitucional ocorra, conquanto, são necessários mecanismos que orientem a evolução da constituição conforme os padrões democráticos e pré-compromissos definidos pelo poder constituinte originário. Ou seja, em função da inerente “impopularidade” dos processos de criação constitucional, “[...] as formas constitucionais devem fornecer os meios para que o poder constituinte reapareça depois que a Constituição estiver em vigor” (COLON-RIOS, 2010, p. 217), permitindo que as promessas constitucionais sejam questionadas e que a unidade de valores que define a autoimagem da constituição seja repensada face ao novo momento sócio-histórico.

Nos casos das constituições escritas, a dogmática jurídica prevê que o poder constituído é habilitado a mudar o texto constitucional, desde que em conformidade com procedimentos especiais (*e.g.* aprovação supermajoritária nas casas legislativas) e balizas axiológicas (proibição do retrocesso ou violação de valores constitucionais fundamentais, como divisão dos poderes, por exemplo). A participação popular na atualização da constituição pode ser visualizada, ademais, em assembleias de delegados eleitos com o propósito único de servir como espaço de negociação e deliberação sobre as mudanças constitucionais. Contudo, a despeito da abertura democrática que esses modelos de participação direta proporcionam, o retomencionado receio de que esses mecanismos sejam alvo de desvios alopoieticos, induziu o constitucionalismo moderno a temperar estes mecanismos com as reformas constitucionais informais que defluem do poder de revisão judicial efetuada pelos tribunais constitucionais (ALBERT, 2016; COLON-RIOS, 2010).¹⁹

É diante dessa condição que se desenvolvem os instrumentos da reforma e mutação constitucional. Enquanto a reforma se vê respaldada por uma previsão normativa já sentada pelo constituinte originário – ainda nos moldes de um pré-compromisso de reflexividade – a mutação existe como práticas informais de modulação da norma

¹⁹ O reconhecimento dos tribunais constitucionais como atores democráticos habilitados a reconstruir a identidade constitucional é corriqueira sobremodo nos países em que os mecanismos legislativos ou de representação popular são menos utilizados. Ganha destaque, nessa perspectiva, a questionável compreensão dos tribunais como organismos munidos de função majoritária e representativa dos anseios populares. A hipótese aqui é de que os tribunais não se orientam pela disputa de interesses, nem estão suscetíveis a interferências ideológicas de matriz política, na medida em que estão invariavelmente atrelados à racionalidade jurídica do *rule of law*. Embora admita críticas, essa ponderação não prejudica a legitimidade dos tribunais constitucionais de atuarem na modulação da ordem constitucional. Nesse sentido, Cf. BARROSO, 2015. Em contrário senso, Cf. MIGUEL; BOGÉA, 2020.

constitucional, atribuindo-se, pela hermenêutica jurídica, novos significados ao texto mediante uma releitura do passado. A mutação trata-se, então, de uma experiência de refiguração que interpreta o passado pensando o futuro, de modo que a ideologia contrafactual da constituição legada pelo poder constituinte encontra o mundo factual. Avigora-se, assim, o tempo da constituição, pois, garante-se a continuidade de sua força normativa, associando o passado (programa normativo) ao presente (âmbito normativo) (HESSE, 2012, p. 69).

Exemplo fulcral de reforma é a possibilidade de emendas à constituição. O procedimento de emenda representa meio legítimo de reforma constitucional, viabilizando a correção de erros ou incoerências no texto da constituição, sem grandes custos políticos, mediante adequação da norma às expectativas e contextualidades políticas do Estado. Regras de emenda à constituição servem, pois, à consolidação do constitucionalismo democrático e são usadas para reparar imperfeições, distinguir o direito constitucional do comum e contrabalancear o poder do Judiciário de modular a constituição pela hermenêutica jurídica (ALBERT, 2019, p. 59). A mutação, por sua vez, pode vir por práticas políticas e jurídicas variadas, como convenções, usos e correções constitucionais ou interpretação judicial, legislativa e administrativa.

Interessa à pesquisa, quanto, sobremodo a mutação fruto da interpretação judicial orgânica, onde a norma é recontada a partir da atuação dos intérpretes constitucionais legitimados formalmente pela própria constituição – os tribunais (PEDRA, 2020, p. 145). Não se nega que processos de reforma por emendas ou os mecanismos diretos de mudança constitucional têm impacto substancial sobre a identidade constitucional, ampliando-a ou modulando sua aplicação prática ao incluir novas expressões identitárias sob a tutela da norma fundamental. No entanto, *contra* Rosalind Dixon (2010) e Yaniv Roznai (2016), esse pesquisador assume que o enredo constitucional existe mormente nos espaços circunscritos pela jurisdição constitucional, de modo que sua identidade é impulsionada pelas discordâncias e justificações que compõem a atuação judicante dos tribunais constitucionais.

Constituições podem adquirir uma identidade, avalia Rosenfeld (2010, p. 41), apenas no âmbito intersubjetivo circunscrito pelo discurso constitucional movimentado pelos órgãos de cúpula do Judiciário, enquanto emendas e reformas formais, no mais das vezes, estão a envolver apenas alterações formal-textuais, ignorando a substancialidade da identidade constitucional. Assim, muito embora a autoimagem jurídica do *self* coletivo também se construa em meio às demais arenas intersubjetivas de deliberação que

vinculam todos os atores que estão e serão reunidos pela norma constitucional, é o tribunal constitucional o principal centro revelador da identidade constitucional, pois a identidade constitucional vê sua formação circunscrita pelo discurso jurídico prolatado pelos intérpretes da constituição, evoluindo em meio às múltiplas interpretações possíveis da norma fundamental (JACOBSON, 2010, p. 14; OTERO, 2010, p. 25).

Nesse sentido, Rosenfeld procura deixar assente a condição discursiva da identidade constitucional, descolando para o terreno linguístico-simbólico a problemática da reconstrução constitucional. Assim, pondera o teórico que, como o texto é dependente do contexto – isto é, do momento sociopolítico no qual se situa a comunidade política – e como o contexto é aberto e sujeito a transformações de matriz social e política, a comunidade política invariavelmente recorrerá ao discurso constitucional (aqui compreendido enquanto norma de decisão) para reinventar sua identidade. É, pois, no espaço discursivo da jurisdição constitucional, da sedimentação da proporcionalidade e da concordância prática que a identidade constitucional se refaz.

Tem-se, em síntese, que a reconstrução da identidade constitucional – mediante seleção das manifestações identitárias e discursivas coerentes com a facticidade da comunidade política e com a contrafactual base axiológica do constitucionalismo democrático – envolve uma mistura de aspirações e compromissos sociopolíticos que emergem dos espaços de deliberação democrática (sociedade civil, casas parlamentares, universidades, ONGs, por exemplo), *a posteriori* normatizadas pelos tribunais constitucionais em norma de decisão que reforma a dimensão material da constituição.²⁰ A jurisdição constitucional desempenha, nesse espectro, o papel de mediar a relação entre *self* coletivo e as expressões identitárias que existem no espaço da alteridade,

[...] construindo e (re)construindo a identidade constitucional, concorrendo para a construção do aceitável e do rejeitável — O papel da jurisdição constitucional não deve estar circunscrito apenas enquanto um elemento do sistema de medidas técnicas cuja finalidade seja assegurar o regular exercício das funções estatais [...] a constatação de que a sociedade moderna é uma sociedade em essência complexa e de riscos aponta que, para a formulação de uma identidade que a todos

²⁰ Isto não exclui da apreciação aqui defendida a hipótese de que a interpretação capaz de renovar a constituição e reconstruir sua identidade pressupõe uma sociedade aberta de intérpretes. A democracia, único espaço possível para a eclosão de instituições justas, desenvolve-se apenas no contexto político de “[...] controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o ‘concerto’ científico sobre questões constitucionais, nas quais [...] não existe nem deve existir dirigente” (HABERLE, 2002, p. 36). Logo, movimentam também a dimensão jurídica da identidade coletiva – especialmente quando revisitam a norma de direitos fundamentais, ampliando-a – aquelas interpretações constitucionais que defluem, por exemplo, da interjeição de *amici curiae*, de interpretações constitucionais inorgânicas realizadas por acadêmicos e pesquisadores do Direito ou de discursos jurídicos prolatado por atores exógenos ao Estado nacional.

represente a priori, é imprescindível a manutenção de um mecanismo de permanente e efetiva acessibilidade na plataforma discursivo-normativa ou em outras palavras no processo do discurso normogenético de aplicação que possibilite o sentimento de integração e pertinência (CHAI, 2006, p. 237-238).

Tem-se, pois, que as situações de mutação constitucional se cingem à jurisdição constitucional e envolvem o desenvolvimento do significado, sentido e alcance do preceito constitucional no tempo e no espaço. Logo, são resultado direto de uma complexificação sociopolítica e consequência de fatos historicamente localizados. Pensar a reconstrução constitucional a partir da mutação promovida pela hermenêutica jurídica permite, portanto, restringir a identidade constitucional à dimensão material da constituição, isto é, o sistema de regras que regulam a ordem política e conformam os elementos fundamentais do sistema constitucional. Pelo contrário, se reduzida a identidade da constituição ao texto e palavras nele expressas – considerando a reconstrução como supressões e acréscimos textuais à constituição – qualquer reformulação significativa ou alteração formal produziria uma reconstrução de sua identidade (MARTÍ, 2013, p. 4; ROSENFELD, 2010, p. 209).

A identidade constitucional aqui pretendida a investigação se consubstancia na sedimentação apriorística desses valores pelo poder constituinte (identidade-idem ou memória) e sua readequação contextual pela interpretação evolutiva dos enunciados linguísticos (ipseidade ou promessa). O foco, portanto, é compreender a axiologia da identidade constitucional, diagnosticando o conjunto de valores de construção doutrinária e jurisprudencial que permitem traçar o perfil axiológico da constituição. Essa axiologia alberga quatro pilares fundamentais: (a) a ideia de direito subjacente à ordem jurídica; (b) os critérios teleológicos do projeto político; (c) o modelo de inserção externa do Estado e (d) sua organização interna – que se traduzem em expressões-síntese habituais das constituições liberais modernas como “direitos humanos e fundamentais”, “Estado democrático de direito” e “soberania interna e externa”. (OTERO, 2010, p. 22-29).

Com efeito, o Estado será soberano – anota Maurizio Fioravanti (2011, p. 28) – somente se for capaz de assumir a condição de “expressão coerente de um direcionamento fundamental” (*espressione coerente di un indirizzo fondamentale*), deduzido da comunidade e traduzido em princípios e normas jurídicas. Ou seja, a dimensão material da constituição sedimenta à comunidade um projeto juspolítico, um caminho à igualdade e justiça. Manter, portanto, a eficácia da norma constitucional envolve tomar como indispensáveis as sucessivas reconfigurações de significado que se impõem aos pilares

fundamentais da identidade constitucional em função de variáveis como o decurso do tempo, o surgimento de novos sujeitos de direitos, a interferência de cognições jurídicas extrassistêmicas ou as reformulações no desenho institucional (OTERO, 2010, p. 208).

Nesse sentido, a identidade constitucional, quando compreendida a partir da teoria de Michel Rosenfeld, não se referirá pontualmente à constituição, mas ao sujeito constitucional (*constitutional subject*). Este sujeito – à conta da influência lacaniana que permeia a obra de Rosenfeld – é descentrado, de modo que não se confunde com a identidade do *self* coletivo. Desta forma, enquanto o *self* representa a comunidade política, o sujeito é compreendido enquanto matéria (*subject-matter*), ou seja, a substância fática a ser modulada em sede hermenêutica e legislativa, a fim de integrar o sistema jurídico dogmático pátrio como norma ou valor constitucional (ROSENFELD, 2010, p. 18). A identidade (do sujeito) constitucional identifica, portanto, o discurso constitucional, em vez de algum tipo de entidade personificada, como constituintes, juízes ou o povo. A reconstrução, então, é relativa aos valores constitucionais e não às estruturas institucionais e organizacionais da ordem constitucional (PALOMBELLA, 2010, p. 661).

Resulta daí que ao se pressupor uma identidade coletiva de dimensões jurídicas, na verdade, pensa-se o produto normativo dos processos políticos de construção, desconstrução e reconstrução da constituição material. Nisso, o *self* coletivo é mero gerador e indutor interno dessas transformações normativo-axiológicas. A identidade constitucional denota, portanto, uma identificação coletiva de natureza jurídico-normativa que emerge dos movimentos hermenêuticos de (res)significação da constituição material devido à evolução e complexificação sociopolítica vivida pela comunidade – isto é, o *self* coletivo, que Rosenfeld vai nominar por *self* constitucional. Em resumo, a reconstrução da identidade constitucional trata-se dos movimentos de contradição entre passado contrafactual e presente factual em direção a novas sínteses jurídicas, ou seja, à adequação da ordem constitucional ao âmbito sócio-histórico.

O tempo (passado pré-constitucional, presente e expectativas de futuras concretizações da norma, *e.g.*) é apenas a dimensão na qual essas contradições e sínteses se tornam críveis e, portanto, passíveis de investigação. Isto é, o tempo é fator “[...] no âmbito do qual se pode alterar entendimentos, modificar sentidos, dar nova extensão a textos constitucionais [...]” (MENDES, 2016, p. 178). A matéria constitucional (*subject-matter*), assim, reflete no mundo jurídico a presente realidade social e cultural do *self* coletivo, identificando, no campo do Direito, “quem nós somos”. Tem-se, assim, que a identidade constitucional emerge do processo discursivo dos intérpretes da constituição,

representando o amálgama das aspirações políticas hegemônicas e se constituindo como retórica holística que concilia simbolicamente, em um esquadro jurídico unívoco e homogêneo, diferentes expressões identitárias, discursos e valores existentes no tecido social.²¹

Assim, o discurso constitucional recrudesce a função primal do Direito: a normatização das aspirações e ações que já se naturalizaram no tecido social. “A normatividade do direito moderno tem a estrutura de uma legalização do natural”, dirá Christoph Menke (2020, p. 19). Essa constatação recorda a condição funcional do Direito de ser espaço jurídico-normativo da salvaguarda das conquistas, memórias, valores primordiais da comunidade política e das expressões identitárias e manifestações discursivas que, por comporem a essência da identidade coletiva de um povo, precisam estar presentes no esquadro constitucional. A mutação constitucional apta a reconstruir a identidade constitucional, desse modo, é aquela balizada por uma interpretação extensiva e flexível da norma de direitos fundamentais, na expectativa de modificar a leitura do texto constitucional devido a modificações significativas nos valores sociais ou no quadro empírico subjacente ao texto normativo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 279).

A título ilustrativo, como exemplos de mutações constitucionais que induziram a reconstrução e atualização da identidade constitucional, pode-se citar, no Brasil, a interpretação ampliativa do art. 226, §3º, da Constituição Federal (1988) nas ADI 4277 e ADPF 132, reconhecendo formalmente a união homoafetiva ou o entendimento de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, Lei de Crimes Hediondos, no bojo do HC 82.959-7/SP, por entender que a vedação da Promissão do cumprimento de pena não se coadunava com a previsão constitucional do art. 5º, LXVI, da Constituição. Ainda, destaca-se, nos Estados Unidos, os julgados *Lawrence vs. Texas* (2003), e *Brown v. Board*

²¹ A contrafactualidade da identidade constitucional evidencia a base desestrutivista de matriz derridiana da teoria de Rosenfeld. Assim, imagina o constitucionalista ser a identidade da constituição uma singularidade, mesmo que ela seja somente perceptível por meio da possibilidade de sua condição iterável, a possibilidade de que ela possa ser repetida e transmitida, mas sempre se comunicando para além de qualquer contexto supostamente original. Há, na proposta de Rosenfeld algo como que uma “brisura” dos signos que compõem da identidade constitucional. Isso “[...] marca a impossibilidade para um signo, para a unidade de um significante e de um significado, de produzir-se na plenitude de um presente e de uma presença absoluta” (DERRIDA, 2017, p. 85). Como no pensamento derridiano, a identidade aqui só adquire sentido no encadeamento de diferenças e no movimento de reescrita constante, alheia a qualquer pretensão de estagnar a escritura numa temporalidade. Para Rosenfeld (2000) o grande contributo do desestrutivismo para sua teoria é o entendimento do adiamento do significado, vez que o sentido de uma escrita não é dado de imediato, mas depende da futura leitura da escritura. Assim, toda leitura implica uma reescrita e todo o significado depende de uma futura reescrita das escrituras passadas. “Para adquirir sentido um texto presente passa pela integração e correção de uma escrita passada [...] e ao mesmo tempo sofre integração e correção de por uma escrita futura” (ROSENFELD, 2000, p. 43), de modo que seu significado sempre estará sujeito a uma transformação.

of Education of Topeka (1954), da Suprema Corte dos Estados Unidos, onde se reinventa os padrões constitucionais de tratamento de grupos minoritários, *in casu* a comunidade LGBTQIA+ e negros americanos.

Esses casos paradigmáticos se assemelham, pois todos envolvem uma tensão entre normalidade social (âmbito normativo) e normatividade jurídica (programa normativo), requerendo, portanto, a modificação deste último a partir de uma avaliação contextual do problema jurídico, a fim de resolver esse conflito lógico entre norma e realidade (HESSE, 2012, p. 66). Estar-se a pressupor, desta forma, uma necessária impassividade temporal da dimensão material da constituição, a qual deve manter conexão com a realidade das superestruturas políticas e com os pleitos e expectativas sociais que formam a comunidade, de sorte que alterações nas formas de sociabilidade induzam efetivas modulações no desenho constitucional. A mutação se coloca, assim, sobremaneira na conjuntura onde a tensão entre norma e realidade é tamanha que a estagnação das institucionalidades democráticas pode conduzir à ineficácia da ordem constitucional.

Francisco Segado (2016, p. 121) avalia, nesses termos, que estas mutações se dão quando as normas recebem outro conteúdo, quando o intérprete movimenta o texto constitucional fazendo-o regular outras circunstâncias distintas daquelas imaginadas pelo constituinte originário. Ou seja, quando a vida e a história cambiante da comunidade política penetram a rigidez do texto, por meio da prática interpretativa. Será, pois, pela interpretação ampliativa que se resolve a “crise temporal” de representatividade das constituições. O enredo da identidade constitucional é, assim, recontado e novas formas de narrar a vida política ingressam na ordem jurídico-política da comunidade. Por isso,

esses casos representam momentos em que o Tribunal [...] ofereceu uma história de quem somos e o que valorizamos, às vezes juntando essa visão a uma releitura de nosso passado imaginado, mas sempre vinculando-o ao mesmo texto constitucional e falando em nome da mesma comunidade transgeracional. As muitas versões dessas narrativas são, portanto, todas parte da narrativa coletiva de nossa nação, que por sua vez consiste em uma conversa contínua sobre os princípios em evolução e concorrentes que nos unem para nos tornar mais livres (TRIBE, 2012, p. 28).

Fica, pois, sedimentada a proficia funcionalidade da mutação constitucional na reconstrução da identidade coletiva em sua angulação jurídica, aderindo ao *corpus* constitucional novos valores, direitos e deveres que constituem a autoimagem da comunidade. Por essa instrumentalização do processo interpretativo se alimenta a perpétua reimplantação da realidade do Estado (factual) na constituição (contrafactual), confirmando a função integradora de desenvolvimento e normatização dos valores que

organizam a comunidade (SMEND, 1985, p. 132). A reconstrução constitucional, nesse sentido, abriga um aperfeiçoamento da ordem constitucional face ao caráter dinâmico da historicidade na qual está inserido, presenteando a comunidade com estabilidade e reflexividade jurídica – isto é, alterações no sistema objetivo são reportadas, induzindo modificações legislativas que garantem a coerência e funcionalidade do sistema jurídico (RAMOS, 2013, p. 128).

A mutação constitucional não significa, contudo, que o constituinte derivado está habilitado a desmontar o projeto herdado dos constituintes originários. Como recorda Jorge Miranda (2016, p. 280), se cada geração tem sua constituição – pois, se se muda o significado da norma, muda-se, ao menos simbolicamente, de constituição – toda geração precisa ser constitucionalizada. Ou seja, mutações e reconstruções constitucionais sempre se subvencionam a uma razão de coerência a uma estrutura pré-narrativa previamente definida – sejam os pré-compromissos dos constituintes ou o *ethos* pluralista. O que a mutação pretende é transformação, não ruptura da ordem jurídica. Logo, “[...] só se institui o novo com base no instituído [...] há sempre uma parte de indisponível, na medida mesma em que nenhuma instituição é absolutamente nova” (OST, 2005, p. 50).

Nesse sentido, a recordação de Paulo Bonavides (2002) à teoria do jurista alemão Hans Haug ajuda a consolidar a auspíciosa compreensão de que é a Justiça – e não qualquer essência ou espírito inerente à constituição – quem se trata do principal limite à reconstrução constitucional. Haug ergue uma fronteira absoluta à revisão constitucional, tomando o valor Justiça como uma base ontológica “[...] que não pode ser violado por um poder de reforma que pretendesse introduzir na Constituição a injustiça. A Justiça é [...] a norma que determina que se deve dar a cada um o que é seu” (BONAVIDES, 2011, p. 182). Reconhece-se, assim, haver valores objetivos ideais que existem independente de todo o conhecimento e que conduzem os processos e projetos de modulação da norma constitucional. Desse modo, o Direito estaria limitado por valores ideais mais altos, que Haug entendia serem os direitos fundamentais.

Assim, embora uma constituição não possa ser factualmente legitimada igualitariamente por toda a comunidade política – recorda-se, o processo constituinte é, em certa medida, impopular e não representa a integridade da sociedade – ela o é à nível contrafactual, pois o poder constituído – desde que dentro dos limites e pré-compromissos definidos pelo constituinte – está habilitado a criar, por reforma ou mutação da norma, um imaginário normativo onde todos são alcançados. Essa reconstrução reafirma a promessa de estabilidade da ordem constitucional e atualiza o sistema jurídico pátrio, na

medida em que concede aos pleitos sociais do presente sua normatização no espaço de experiência legado pelo constituinte originário.

Esta vinculação da mutação constitucional a um *ethos* pluralista ou valor de Justiça que lhe cobra coerência narrativa, mas não recusa as transformações normativas ofertadas à ordem constitucional, confirmam a angulação narrativa da identidade constitucional. Restringir a amplitude da mutação aproxima a identidade constitucional do eixo da ipseidade, negando qualquer argumentação teórica que tome a imutabilidade como eixo central da identidade constitucional. Recusa-se, assim, por exemplo, a lógica esposada pelo constitucionalismo francês – com especial destaque a Edouard Dubout (2010, p. 460) – que entende – numa releitura do “princípio supraconstitucional” de Michel Troper (2008, p. 77) – a identidade da constituição como valor superior que reflete o particularismo da ordem constitucional e, portanto, não estaria aberto a quaisquer reformas ou mutação.²²

Isso posto, fica evidente que, sendo o Estado a expressão final da expectativa de compartilhamento de signos, instituições e espaços de convivência, a constituição, enquanto dimensão jurídica desse coletivo, expressará concomitantemente os interesses dos constituintes originários, a norma juridicamente organizadora da ação coletiva, bem como albergará critérios axiológicos e procedurais que permitem filtrar e materializar no âmbito jurídico as legítimas “condutas não normadas” (HELLER, 2014), as expectativas e pleitos sociais daqueles sujeitos políticos que não estiveram representados no processo de construção constitucional. Ainda, no enredo juspolítico que organiza o fenômeno constitucional as expectativas de reforma ou mutação precisam estar cientes de que a transformação normativa não pode operar uma ruptura da lógica democrática e pluralista.

Desse modo, enquanto instituição justa por excelência, as constituições, canalizando a racionalidade da Regra de Ouro de “dar a cada um o seu direito”, atuam como instrumento de articulação prática e simbólico do *ethos* pluralista ao organizar um amálgama de “[...] lugares discursivos que condensem, em expressões linguísticas, um conteúdo aberto e atualizável, com uma aproximação da ideia de validade e até mesmo de uma espécie de justiça [...]” (DELLA-ROSA, 2002, p. 198). Esse *corpus* normativo e

²² O caminho interpretativo escolhido por teóricos como Edouard Dubout (2010) e Franz Mayer (2011) se afasta sensivelmente daquele defendido nesta pesquisa e nos escritos de Michel Rosenfeld. A leitura destes teóricos, no entanto, é profícua para compreender o desenvolvimento dessa abstração semântica junto ao direito comunitário da União Europeia, especialmente no que se refere à sua aplicação jurisprudencial pelos tribunais constitucionais europeus. Para um estudo mais aprofundado do que se pode chamar de escola europeia de estudo da identidade constitucional, Cf, BURORGUE-LARSEN, 2011; STRECK, 2018.

axiológico tem por função atuar na aplicação e interpretação da dimensão material da constituição, oferecendo um conteúdo aberto, a ser atualizado no momento da concreção normativa, de acordo com a necessidade histórico-temporal da sociedade.

A operacionalização desses “*loci interpretativos*” (BITTAR, 2001, p. 98), a partir de uma norma de decisão, movimenta o fenômeno constitucional, aproximando *self* e *other* ao legitimar, pelo discurso jurídico, um direito universal que equaliza os múltiplos horizontes de expectativas e oportuniza a concreção jurídico-normativa dos diversos pleitos sociais por inclusão no esquadro constitucional. Portanto, é o discurso constitucional que garante a ampla concretização normativa do texto constitucional através da institucionalização expansiva dos direitos fundamentais e aproximação do fenômeno constitucional da semântica dos direitos humanos. Permite-se, dessa forma, à constituição voltar-se para as exigências das massas por maior acesso ou participação nas prestações dos diversos sistemas sociais, sobretudo da política e do direito (NEVES, 2018a, p. 160).

Para tanto, contudo, é preciso que a norma disponha de relativo grau de abstração, garantindo-lhe uma aplicação extensiva. Para que a norma constitucional mimetize a afirmação ricoeriana de que “[...] aprender a narrar-se é também aprender a narrar a si mesmo de outro modo” (RICŒUR, 2006a, p. 115), ela precisa estar aberta a sofrer eventualmente uma contextualização ao tempo presente. É dos ensinamentos de Olivier Abel (1996) que se abstrai que todo juízo interpreta apenas aquilo que o precede, suplementando esse objeto com um estilo particular. “Interpretar é, finalmente, imaginar o ‘mundo possível’ proposto pelo texto e, logo, ‘agir’ o texto, interpretá-lo na singularidade atual das nossas situações” (ABEL, 1990, p. 23). Por isso “[...] a constituição utiliza conceitos e refere-se a valores aos quais não podem ser atribuídos significados acabados” (PEDRA, 2020, p. 132), permitindo a interpretação evolutiva e aplicação circunstancial da norma. Daí sucede que

[...] as categorias utilizadas no processo legal devem permanecer ambíguas para permitir a entrada de novas ideias [...] O direito se configura não como um "sistema fechado", mas como um "sistema aberto", e o raciocínio jurídico não pode aparecer como meramente dedutivo, mas o movimento dos conceitos jurídicos é, em última instância, "circular": o conceito é construído à medida que os casos são comparados, podendo ser modificados no sentido de que, ao final do processo, o que era uma circunstância excepcional quanto à sua aplicação, torna-se regra geral (ATIENZA, 2013, p. 31).

Importa sempre recordar que “[...] 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” (LORENZETTO, KOZICKI, 2012, p. 152). Logo, o discurso constitucional exercerá funções de (a) legitimação da ordem juspolutica; (b) colmatação de espaços não normados, através da atuação de legislador secundário dos tribunais constitucionais; (c) agregação da sociedade em torno de uma unidade axiológica, pautada nos direitos fundamentais e (d) concretização das expectativas normativas legadas pelo constituinte originário. Todas essas práticas se comunicam com propósito do Estado Democrático de preservação e constante ampliação de direitos subjetivos, bem como de construção de consensos juspoluticos com o mínimo de exclusão.

Assim, um Estado forma sua identidade constitucional ao apresentar às instituições democráticas um modelo jurídico, ao expor uma ferramenta conceitual que justifica uma postura institucional como formal e materialmente coerente. Enquanto o poder constituinte sedimenta os valores comuns que identificam a ordem constitucional (identidade-idem), o poder constituído operacionaliza sua refiguração (ipseidade). Como a identidade constitucional, sem embargo, está interconectada com transformações operadas na comunidade em função do transcorrer do enredo sociopolítico, circunstâncias como rupturas democráticas, eleição de regimes populistas, vinculação a um sistema supranacional ou ratificação de tratados internacionais induzirão uma reavaliação do modelo jurídico definido pelo constituinte.

Essa reconstrução, conquanto, vale-se não apenas da interpretação expansiva da norma constitucional, mas também de uma leitura restritiva, na ambição de excluir algumas expressões identitárias das demarcações constitucionais. Para se chegar a uma identidade constitucional viável, pontua Rosenfeld (2014, p. 186), é preciso que o processo de reconstrução rejeite identidades que destoam dos pilares do constitucionalismo ocidental moderno. Segue-se, assim, um projeto de reconstrução que envolve a incorporação de certos elementos de identidades que ficaram de fora do processo constituinte, mas partindo de um eixo sincrônico de unificação (estabelecimento de similaridades e equivalências, ampliando a aplicação da norma de modo a albergar mais sujeitos de direito) e um eixo diacrônico de diferenciação (contextualização e restrição da norma, valorizando as singularidades e limitando direitos constitucionais).

Assim, se pelo eixo sincrônico um tribunal constitucional amplia o direito de liberdade de crença e culto para grupos étnicos minoritários ou reconhece formalmente o direito ao matrimônio para casais homoafetivos; pelo eixo diacrônico essa mesma organização limita a liberdade de expressão de grupos que pretendem, por exemplo, fortalecer um discurso de ódio ou posturas antisemitas. A reconstrução da identidade

constitucional alberga, assim, não apenas inclusão da diferença, mas exclusão de determinadas expressões identitárias ou discursivas.²³ Essa reescrita da norma constitucional se conecta invariavelmente com a expectativa ricoeriana da manutenção de si (mudar, sem romper a estrutura pré-narrativa ou descumprir a promessa de coesão juspolítica e respeito à igualdade). Para tanto, destaca Ost (2005, p. 63), a comunidade toma sofisticado desvio pela argumentação genealógica para impor uma continuidade do direito em meio aos ventos da mudança.

O que a reconstrução da identidade constitucional procura, pois, é evitar um hiato, ou seja, a descontinuidade lógica entre as manifestações políticas e culturais que ganham relevância no estado democrático e a realidade da norma constitucional (CARVALHO NETTO, 2002). A constituição não repousa inerte no tempo como espaço normativo privilegiado que preserva dotações jurídico-normativas da identidade nacional, nem mesmo baliza a narrativa política da comunidade em uma relação litigiosa entre *self* e *other*²⁴. Pelo contrário, a identidade constitucional “[...] possui um plano de fundo

²³ Nem sempre os movimentos de reconstrução de identidade constitucional orientados à exclusão de uma expressão identitária discursiva significa ampliação de direitos pela singularização e contextualização da norma constitucional, ou seja, pela categorização do Direito. Michel Rosenfeld (2010, p. 81) destaca, por exemplo, cultura constitucional dos Estados Unidos de conceder a “santidade do matrimônio” como valor constitucional – interpretação utilizada em *Bowers v. Hardwick* (1986) para legitimar lei estadual que violava direitos da comunidade LGBTQIA+. A recente anulação do julgado *Roe v. Wade* (1973), que reconhecia o direito constitucional ao aborto nos Estados Unidos, pela decisão tomada em *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022) também pode ser citado como exemplo em que a reconstrução de identidade constitucional retrocede, suprimindo direitos pela proibição da tutela constitucional a um dado estrato social político. Ruti Teitel (1993), nesse sentido, fala em identidades constitucionais reacionárias, experiências em que pela adjudicação constitucional pautas conservadoras são estimuladas e as conquistas sociais garantidas pela categorização do Direito, desfeitas. A lógica inerente ao pensamento de Teitel (1993, p. 242) é que contemporaneamente ganhou força o discurso populista de que a proteção e o fortalecimento de direitos e liberdades constitucionais é sensivelmente antagônica à democracia. Que a ampliação material do princípio da igualdade e a inclusão de novas expressões identitárias ao quadro constitucional bem significado a escusam de interesses e discursos antes hegemônicos (pautas racistas, homofóbicas e misóginas antes legitimadas pelo discurso constitucional liberal), os quais digladiam por retorno à legalidade. Tem-se, então, a vivência prática do efeito reverso da pluralização das expressões identitárias diagnosticada por Benjamin Ardit (2000) e citada anteriormente nesta pesquisa.

²⁴ A métrica amigo/inimigo que orienta o pensamento schmittiano a uma compreensão da alteridade como variável de risco à unidade da comunidade política, por exemplo, se decanta como elemento constitutivo de uma abordagem essencialista de identidade constitucional, onde o *other* é diretamente reconhecido como antagonista à ordem constitucional. Ao pressupor que a democracia solicita a existência de um “demos homogêneo”, Carl Schmitt (2008) exclui da ambição juspolítica qualquer possibilidade da conciliação com a diferença e pauta seu entendimento de estabilidade estatal na construção de uma identidade constitucional alheia às manifestações discursivas que possam desestabilizar a unicidade da decisão política fundamental que engendra o texto constitucional. Tal abordagem é observada, por exemplo, na atuação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfG) em julgados como *Solange I* (1974), *Outright Monetary Transactions* (2014) e *Lisbon Decision* (2009), onde se ponderou 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*

histórico [...], mas está aberta para novas produções de conteúdo [...] é o produto de um processo dinâmico sempre aberto a maior elaboração e a revisão" (LORENZETTO, 2017, p. 70).

Daí sucede que pensar a identidade constitucional sob o prisma da narratividade ricoeriana envolve supor uma identidade cambiante e inacabada, que tem por estrutura pré-narrativa o discurso dos direitos humanos e as restrições normogenética inerentes ao constitucionalismo liberal – quais sejam, a aderência ao *rule of law*, o respeito aos direitos humanos e fundamentais e à divisão dos poderes democráticos (ROSENFIELD, 2010, p. 44). Neste sentido, a reconstrução e modulação do fenômeno constitucional reafirma a preservação e desenvolvimento da ordem jurídica, atribuindo carga positiva às evoluções sociais e novas dinâmicas culturais que conformam o Estado Democrático e solicitam, à medida que se naturalizam no tecido social, sua normatização. Essa transformação, sem embargo, não está autorizada a romper com os mencionados pilares normativos do constitucionalismo liberal.

Pela hipótese de uma identidade constitucional em constante reconstrução confirma-se a expressão elástica e flexível do fenômeno constitucional que, em face da ambiência social, submete-se a articulações e rearranjos de sentido jurídico que vão sendo construídas e atualizadas ao longo da história política da nação e em face de casos concretos exemplares (GOMES, 2019, p. 148). Na medida em que essa reformulação da norma constitucional se dá pela introdução de novos elementos a partir de interpretação e reconsideração do passado constitucional, a tarefa da reconstrução é precisamente harmonizar esses novos elementos com aqueles que já existiam. A reconstrução da identidade constitucional, dessa forma, aponta uma "[...] resolução plausível das contradições prevalecentes, elaborando um quadro contrafactual que não ultrapasse o horizonte de possibilidades delimitadas pelas condições materiais existentes" (ROSENFIELD, 2010, p. 45).

Reconstruir o percurso narrativo da constituição permite, portanto, colmatar falhas na refiguração desse enredo e reafirmar o *corpus* normativo ou axiológico que é assumido como estrutura pré-narrativa. Esse recontar do tempo da constituição desvela como o enredo juspolítico, embora tecido no presente, precisa ter os olhos no passado, de forma

Law (BVerfG, 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. Para uma análise comparativa mais detida entre o essencialismo schmittiano e a abordagem pluralista de identidade constitucional esposta por Michel Rosenfeld, Cf. BRUZACA, 2021.

que a trama da construção jurídico-constitucional não se desligue em absoluto dos projetos e promessa do passado. Garante-se, assim, uma reconstrução coerente com a forma de vivência política pretendida pelo constituinte ou da teleologia cristalizada em normas, princípios e costumes constitucionais, por exemplo. Assim, a reconstrução concilia a realidade do texto (contrafactual) à realidade do *self* coletivo (factual).

Desse modo, toda transformação política ou adaptação normativa que acontece em dada comunidade amplia ou restringe a matéria constitucional. A reconstrução 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 concede o fenômeno constitucional como um signo cujo significado é constantemente adiado, pois existe apenas no movimento interpretativo que o difere. Esse diferir torna possível a identidade, na medida em que, ao interpretar o signo, reconhece (define um *self*) e antagoniza (define um *non-self*). O contrafactual, assim, (re)identifica o *self* constitucional a partir de um suplemento semântico, consolida um significado que é contingente – isto é, amanhã, noutras circunstâncias, já será outro.²⁵

A reconstrução se coloca, assim, no contexto do que Niklas Luhmann (1996), ao investigar a condição evolutiva das constituições, chamou por “adaptação [do direito] a uma transformação das estruturas temporais do sistema social” (LUHMANN, 1996, p. 100). Luhmann é aqui revisitado, pois o sociólogo desenvolve uma avaliação interessante sobre a memória, estabelecendo uma sutil contextualização dessa variável na ambição jurídica, que permite acessar o viés evolutivo da temporalidade da identidade constitucional. Retornar-se-á adiante à gramática ricoeriana, no entanto, na ambição de demonstrar como o processo de esquecimento imaginado por Luhmann, se desenvolvido ao alvedrio de uma noção axiológica de justiça, detém implicações nocivas à propositura hipotética que orienta esta pesquisa.

Em *La costituzione come acquisizione evolutiva* (1996) Niklas Luhmann pondera quanto ao fim da lógica pré-moderna de encontrar no passado o argumento de

²⁵ Novamente faz-se notar a afinidade que a teoria de identidade do sujeito constitucional de Michel Rosenfeld guarda com o pensamento hermenêutico de Jacques Derrida. No caso, a reconstrução prefigura a reinterpretation do passado e renovação do significado a partir de uma técnica de interpretação constitucional balizada por uma ética da inclusão e diferenciação. Essa apropriação do pensamento derridiano, no entanto, não se antagoniza à lógica da coerência às estruturas pré-narrativas, pois na apropriação do pensamento derridiano pelo teóricos do *Critical Legal Studies* “[...] uma leitura de uma escrita passada só pode ser concebida como uma reescrita se houver alguma base intersubjetiva sobre a qual possam ser estabelecidas conexões semânticas necessárias [...] Se faltasse essa base intersubjetiva interpretação de uma escrita passada não implicaria uma reescrita [...], mas uma nova escrita desprovida de uma conexão de significado” (ROSENFELD, 2000, p. 55).

validade e legitimidade da norma constitucional, lançando lume sobre a moderna abertura das constituições ao futuro. Essa abertura significaria um sistema jurídico ciente de sua modificabilidade e disposto a limitar as inelutáveis transformações mediante obstáculos procedurais e políticos. A partir daí, no âmbito constitucional contemporâneo, altera-se o espaço temporal de irritação onde o direito constitucional se reproduz. O sistema se projeta agora para ao futuro, a nova unidade de autorreferenciabilidade e heterorreferenciabilidade em um espaço metalógico. No lugar do passado é agora o futuro (*Zukunftsöffnenheit*) que atua como espaço imaginário no qual deve ser constantemente reproduzida a unidade de autorreferenciabilidade e heterorreferenciabilidade do direito (LUHMANN, 1996, p. 100).

Argumenta o sociólogo alemão, nestes termos, como o esquecimento de experiências tem o encargo de desobstruir o sistema jurídico, ofertando-lhe espaço para novas aberturas cognitivas. A memória no direito não estaria sujeita, assim, apenas ao aglomerar de dados e experiências, mas também a um movimento de organização desses elementos (KIRSTE, 2008, p. 132). Dessa forma, no sistema jurídico-constitucional os dados relevantes presentemente solicitam o ignorar de memórias inviáveis à organização e reprodução sistêmica, pois “[...] a função da memória consiste em garantir os limites das possíveis questões de consistência e liberar a primeira capacidade de processamento da informação para abrir o sistema a novas irritações” (LUHMANN, 2006, p. 457-458). Ou seja, a memória se situaria no contexto da circularidade recursiva do sistema jurídico, facilitando suas recriações a cada novo estímulo do ambiente circundante (COSTA, 2018, p. 27).

O principal encargo do ato de esquecer seria, entende o sociólogo, evitar que o sistema se bloqueie causando uma coagulação dos resultados de observações anteriores. Dessa forma, a discriminação ativa entre o que lembrar e esquecer, a capacidade de transformar informações em latência – isto é, a transmissão e preservação de padrões, ainda que não imediatamente funcionais ao tempo presente – pode explicar o desenvolvimento da especificidade da memória, pondera Stephan Kirste (2008, p. 130). Em outros termos, alguns dados do passado são esquecidos pelo sistema jurídico, a fim de garantir o seu encaminhamento evolutivo, enquanto outros são reiteradamente lembrados, posto que basilares à ordem constitucional. Sem o esquecimento de determinados dados não haveria aprendizado nem evolução do sistema jurídico-constitucional moderno (LUHMANN, 2006, p. 463; DE GIORGI, 2005, p. 90).

A ordem constitucional “[...] não se limita a impor ao calendário alguns prazos normativos, deixando para o restante que o tempo desenrole seu fio” (OST, 2005, p.14). Antes, a forma como interagem passado e futuro no âmbito do fenômeno constitucional determina os significados que a comunidade política define como seus traços de singularização juspolíticos e suas opções evolutivas ou – utilizada a gramática ricoeriana – de configuração e refiguração narrativa. Desse modo, enquanto instrumento e produto do enredo juspolítico, a constituição engendra uma temporalidade e um caminho de decisões, omissões e modulações tomados pelos constituintes do passado e revisitados pelos intérpretes do futuro. Por essa perspectiva, a memória se disporia como “margem de oscilação”, delineando por diferenciação o que é o passado (elementos desatualizados) e o futuro (as novas variáveis cognitivas introjetadas à norma).

A função da memória no espaço jurídico é, pois, reproduzir a diferenciação entre recordar e esquecer, desempenhando uma função de distinção no lineamento temporal da identidade constitucional. Daí anota Raffaele de Giorgi (2006) que o direito é uma estrutura que opera em uma atemporalidade – os eventos que considera juridicamente relevantes transforma-se em presente, e aqueles que consideram irrelevantes transforma em passado. Assim, o direito “[...] seu próprio tempo e conhece a contingência de sua temporalidade, assim como também sabe que é absolutamente imperioso a necessidade de um exame da consistência de sua própria construção de eventos” (DE GIORGI, 2006, p. 61). No contexto da evolução sócio-histórica o sistema constitucional precisa, então, decidir sobre como lidar com o seu passado.

Enquanto deambula entre estabilidade (*identidade-idem* ou memória) e reflexividade e mutação (*ipseidade* ou promessa), a identidade constitucional forja um tempo, inventa uma realidade contrafactual, continua Raffaele de Giorgi (2006). A propositura analítica luhmanniana levanta, assim, uma questão importante à presente discussão, lançando luz sobre as implicações *normativas* do ato de lembrar e esquecer. Sua delimitação antes/depois permite imaginar a criação de critérios de escolha e organização responsáveis por atribuir ao sistema jurídico-constitucional uma unidade de movimento, indo do passado ao futuro mediante decisões que procuram, a despeito da aquisição evolutivo, preservar sua estabilidade e diferenciação funcional. Nisto, sintetiza o sociólogo:

Os sistemas que operam recursivamente (operativamente fechados) procedem com base no estado que atingiram. Suas próprias operações são guiadas por seu passado (imediato). Eles não podem ter acesso ao seu futuro. Assim, eles se movem para trás para o futuro. No entanto,

na medida em que dispõem de memória e, portanto, da capacidade de calcular comportamentos consistentes, podem ocorrer interferências de inconsistências [...] a memória cada vez mais complexa gera profundidade temporal na forma dos horizontes gêmeos do passado e do futuro. Embora tudo o que acontece seja simultâneo, as operações assistidas pela memória não podem tomar como simultâneo tudo o que examinam, pois isso levaria a sobreposições insuportáveis, à confusão, à inconsistência e à desorientação. Com a memória, o sistema está, portanto, em condições de se dotar de distinções temporais com o objetivo de ordenar a desordem autogerada. O 'antes' e o 'depois' de um evento tornam-se discretos, e sistemas altamente complexos finalmente se tornam capazes de ver o futuro no espelho do passado e de se orientar pela diferença entre o passado e o futuro (LUHMANN, 2020, p. 81-82).

Essa visita ao passado é prelúdio de ruptura com identidades pré-constitucionais, as quais virão em absoluto (como na França, em 1790), ou pela mera negociação e rearranjo das diretrizes constitucionais (caso de constitucionalização e transições à democracia, como o Brasil em 1988). Assim, importa reconhecer que a identidade constitucional requer uma negação suficiente das identidades pré-constitucionais, pois em um grau bastante significativo, o passado determina o conteúdo de dispositivos constitucionais elaborados pelos constituintes no presente (ROSENFIELD, 2010, p. 187; 2003b, p. 35). Ou seja, o passado pré-constitucional precisa ser cotejado, pois o quadro de símbolos e expectativas que identificam juridicamente a sociedade não dispõem de natureza imutável. O lineamento temporal da identidade constitucional é, então, um movimento de memória e *parcial* esquecimento.

É falsa, outrossim, a assertiva de que um *self* constitucional só pode impor a sua vontade ao eliminar e desconsiderar em absoluto toda alteridade. Nem mesmo a ruptura radical de uma revolução violenta (França em 1790, *e.g.*) possibilita uma diferenciação absoluta entre a ordem política pré-revolucionária e pós-revolucionária e, ao fim e ao cabo, não somente o passado, mas o presente e o futuro obrigatoriamente limitam e organizam a identidade do sujeito constitucional. Por isso, é necessária a rememoração das cadeias de tradições mediante um movimento imaginativo de regresso e reinterpretação dos rastros da memória. Novas significações e valores vinculados às instituições não se criam a partir do nada, procedendo sempre de instituições já existentes. A temporalidade da identidade constitucional, nesta senda, não é – e aqui a pesquisa se antagoniza à tese luhmanniana²⁶ – linear e calculável, mas circular, respeitando um arco

²⁶ O que escapa à avaliação de Niklas Luhmann são as deturpações ideologizantes a que essa seleção do passado pode ser submetida. Diferentemente do que propõe Luhmann (2020, p. 87), o passado não é necessariamente o espaço da “certeza”, do mesmo modo que o futuro não se apresentará

narrativo de configurações e refigurações (MICHEL, 2016, p. 30; RICŒUR, 1988a, p. 183).

Logo, reconstruir a identidade constitucional em consonância à promessa de respeito ao pluralismo e ao acordo juspolítico solicita uma constante reavaliação da herança sócio-histórica legada pelas gerações anteriores. Isto envolve uma atividade complexa de inferências aplicadas às marcas deixadas para trás pelas gerações anteriores nos artefatos utilizados como meios externos para preencher a função memorizadora – as normas, valores e instituições. No trajeto narrativo da identidade constitucional, portanto, o passado – que nas palavras de François Ost (2005, p. 49) são “[...] acontecimentos que importaram e ainda importam e são suscetíveis de conferir um sentido (uma direção e uma significação) à existência coletiva e aos destinos individuais” – estará aberto ao processo de refiguração, na esperança de incluir de forma coerente à identidade constitucional as novas expressões identitárias e construções discursivas que a vida política plural apresenta ao *self* coletivo.²⁷

invariavelmente como “inseguro” e sujeito a riscos de evoluções incoerentes. Quanto a isto, Cattoni de Oliveira (2010, p. 52) reforça, contrapondo-se à métrica luhmanniana, que as instâncias documentais e discursivas de memorização e enquadramento do tempo histórico não se tratam propriamente um deslocamento puro e simples do passado ao futuro. Logo, importa que o investigador esteja atento quanto ao modo e ao grau dessa abertura ao futuro. Giacomo Marramao (1995, p. 189) dirá, igualmente, que a disposição luhmanniana em estabelecer uma conexão entre os fins e os meios ao longo de um eixo vertical e uma estrutura hierárquica de comando peca ao não perceber que esta leitura sistêmica não esgota a complexa problemática do poder, esmaecendo na sociologia do teórico alemão uma distinção importante entre “poder” e “poder legítimo”. Tal observação crítica do pensamento luhmanniano é compartilhada pelo professor de Direito da Universidade do Porto, Antonio Manuel de Almeida Costa (2018), que destaca uma neutralidade axiológica na teoria do sociólogo alemão, o que a conduz a soluções coincidentes com o positivismo jurídico e com uma dogmática lógico-formal que “[...] atribui aos momentos valorativos um caráter convencional e fungível, restringindo a sua relevância ao aspecto formal da mera ‘redução de complexidade’, quer dizer, ao simples objetivo da ordem pela ordem, enquanto requisito propiciador da estabilidade das expectativas” (COSTA, 2018, p. 43). Nesta senda, a operacionalização da anistia e de políticas de esquecimento no contexto justransicional são exemplos profícuos de como a temporalidade constitucional não é linear e isenta de influências nocivas de ideologias dissociadas dos propósitos democráticos, incrustadas em um poder que não liberta, mas opõe.

²⁷ Se não houver a necessidade de críticas à tradição ou de refigurações da memória coletiva, essa revisita ao passado se dará apenas no propósito de reafirmar e recrudescer o compromisso com o *ethos* pluralista. Como coloca Hans Lindahl (2007), um *self* coletivo só pode ser estabelecido retrospectivamente, pois não há invariavelmente *self* constitucional sem o ato de re-narrar a memória e repensar a herança sócio-histórica da comunidade. A unidade política, pontua o jurista, não admite um juízo existencial pré-jurídico. Ou seja, a constituição é o momento jurídico que produz e induz uma definição jurídico-normativa à identidade coletiva pela autodescrição de valores, interesses e regras que organizam um sistema social, funcionando, pois, como o termo inicial do *self* coletivo. Deste pensamento pode-se sintetizar que, antes da ordem constitucional haverá coletividade, mas não haverá *self* ou sujeito constitucional – isto é, não há estrutura discursiva e textual que homogeneíza e identifica juridicamente a comunidade política. Portanto, narrar o passado é ato invariável do processo de construção de identidade coletiva, seja para modular essa identidade (ipseidade), seja para confirmar suas dimensões jurídicas e políticas (mesmice).

Ricœur reconhece, nessa esteira, que o passado e a memória são um construto social, logo, sempre abertos a novos significados. É a partir dessa negociação com o memorizado que a constituição se encaminha ao futuro, pois o mundo do texto (a escritura) se converte ao mundo do leitor (o intérprete). Resulta daí que narrar e re-narrar o passado não se coloca apenas em função da premissa de lembrar as lutas e conquistas sociojurídicas e políticas da comunidade, mas especialmente de reposicionar adequadamente os frutos dessas lutas sociais. Na narrativa coletiva, porquanto, o passado é sempre reinterpretado no presente, da mesma forma que o ato de interpretar é sensivelmente determinado pelo passado, pois quando o *self* sedimenta uma expectativa de futuro, o presente é fundamentalmente dimensionado, caminhos e ações são previstos e restringidos (SANTOS, 2013, p. 59; ARAGONESES, 2018, p. 15).

Em síntese, a avaliação crítica do tempo constitucional não pode ser pensada como um deslocamento temporal linear do passado ao futuro, importando se considerar sobremaneira o modo e grau da abertura ao horizonte de expectativas (OLIVEIRA, 2009, p. 22). Isto se dá, pois o espaço dinâmico da coletividade nunca é eticamente neutro. O processo narrativo traspassa campos de articulação que procuram manipular identidades frágeis, dominando e suprimindo a diferença. Como a construção da identidade coletiva é uma experiência intersubjetiva e relacional, ocasionalmente a ordem de ver o Outro como um si-mesmo esbarra em condicionalidades que favorecem o totalitarismo e a dominação – aquilo que Byung-Chul Han (2019) chamou por poder como coerção, em contraposição ao poder como liberdade esperado das instituições justas.

Traduzir esta compreensão de memória do *self* coletivo para o plano jurídico de edificação de uma identidade constitucional resulta na apreensão da seguinte conclusão: a atividade política de emprestar uma dimensão jurídica aos grupos humanos não se subvenciona em absoluto à vontade criadora do constituinte originário. Pelo contrário, o sistema constitucional pede o emprego de métodos que possam acompanhar as variações dinâmicas da Constituição, de maneira que a reconstrução constitucional funcione em prol da normatização das movimentações identitárias normalizadas na experiência da comunidade. Assim, conclui Hans Lindahl (2007, p. 20), a identidade constitucional se coloca especialmente num processo comunicacional de respostas às novas irritações da vida política e, portanto, de reconciliação entre *self* coletivo e o Outro. O perigo, conquantos, opera nos abusos da memória e no esquecimento de lutas e pleitos daqueles que à primeira vista não figuram nas narrativas oficiais (RICŒUR, 2006b; POLLAK, 1992).

Malgrado essas ponderações tratem de ponto nodal desta pesquisa, sua avaliação será adiada para o capítulo final dessa dissertação, momento em que a pesquisa ganha o devido grau de contextualização necessário para uma ponderação crítica apropriada da variável “esquecimento” no traçado narrativo da identidade constitucional e de eventuais rotas de fuga, possibilidades de desobstrução do eixo da memória. Por ora, importa apenas deixar consolidado que a memória canalizada pelo fenômeno constitucional precisa ser revisitada, no movimento constante de refiguração do passado e projeção de um futuro possível. A identidade constitucional se organiza, pois, a partir de movimentos de reafirmação da estabilidade da constituição e cumprimento da promessa de induzir uma aquisição evolutiva à norma constitucional pela seletiva e justa inclusão do Outro (OTERO, 2010, p. 245; POBLETE, 2008, p. 335).

A reconstrução da identidade constitucional envolve, então, a interação com identidades infrassistêmicas, referindo-se àquilo que Marcelo Neves (2018b, p. 216) classifica como “[...] ordens extraestatais de coletividades nativas, cujos pressupostos antropológico-culturais não se compatibilizam com o modelo de constitucionalismo do Estado”. Michel Rosenfeld (2010) fala ainda, no entanto, no Outro externo (*external other*), quando o *self* constitucional se distingue de outras comunidades políticas ou jurídicas – isto é, quando a identidade constitucional interage com a norma de outros Estados ou com normas internacionais e supranacionais. Nessa esteira, interessa observar como o surgimento de normas e discursos internacionais tem colocado o *external other* em destaque no trajeto do *self* constitucional, permitindo levantar indagações sobre suas colaborações à identidade constitucional.

O processo transnacional que eclode no sistema jurídico no final do século XX se apresenta às nações como uma nova promessa – a expectativa de convivência e de criação de instituições justas é, agora, uma expectativa de dimensionamento global, quando não regional. Logo, questiona-se este pesquisador: como se dá a interferência do Outro externo na formação da identidade constitucional? E como essa experiência de extração das fronteiras da identidade constitucional é percebida no contexto latino-americano e brasileiro, onde a figura da CtIDH tem promovido reformas e adequações normativas relevantes aos Estados? São essas veredas que o capítulo seguinte se aventura a responder.

3 DIREITO TRANSNACIONAL E IDENTIDADE CONSTITUCIONAL, CONEXÕES IN ABSTRACTO – A PROMESSA TRANSNACIONAL NA AMÉRICA LATINA

Ficara consolidada no capítulo anterior a dimensão narrativa da identidade constitucional – a ficção jurídica que, equilibrando-se entre as funções de ser a autoimagem jurídica da comunidade política e manter aberta e receptível ao Outro, projeta uma proposta de enredo juspolítico às institucionalidades democráticas. Essa identidade constitucional posta-se junto à dogmática jurídica pátria como uma narrativa em construção, orientada à pluralidade, mas preocupada em se manter coerente ao que fora legado pelo constituinte originário. Nesse sentido, o trajeto narrativo do *self* coletivo consistirá na reiterada apreciação crítica de vocabulários, simbologias, memórias e valores que conformam sua autoimagem no terreno jurídico-político.

Assim, a identidade constitucional pode ser compreendida como um compromisso de estabilidade temperado pelo dever de reescrever tal enredo juspolítico e atualizar a ordem jurídica através da “[...] produção de justificativas transtemporais, inscrevendo a interpretação presente na continuidade de um discurso jurídico ininterrupto” (OST, 2005, p. 92). É a atividade performativa da jurisdição constitucional que reposiciona a identidade coletiva em sua dimensão jurídica, reafirmando experiências e procurando a concreção das expectativas sociais materializadas em normas constitucionais programáticas ou de efeito limitado. Aí repousa a condição temporal da reconstrução da identidade constitucional, pois é neste espaço que o suposto paradoxo de representação comunitário do processo constituinte se resolve.

A mencionada atualização intergeracional de enredo juspolítico cristalizado na constituição, conquanto, não fugirá às raias do *ethos* pluralista, o qual garante a um critério exequível e legítimo, através do qual a ordem constitucional organiza seu processo de reconstrução identitária. O *ethos* vincula, assim, a identidade constitucional a uma noção de mutabilidade concertada pela promessa de respeito às institucionalidades democráticas e às múltiplas formas de narrar a vida em comunidade (ipseidade). Por isso, nesta pesquisa, é compreendido o *ethos* não como princípio supraconstitucional que, por inerência à essência constitucional, restringiria deturpações indevidas, mas enquanto baliza normogenética *externa* à ordem constitucional que, por se tratar de padrão de medida universal, orienta a (re)construção da dogmática constitucional pátria.

Daí resulta que, no trajeto narrativo da identidade constitucional, a memória cristalizada na norma fundamental é mitigada por uma promessa de coesão e coerência

jurídica que repousa no *standard* normativo-axiológico definido pela ideologia dos direitos humanos. Assim, enquanto o ato de criar e materializar a memória serve ao propósito de “[...] certificar os fatos acontecidos, garantir a origem dos títulos, das regras, das pessoas e das coisas (OST, 2005,p. 49)”, organizando o mito fundacional sob um *corpus* de valores e momentos compartilhados; a refiguração dessa identidade atuaria na ressignificação do passado e contingenciamento do futuro, limitando – a partir dos padrões definidos pelo *ethos* – a materialização das expectativas dos múltiplos *selves* no esquadro político-institucional dessa comunidade.

O capítulo anterior se encerra, no entanto, com uma indagação: o que se sucede a estas estruturas narrativas e pré-narrativas da identidade constitucional na circunstância hodierna de mudança paradigmática do sistema jurídico-político mundial? Esses questionamentos exsurgem à pesquisa na medida em que é inevitável a constatação de uma imbricação entre os espaços nacionais e internacionais de produção, interpretação e aplicação da norma constitucional. Os processos de criação e reconstrução constitucional, antes atrelados às idiossincrasias do enquadramento keynesiano-westfaliano, têm contemporaneamente experimentado uma gradativa perda da dominância jurídica e política, em prol de atores não estatais, cuja legitimidade repousa menos em elementos democráticos e mais na natureza substantiva dos valores a partir do qual seu discurso jurídico é talhado.

Suplantados por redes internacionais, de onde emanam constituições parciais que digladiam com as instituições e normas nacionais pela autoridade hierárquica de decidir os caminhos da ordem jurídica doméstica, os Estados descobrem sua autoimagem cada vez mais influenciada por construções semânticas e epistêmicas originárias do “direito transnacional” (JESSUP, 1956). Resulta daí um esquadro constitucional onde noções internacionalmente delimitadas de democracia e dignidade humana se tornam o padrão jurídico da conduta juspolítica estatal. Isto é, os valores, princípios e regras universais plasmados em declarações e normas internacionais emergem como a estrutura pré-narrativa da identidade constitucional. O *external other* ganha, pois, margem de influência na (re)construção de identidade constitucional.

Este capítulo se ocupa, pois, de avaliar sobremodo as rearticulações da identidade constitucional no contexto transnacional. Nessa ocasião, a preocupação central é ponderar sobre os impactos ao sujeito constitucional, promovidos pelas conversações entre a ordem constitucional estatal e as constituições parciais próprias da ordem global – as ilhas de constitucionalidade não estatal que, à sua maneira, condensam normas e valores

altamente especializadas, definem competências decisórias e determinam critérios de sanção e interpretação jurídica. Interessa naturalmente à pesquisa, entretanto, apenas os “regimes transnacionais autocontidos” (FISHER-LESCANO; TEUBNER, 2004) centrados na apreciação jurídico-normativa dos direitos humanos e fundamentais – isto é, a dimensão transnacional alocada junto ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH).

Nessa esteira, importa sobremaneira deixar assente que o estudo do “direito transnacional” esconde duas linhas analíticas. A primeira vincula o conceito à ideia de globalização do Direito Constitucional (*e.g.* Mark Tushnet, Chris Thornhill, Anne-Marie Slaughter, Marcelo Neves), ponderando a perda da excepcionalidade do direito doméstico na legislação e adjudicação, especialmente da norma protetiva dos direitos humanos. A segunda linha analítica, por seu turno, entende o direito transnacional como um movimento de constitucionalização do Direito Internacional (Jurgen Habermas, Anne Peters, Bardo Fassbender, Pablo Holmes, por exemplo), destacando o uso da linguagem constitucional no âmbito internacional e a eclosão de “constituições parciais” à proporção em que arenas não estatais se ocupam da produção e operacionalização de uma norma fundamental própria.

A pesquisa se apropriará dessas duas perspectivas. De início, situando-se ao lado de teóricos que reconhecem a eclosão de um direito transnacional conforme a primeira linha analítica, a pesquisa se ocupa de expor a repercussão na identidade constitucional da referida perda da excepcionalidade da ordem constitucional na adjudicação da norma protetiva dos direitos humanos. Apreciar, sob este espectro, o objeto de pesquisa permitirá ao pesquisador diagnosticar, em sentido amplo, as causalidades teóricas que admitem a propositura de uma identidade transnacional. *A posteriori*, a segunda linha analítica é analisada na ambição de propor e defender a fatualidade de uma “identidade interamericana do sujeito de direitos humanos”. Isso oportunizará o contextualizar da realidade latino-americana às discussões e indagações que medram do capítulo anterior.

À vista disso, o capítulo se estrutura em três tópicos. Primeiramente é realizada uma revisão teórica dos meandros do direito transnacional e suas implicações aos direitos humanos e à normativa constitucional dos Estados. O tópico inicial pretende, assim, evidenciar o recrudescimento funcional e simbólico do Direito Internacional na afirmação dos valores democráticos e garantia dos direitos humanos, descartando *a fortiori* sua inextricável imbricação com a normativa doméstica. O tópico seguinte avalia os efeitos do processo transnacional sobre a identidade constitucional, ponderando quanto à

viabilidade teórica de pensar uma identidade jurídica para ordens jurídico-axiológicas transnacionais. O capítulo se encerra com argumentações em defesa de uma “identidade interamericana do sujeito de direitos humanos”, focando-se nas dotações de conhecimento e semântica transnacional produzidos no seio do SIDH.

3.1 Direito Internacional e processo transnacional – adequações epistêmicas no fenômeno jurídico no limiar do século XX

A necessidade de ordenar as relações sociais e jurídicas a nível global, a fim de salvaguardar a dignidade humana e evitar novas ondas totalitárias de supressão e violação de direitos fundamentais, faz erigir entre os Estados, no período entre guerras, a esperança de uma comunidade política global e um sistemas jurídico comum, integrado em volta de valores universais incontestáveis. Essas estruturas globais deveriam ser, argumenta Rafael Oslé (2010, p. 147), às vezes superpostas, mas nunca organizadas de forma soberana, sendo, pois, dispostas como uma arena pública multidimensional e não hierárquica harmonizada por valores e objetivos comuns. Definida enquanto uma “comunidade juspolítica global”, esta expectativa teve sua epigênese na necessidade indelével de estabelecer mecanismos pelos quais as autoridades legais, nacionais e internacionais, pudessem interagir eficientemente na promoção dos direitos humanos e desenvolvimento da paz.

O interstício entre o final do século XX e início do século XXI, desse modo, é palco de reiterados processos de ratificação de acordos e tratados pautados na crença de normas equipadas de uma qualidade moral independente de valores culturais, econômicos ou políticos e na criação de democracias constitucionais que preveem o controle judicial de constitucionalidade e a primazia dos direitos fundamentais (*e.g.* constituições da República da Itália, em 1946 e da Alemanha, em 1949). Neste mesmo período é criada a Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950), primeiro instrumento a estabelecer uma jurisdição supranacional, pensada para fortalecimento dos direitos humanos na Europa.

A atribuição à ordem jurídica internacional de uma legitimidade que lhes permitisse ocasionalmente contrabalancear-se em relação às instituições estatais, no entanto, fora gradativa e sujeita a contra-ataques e críticas. Nesse sentido, qualquer investigação que pretenda situar o fenômeno constitucional e as instituições democráticas no âmbito internacional precisa lidar com os questionamentos que se elevam contra os

paradigmas modernos do Direito Internacional – isto é, o reconhecimento do indivíduo como sujeito de Direito Internacional, a relativização da soberania estatal, a responsabilidade internacional dos Estados por violações a direitos humanos, a obrigação estatal de reparação de danos e adequação normativa, bem como a possibilidade de indivíduos acessarem a jurisdição internacional (QUOC DING; DAILLIER; PELLET, 2002).

Neste prisma, importa destacar que a formação deste sistema jurídico internacional capaz de condensar os valores fundantes de uma ordem global e, a partir daí, orientar o desenho institucional das nações, revisita a proposta teórica de autores que vislumbravam no Direito Internacional elementos de razão e moralidade. Autores como Immanuel Kant, Jeremy Bentham e Emmerich de Vattel situam – cada qual a seu modo – a credibilidade da garantia jurídica e obrigação internacional num substrato deontológico que legitima, a partir de uma perspectiva jusnaturalista, a norma internacional.

Kant irá advogar, por exemplo, que a paz global constitui imperativo categórico, sendo dever dos Estados a sua operacionalização. O filósofo propunha, assim, a edificação de um *foedus pacificum* – espaço político descentralizado, que encontra validade em um princípio moral de união e consentimento universal. Pautado em uma perspectiva severamente mais positivista, Emmerich de Vattel inicia a positivação da então ontológica leitura do Direito Internacional, ao entendê-lo como um instrumento para coordenação voluntária dos atores internacionais. Segundo o teórico suíço, na sociedade internacional cada Estado se reconhece como efetivamente independente, estando, no entanto, sua conduta restringida pelas leis às quais decidiram se submeter (BRANT, 2020, p. 94; KELLY, 2010, p. 394).

Jeremy Bentham, *a posteriori*, situaria a concepção de norma internacional na utilitarista lógica do princípio geral de utilidade, defendendo que a conduta estatal no plano internacional deve ser regulada de modo a garantir que todos os Estados atinjam o maior bem-estar possível, num equilíbrio harmônico de seus interesses conflitantes. A norma internacional no entendimento do teórico tratar-se-ia de produto da comunidade de Estados e, como tal, projeta em sua dimensão funcional o paroquialismo dos interesses individuais. Logo, o alcance do equilíbrio harmônico entre as múltiplas expectativas e interesses estatais dependeria da codificação de leis que equalizassem o maior número possível de temáticas em que existe dissonância por parte dos Estados. A propositura de Bentham repousava, portanto, no aperfeiçoamento dos códigos e convenções

responsáveis por criar um consenso procedural e substantivo sobre temas importantes à comunidade de Estados (JANIS, 1984, p. 412-415).

Neste intercurso evolutivo, sem embargo, o definitivo reconhecimento de uma normatividade ativa ao sistema internacional encontraria seu apogeu nos estudos capitaneados por teóricos como H. L. A. Hart (2021) e Hans Kelsen (1952, 1999). É, pois, com a doutrina normativista de Kelsen e a reformulação da noção de soberania externa levantada por Hart que o Direito Internacional começa a se equilibrar entre (a) as noções deontológicas e substantivas que visualizam uma angulação axiológica natural ao Direito Internacional e (b) os discursos positivistas, que pretendiam afirmar exigências formais mínimas para a manifestação do consentimento quanto à natureza desses “valores comuns”. O objetivo de despoluir a ideia de formação da norma internacional, removendo qualquer elemento social desta equação, embora criticável, traz, também, colaborações à noção moderna de ordem jurídica internacional (BRANT, 2020, p. 118).

Embora permeado de ideias nocivas à compreensão moderna do Direito Internacional, o pensamento de H. L. A. Hart em *O Conceito de Direito* (1961), por exemplo, ajudara substancialmente a desmontar um viés de desconfiança acerca da juridicidade do Direito Internacional, abrindo vazão para relativizações do conceito de soberania externa dos Estados. Ao questionar se a norma global pode originar obrigações, Hart (2021, p. 284-292) principia por reformular a concepção de soberania, deixando assente que a soberania externa de um Estado é determinada a partir de normas que decorrem da autoridade do Direito Internacional, não constituindo uma premissa jurídico-política absolutista, que não admite limitações.

Assim, embora conclua que o Direito Internacional se trate de um sistema primitivo pois dispõe de regras primárias (normas que determinam direitos e obrigações), mas carece de normas secundárias (normas que servem ao propósito de identificar o direito válido), Hart contribui à evolução do Direito Internacional ao atestar que a soberania estatal não pode ser entendida enquanto uma construção pré-jurídica alheia à ordem global, mas um artefato a serviço dos limites impostos pelo Direito Internacional e ao qual o Estado por ato volitivo se vincula. Desse modo, a soberania pode ser legitimamente limitada, vez que “[...] para que as palavras, faladas ou escritas, possam funcionar como promessa, acordo ou tratado em determinadas circunstâncias [...] deve existir previamente normas que determinem que o Estado estará obrigado a cumprir” (HART, 2021, p. 290).

A ordem jurídica internacional sustenta-se em obrigações autoimpostas, não

sendo acertada a recusa da ordem global sob o argumento de defesa da soberania estatal. Logo, afirmar que o Direito Internacional não é vinculante por carecer de sanções organizadas implica aceitar a teoria de que o Direito é essencialmente uma questão de ordens apoiadas em ameaças. Ignora-se, dessa forma, avalia Hart (2021, p. 281), o papel desempenhado pela ideia de obrigação e compromisso inerentes ao discurso jurídico moderno²⁸. Os Estados teriam, pois, sua independência decisória e legiferante legitimamente limitada por normas de natureza internacional às quais aderiram (tratados internacionais, com as ressalvas de reservas e cláusulas facultativas de jurisdição obrigatória). Tal obrigação, no entanto, nada tem a ver com um sistema moral, sendo sustentado apenas por obrigações formais de natureza contratual.

Essa perspectiva alimentaria a interpretação teórica que Chayes e Chayes (1995) definiriam por “uma concepção positiva de soberania” e que seria revisitada por Anne-Marie Slaughter em *A New World Order* (2004). Na esteira de Hart, tal ideia de soberania presume a capacidade do Estado de se interconectar com os demais países e órgãos internacionais, em um esforço coletivo de solucionar as controvérsias que acometem a todos igualmente. A soberania é compreendida, pois, como responsabilidade comunitária para com os valores universais cristalizados nas normas globais. Isso, no entanto, não reduz o poder estatal, mas sim o amplia na medida em que o desenvolvimento de redes de colaboração converte-se em instrumento para diluição de questões como terrorismo, crise migratória, violação de direitos humanos ou mesmo regulando crises na esfera econômica (SLAUGHTER, 2004, p. 267).

A soberania converte-se, então, na capacidade de participar e colaborar com os regimes internacionais, sem recuar no cumprimento de suas condicionalidades – isto é, a

²⁸ À distinção da ordem estatal, a norma global tem sua aplicação efetivada não apenas por sanções coercitivas, mas, à exemplo: (a) pela transformação de pleitos políticos em normas jurídicas internacionais e sua reafirmação em norma de decisão doméstica e internacional; (b) pela criação de referências normativas para uma ampla gama de tomadas de decisões estatais (e.g. o recente HC 718.525/2022, onde o STJ anula julgamento do Tribunal de Justiça do Paraná alegando violação do artigo 8.1 da CADH); (c) pela formal implementação dessa referência normativa na ordem jurídica doméstica (caso da recepção dos tratados internacionais); (d) pela fiscalização e orientação de processos de transição política ou pós-conflito (participação da ONU em processos constituintes) ou, ainda, (e) pela parcial transferência do poder de decisão e deliberação de uma elite política para um grupo específico, pois a jurisdição internacional oportuniza a ausculta de ONGs, acadêmicos e advogados de direitos humanos (abertura da jurisdição internacional para indivíduos, como se deu no caso do Sistema Europeu de Direitos Humanos). O sistema jurídico internacional moderno dispõe, pois, de formas muito particulares de garantir a eficácia da norma global, **não se restringindo** às sanções. Logo, as normas internacionais são sobremodo “[...] aplicadas por meio dos mecanismos de uma *soft law* cooperativa que está diretamente ligada às restrições operacionais dos sistemas funcionais [...] [assim] a lei se torna uma estrutura [...] flexível, capaz de se adaptar a realidades particulares diferentes e mutáveis” (HOLMES, 2011, p. 127).

aceitação de certas responsabilidades dos Estados com a paz global e os direitos humanos. A soberania seria discutida, ainda, por Hans Kelsen. Na perspectiva deste jurista a soberania não constitui mera estrutura descritiva da ordem jurídico-política estatal, mas trata-se de uma suposição feita por aquele que interpretam o fenômeno jurídico. Logo, seria ônus do intérprete do direito justificar a adopção de uma posição mais ou menos auspíciosa ao Direito Internacional, pois a opção das institucionalidades em reconhecer, à exemplo, a primazia hierárquica do direito doméstico detém implicações fáticas, nocivas ao êxito da norma internacional protetiva dos direitos humanos e fundamentais. Portanto, no sistema jurídico internacional os Estados singulares conservam

[...] a sua competência fundamental para normar tudo; no entanto, apenas mantém essa competência na medida em que o Direito Internacional não se aposse de uma matéria e, assim, a subtraia a uma livre regulamentação por parte da ordem jurídica estadual. Esta, se se pressupõe o Direito Internacional como ordem jurídica supra estadual, já não tem competência soberana. Mas tem, no entanto, uma pretensão à totalidade, somente limitada pelo Direito Internacional. Visto dessa posição, ele [o Estado] é uma ordem jurídica parcial, imediata em face do Direito Internacional, relativamente centralizada, com um domínio de validade territorial e temporal jurídico-internacionalmente limitado e, relativamente à esfera de validade material, com uma pretensão à totalidade apenas limitada pela reserva do Direito Internacional (KELSEN, 1999, p. 238).

A partir da perspectiva kelseana, portanto, a compressão da soberania estatal existe no contexto de uma arena internacional onde “[...] no seu interior o Estado é supremo e, para o exterior, ele é independente e igual aos demais [...]” Então todos os Estados estão em relação de coordenação e, assim, compreendidos numa ordem superior que delimita o domínio de cada um” (MACEDO; PONTES, 2015, p. 341). Isso, no entanto, não serve à relação dos Estados com a norma internacional, pois, no entendimento do jurista, existe uma necessária subordinação estatal ao Direito Internacional, vez que a normativa global é a única fonte jurídica capaz de determinar o conteúdo da *grundnorm* que estrutura a ordem jurídico-constitucional. É, pois, o Direito Internacional que determina a base axiológica de validade do Direito doméstico e o *standard juspolítico* a ser seguido pelo Estado.

Para Kelsen, por quanto, a obrigação que sustenta a legitimidade do Direito Internacional é imperativa, pois a relação *self* constitucional/*external other* é de subordinação. A norma internacional é vista como superior ao direito doméstico, de modo que a não vinculação ao *standard* internacional legitima sanções. Avançando nas investigações jusfilosóficas acerca do Direito Internacional, o jurista austríaco consolida

uma base teórica consistente auspíciosa à legitimidade jurídica da norma global, atrelando a legitima existência e coerência normogenética da ordem estatal à vinculação ao Direito Internacional. A métrica analítica de Kelsen é, pois, profícua ao reconhecimento da normativa internacional como instrumento de proteção dos direitos humanos e de desenvolvimento da paz. Dirá, então, Kelsen (2011):

Um Estado existe aos olhos do direito internacional quando um poder independente se estabelece sobre os habitantes de um determinado território; em outras palavras, quando uma ordem de coerção (*Zwangsordnung*) subordinada a uma única ordem jurídica internacional se aplica de fato num determinado domínio [...] O que está assim definido não é somente a existência internacional ou jurídica do Estado; é ainda - do ponto de vista da primazia do direito internacional – o Estado em geral, isto é, a premissa fundamental que está na base do sistema do direito interno em sua totalidade. [...] Com a primazia do direito internacional, não é mais a norma fundamental da ordem estatal que fundamenta a unidade do sistema de direito, mas - por assim dizer, subindo um grau - a norma fundamental do direito internacional (KELSEN, 2011, p. 74).

Como apontam Macedo e Pontes (2015, p. 345), a lógica kelseana imagina uma ordem jurídica estatal centralizada, mas não absoluta, na medida em que sujeita fundamentalmente ao Direito Internacional – vinculada necessariamente à promessa de cumprimento das obrigações firmadas em tratados e convenções internacionais. Nas palavras do próprio Kelsen, a definição do Estado pelo Direito Internacional determina não só o momento de seu nascimento, mas também de seu fim. Ou seja, a ideia de direito que sustenta o Estado não poderá subsistir sem uma identificação com a ordem jurídica internacional (KELSEN, 2011, p. 75-76). O Estado, nessa perspectiva, não pode ser definido sem referência ao Direito Internacional, pois a ordem jurídica estatal é parcial e limitada materialmente pelas reservas levantadas pela ordem global.

Peca a teoria kelseana, no entanto, ao não justificar adequadamente porque “somente a ordem jurídica internacional, e não qualquer ordem jurídica estadual é soberana” (KELSEN, 1999, p. 377). Isso se dá, pois ao interpretar o Direito Internacional a partir da sua lógica positivista – de eliminação da dimensão substantiva da justiça e de considerações de moralidade ou ética – criam-se pré-condições cognitivas para a existência autônoma da norma global. Contudo, essa postura teórica é dificultada no âmbito internacional, onde, ao contrário do Estado constitucional, muitas das normas têm natureza consuetudinária. Não bastasse, a natureza epigênica do Direito Internacional moderno – ou seja, reação jurídica aos desafios e atrocidades cometidas durante a I e II Guerra Mundial – mantém-no atrelado ao direito natural e a valores metafísicos. Não há,

pois, como se considerar o surgimento de um sistema jurídico internacional sem a consideração de sua dimensão axiológica (VON BERNSTORFF, 2010, p. 48).

Na contramão do pensamento kelseano, doutro lado, coloca-se Heinrich Triepel (1996) erigindo uma noção dualista do Direito Internacional. Argumentava o teórico que, como o Direito Internacional nasce da vontade combinada dos Estados, ele constituiria um ordenamento jurídico alheio ao direito doméstico. Direito Internacional e direito estatal seriam, portanto, esferas jurídicas independentes. Por isso, na avaliação do teórico, somente pela recepção da norma global poderá a cognição jurídica internacional vigorar dentro do esquadro constitucional. Daí que, “[...] para desempenhar sua tarefa o Direito Internacional é continuamente obrigado a recorrer ao direito interno. Sem este, aquele a diversos respeitos, é inteiramente impotente” (TRIEPEL, 1996, p. 46).

A despeito de suas divergências, as perspectivas normativas abstraídas do pensamento de Hart, Kelsen e Triepel validam o Direito Internacional como um definitivo sistema global portador do substrato jurídico-normativo que cria compromissos e obrigações de desenvolvimento de normas e instituições coerentes com a ideologia dos direitos humanos e a expectativa de paz mundial. Aumenta-se, então, a complexidade cognitiva e os custos de transação aos quais o direito estatal precisa contornar para ser tido como justo. Em termos práticos, pelo Direito Internacional forma-se uma segunda dimensão de legitimação à ordem jurídica estatal, seja pela primazia da norma global na determinação do conteúdo que estrutura a ordem jurídico doméstica (Hans Kelsen), seja pela influência mediada da norma internacional no ordenamento estatal (Karl Heinrich Triepel).

Cada um dos teóricos adensa à noção moderna da ordem jurídica internacional, evidenciando suas particularidades, possibilidades e obstáculos, bem como sublinhando as consequências práticas das distintas formas de compreender a relação da lei municipal com a norma global. Assim, teóricos com Tripel, Hart e Kelsen, anexando à perspectiva deontológica do Direito Internacional compreensões que validam a norma global a partir de uma compreensão jurídico-formal, consolidam a ordem global como a conjunta atuação de Estados internamente soberanos e externamente vinculados. Ao introduzir essas concepções no escopo teórico de investigação do Direito, vagarosamente agrega-se elementos adicionais de complexidade à noção de “direito transnacional”, dificultando leituras que pensem o direito doméstico ao alvedrio da atuação legiferante e judicante dos organismos que compõem a ordem jurídica internacional.

Do idealista *foedus pacificum* kantiano ao utilitarismo benthaniano, cada

perspectiva analítica citada constitui uma engrenagem auspíciosa à futura noção de “direito transnacional”. Nem toda construção doutrinária, no entanto, posta-se como uma auspíciosa colaboração à consolidação da ordem jurídica internacional moderna. Por vezes, a dogmática jurídica focada na ordem internacional organiza perspectivas críticas à juridicidade do Direito Internacional ou à legitimidade da norma global para garantir a coesão juspolítica que os direitos humanos solicitam. É nessa esteira de pensamento que Friedrich Hegel (2010) vai apontar uma diminuta força normativa do sistema internacional, argumentando ser o princípio que deflui da justiça dos tratados resultado de uma relação contratual entre Estados e não um sentimento universal de natureza filantrópica.

Dessa forma, Hegel remove da norma global qualquer capacidade de implicar uma sujeição ou sanção aos Estados, de coordenar e balizar as institucionalidades estatais ou de definir *per si* padrões axiológicos de orientação e condicionamento das ordens jurídicas estatais. Assim, chama atenção para um importante elemento constitutivo do sistema jurídico internacional moderno: o papel fundamental das ideias, identidades coletivas e interesses estatais no êxito da norma jurídica internacional. Adiantando considerações que seriam levantadas no final do século XX, o filósofo avalia que, como no âmbito internacional os Estados interagem e estão abertos a influências estranhas ao formalismo da norma, elementos como poder político e interesses coletivos impactam substancialmente a eficácia da norma global.

Segundo o filósofo alemão a normativa internacional estaria naturalmente sujeita à mutabilidade ofertada pelos interesses, paixões e finalidades estatais. O propósito de promoção e manutenção da paz mediante mecanismos jurídicos de harmonização da comunidade internacional encontra, desta forma, viabilidade prática somente quando há disposição dos Estados em se vincularem ao sistema internacional e, *a posteriori*, adequarem-se aos fundamentos firmados pela ordem jurídica global. Daí sucede que a “finalidade das relações de cada Estado com os outros, bem como o princípio da justiça das guerras e dos tratados, não é, portanto, um pensamento universal (filantrópico), mas a realidade do bem-estar ameaçado em sua definida particularidade [...]” (HEGEL, 2010, p. 305).²⁹

²⁹ Embora o positivismo voluntarista de Hegel seja inadequado à compreensão do sistema jurídico internacional moderno, tal leitura encontra fortes paralelos com as noções construtivista e realista das Relações Internacionais e com a abordagem da *New Haven School of International Law*, estimulando considerações mais complexas acerca da influência das contingências políticas sobre a eficácia da norma

Esta perspectiva pragmática sobre Direito Internacional, abstraída do pensamento hegeliano, se recrudesce especialmente no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois esse estrato dogmático é definido por um ordenamento particularmente carente de força cogente, de modo que por vezes a norma global protetiva dos direitos humanos subsume-se à coincidência de interesses entre os atores internacionais e estatais. Resulta daí uma baixa aplicabilidade e eficácia da norma, pois os Estados que violam os direitos humanos podem ratificar tratados internacionais sem medo de consequências severas na hipótese de descumprimento, avaliam Eric Posner e Jack Goldsmith (2005, p. 120). Repisa-se, desse modo, a ponderação kelseana quanto à funcionalidade prática da reflexão acerca da soberania estatal e de qual ordem jurídica ocupa primazia hierárquica ou sócio-ontológica na relação *self constitucional/external other*.

Conforme citado anteriormente, na avaliação de Hans Kelsen (1952) a resolução do aparente conflito normativo entre direito doméstico e internacional – ou, em outras palavras, a procura pela resposta ao questionamento se o estado nacional é ou não absolutamente soberano – “[...] não é uma afirmação sobre um fato; é uma suposição feita por quem interpreta os fenômenos jurídicos” (KELSEN, 1952, p. 441). Isto é, mesmo a decisão de identificar o direito doméstico a uma propensão monista ou dualista, estatocêntrica ou internacionalizada, trespassa interesses de atores sociais relevantes. Logo, não há nenhuma agência de execução que possa garantir a observância da norma global protetiva dos direitos humanos, de modo que no sistema internacional “[...] a aplicação da lei depende do poder não de um governo central, mas dos participantes individuais na disputa legal” (MORGENTHAU, 1974, p. 333).

O reconhecimento de autoridades internacionais e a afirmação de obrigações contra os Estados no contexto internacional não implicou em uma absoluta transferência do poder de tomada de decisões, de modo que as expectativas normativas da sociedade global não têm sozinhas força de fundamentação jurídica, exigindo-se a institucionalização que assegure essas expectativas no plano doméstico (BEDERMAN, 2008, p. 180). A dialética *self constitucional/external other* é, destarte, premida por escolhas político-ideológicas que partem do intérprete do fenômeno jurídico, sendo qualquer convívio construtivo entre ordens jurídicas doméstica e internacional diminuída, pois é o egoístico interesse estatal quem norteia a concreção das expectativas normativas

global e, por consequência, da relação *self constitucional/external other*. Sobre o paralelo entre o pensamento hegeliano e a corrente Realista das Relações Internacionais, Cf. LEVIN; MACKAY, 2015; GKOUTZIOULIS, 2020. Em contrário senso, Cf. BROOKS, 2007.

de proporção global. Com isto não se quer afirmar, no entanto, a invalidade da norma global, mas reforçar que seu *enforcement* não escapa às influências da narrativa política estatal.

Um projeto de supervalorização dos direitos humanos e de desenvolvimento da paz na sociedade mundial precisa, desse modo, ser acompanhado do fortalecimento das estruturas democráticas estatais, pois os Estados ainda são atores centrais do sistema internacional, tendo seus interesses e as implicações políticas e institucionais das identidades coletivas reflexos diretos na eficácia da normativa internacional. Por isso as visões clássicas como a de Kelsen (monismo) ou Triepel (dualismo) são insuficientes para uma análise aprofundada, preocupada com a dimensão sociojurídica, da relação *self* constitucional/*external other* – especialmente porque a vinculação estatal a uma ou outra forma de incorporação da norma global é, em última análise, uma escolha política premida por variáveis jurídicas e políticas (JACKSON, 1992, p. 315-319; KELSEN, 1952, p. 441).

A ampla influência dos interesses estatais na eficácia da norma global, conquanto, não tem obstado a comunidade internacional de criar e sustentar compromissos credíveis para a cooperação pacífica, firmando algum consenso quanto à natureza substancial da normal global. Nesse sentido, o reconhecimento de normas protetivas de direitos humanos e da proibição de atos como genocídio, escravidão, tortura e formas variadas de discriminação encontram pouco contrassenso e são assumidas internacionalmente com relativa homogeneidade pelos Estados democráticos. O sistema jurídico internacional, desse modo, tem conseguido apresentar aos Estados uma identidade negativa coerente, detalhando o que se pode chamar de um “*non-self* constitucional”, um escopo de expressões discursivas e práticas institucionais que precisam ser evitadas e excluídas do esquadro constitucional pátrio (NEVES, 2018b, p. 255; ROSENFELD, 2010, p. 254).

Partindo deste consenso jurídico mínimo (*e.g.* convenções regionais, jurisprudência de tribunais regionais como CtEDH e CtIDH, posicionamentos do TPI ou CIJ e recomendações da ONU) o *ethos* pluralista progressivamente se converte em realidade. Em função, contudo, de inevitáveis controvérsias interpretativas quanto aos valores universais da comunidade internacional e de pontuais contrassensos de Estados na vinculação às estruturas internacionais de afirmação dos direitos humanos, é adequado que esse *ethos* seja pensado nos moldes das normas de *jus cogens* – ou seja, enquanto construções jurídico-axiológicas aceitas e reconhecidas como normas da qual nenhuma derrogação é permitida, na medida em que a *opinio iuris* comprehende-as como valores

mínimos necessários à manutenção da paz e afirmação expansiva da dignidade humana (FINKELSTEIN, 2013, p. 198).

O *jus cogens* trata-se, no entanto, de uma categoria aberta, estando suscetível a ser complementada tanto por construções argumentativas de atores internacionais, quanto estatais. Assim, não restritos a conteúdo específicos, estes valores fundamentais mínimos são materialmente expansivos e podem ser contextualizados, considerando particularismos de injustiças regionais e locais, anota Cançado Trindade (2010, p. 295). Assim, a medida em que a comunidade política evolui e as arenas internacionais de decisão lidam com tipos inéditos de violação aos direitos humanos, novos temas são reconhecidos como “ilegalidades objetivas” – como, por exemplo, a má gestão da saúde pública em contextos pandêmicos – expandindo-se o escopo normativo-axiológico do *ethos* pluralista.³⁰

Resulta daí que a filosofia dos direitos humanos materializada em normas reconhecidas unanimemente como peremptórias, obrigatórias e inderrogáveis – e, por isso, tomadas como consenso mínimo que guia a comunidade internacional – precisa albergar não apenas a proibição da tortura, desaparição forçada ou escravidão, mas alcançar também o respeito aos princípios protetivos de refugiados e apátridas, o estímulo de políticas públicas voltadas para grupos em situação de vulnerabilidade, o comprometimento com a construção de instituições formais balizadas na equânime distribuição de direitos e garantias judiciais efetivos (*e.g.* direito ao juiz natural, direito à assistência técnica e direito a um julgamento justo) ou, ainda, o compromisso de responsabilização penal por graves violações aos direitos humanos e fundamentais.

Dessa forma, um consenso mínimo sobre valores e direitos entronados em tratados internacionais e recrudescidos no discurso jurídico de cortes e tribunais internacionais, consolida uma norma intrínseca à existência da comunidade global, na medida em que representa a proteção de valores tão fundamentais ao sistema jurídico internacional que o interesse dos Estados não estaria habilitado a se contrapor (JANIS, 1988, p. 359). Não se pode, destarte, negar a existência e expansão de uma cultura global relacionada à convergência para uma concepção comum de justiça global, mediada pelo aprimoramento de princípios e normas fundamentais (como as normas de *jus cogens*) e da formação de mecanismos que permitam sua operacionalização, como tribunais internacionais e fóruns de deliberação.

³⁰ Sobre a recente consideração de má gestão da saúde pública como crime contra a humanidade Cf. MCKEE, Martin *et al.*, 2021; VENTURA; MOISES-PERRONE, 2021.

Daí resulta que os fundamentos do Direito Internacional moderno pressupõem um consenso sobre a necessidade de segurança jurídica para a consecução dos objetivos e proteção dos valores compartilhados pela sociedade internacional. Respeita-se o aspecto político do cenário internacional – representado sobretudo pela soberania estatal interna e temperada *a fortiori* pela noção de consenso e vinculação autoimposta – mas, ao mesmo tempo, destaca-se o aspecto axiológico da norma global, na medida em que baliza a ordem internacional em valores compartilhados e objetivos comuns, buscando efetuar um resgate da unidade ética do Direito Internacional, predisposta sobremodo no pensamento kantiano e nas esperanças de unidade internacional imaginadas por Jeremy Bentham e Emmerich de Vattel. Não se descura, sem embargo, da dimensão formal-positivista levantada em especial por Hans Kelsen ou das críticas voluntaristas principiadas em Hegel.

É acertado afirmar, portanto, que o sistema jurídico internacional moderno dispõe de um substrato jurídico-axiológico mínimo predisposto no consenso internacional quanto às normas protetivas dos direitos humanos. Essas normas pretendem ter efeito desencorajador e dissuasivo de posturas consensualmente reconhecidas como antagônicas ao desenvolvimento da paz e da vida digna. Esse consenso tem se materializado em princípios, normas, instituições e decisões ou recomendações jurídicas que contribuem não apenas para o recrudescimento da norma global, como para o seu constante aprimoramento, resolvendo eventuais conflitos a partir de uma interpretação evolutiva e ampliativa do *ethos* pluralista. Essa normativa internacional, conquanto, não se afasta de um processo *estatal* de tomada de decisão, o qual não consiste apenas na aplicação destas regras, sendo moldada também por considerações sociais e políticas, próprias da identidade jurídico-política do Estado ou do interesse de elites dominantes (BULL, 2012, p. 123).

Assim, interesses e finalidades estatais precisam ser vistas menos como limitações irreconciliáveis ao *enforcement* da norma global e mais como naturais estruturas de dominação que, uma vez percebidas, precisam ser sistematizadas e superadas através do estabelecimento de estruturas apropriadamente robustas que possam conter tais assimetrias de poder e produzir formas básicas de justiça. Está a imaginar, pois, uma “justiça transnacional mínima” que estabeleça uma estrutura global de legitimação jurídico-institucional balizadas em padrões sociojurídicos mínimos. Assim, qualquer tentativa estatal de, escapando à coerência jurídico-axiológica prefigurada nas normas globais (sobremodo as normas de *jus cogens*), alcançar interesses individuais é

reconhecida como ilegítima ou injustificada. (FORST, 2007, p. 264; FORST, 2017, p. 171).

O que se coloca, desse modo, é a necessidade de compreender que a ideologia política é inerente ao cenário internacional. Isso não transforma a norma global, muito embora, em uma expressão jurídica insignificante, pondera Malanczuk (1997, p. 6). Pelo contrário, o que se sobressai é o entendimento que o recrudescimento do consenso sobre os direitos humanos e dos compromissos de paz tornou-se mais necessário, não se perfazendo em absoluto sem a participação ativa da arena estatal. Daí a importância do movimento de imbricação entre norma constitucional e norma global, pois na ordem jurídica internacional contemporânea a natureza isomórfica das controvérsias que envolvem os direitos humanos solicita a disposição estatal para o aprendizado recíproco entre as ordens locais, internacionais e extraestatais – ou seja, a ordem jurídica internacional pleiteia a eclosão de um direito transnacional (DUPUY, 2007, p. 2).

Retoma-se, dessa forma, o termo cunhado por Philip Jessup (1956) para prefigurar uma transcendência analítica da arena jurídica internacional. Argumenta-se, assim, que a norma global deve: (a) regular as estruturas da comunidade internacional e seus procedimentos de tomada de decisão, (b) garantir a proteção dos direitos humanos, as liberdades e direitos sociais, políticos e econômicos, (c) definir as regras legais que regem relações econômicas, (e) bem como solver os conflitos normativos. O direito internacional deixa de ser visto como um sistema de regras para governar as relações mútuas entre os Estados; ele agora regularia a organização de uma comunidade mundial construída com base em Estados, que gradualmente entregaria suas jurisdições a um complexo de instituições e órgãos, regionais e internacionais, que protegem direitos individuais e coletivos (OSLÉ, 2010, p. 40).

Nesta aquisição evolutiva da norma global, mesmo as dimensões substantivas e procedural do constitucionalismo estatal – ou seja, as garantias de direitos e obrigações a ela associados e a legislação e interpretação de normas protetivas destes direitos – não ficam restritas à atuação isolada dos Estados, convertendo-se em uma empreitada conjunta de agentes nacionais, supranacionais e internacionais. O que se observa, portanto, revisitando o pensamento de Paulo Otero (2010), é uma transfiguração da dimensão axiológica da identidade constitucional dada a “progressiva erosão que o domínio reservado dos Estados [...] tem sofrido nas últimas décadas, desenvolvendo novos setores de um *jus cogens* limitativo da [sua] soberania [...]” (OTERO, 2010, p. 219). No direito transnacional, portanto, a norma global faz alusão a toda lei que,

substantiva ou processualmente, regula ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais (JESSUP, 1956, p. 46).

Essa imbricação da ordem jurídica pátria com o Direito Internacional contextualiza a identidade constitucional a um enquadramento político e jurídico extrsistêmico, onde o discurso jurídico prolatado por tribunais internacionais e a norma jurídica entronada em tratados e convenções são integralizadas ao *design* constitucional, orientando materialmente decisões jurídicas dos Estados. Fragiliza-se, ainda que parcialmente, a lógica kelseana, vez que no sistema transnacional a relação *self* constitucional/*external other* se coloca como um acoplamento regulado, sem pretensão de sobreposição hierárquica. Qualquer ambição de seleção de uma *grundnorm* é, pois, frustrada por uma estrutura não uniforme, disposta em variadas esferas epistêmicas autocontidas e especializadas – isto é, restritas a campos técnicos próprios (*e.g.* economia, direito do trabalho, meio ambiente, esporte ou direito do mar).

Argumentos em favor deste progressivo acoplamento entre a ordem constitucional e o discurso jurídico internacional começa a se fazer notar a contar de 1989, momento histórico de recrudescimento dos valores democráticos, fim da Guerra Fria, fortalecimento da simbiose histórica entre capitalismo e democracia e de sutil desincorporação dos espaços sociais e políticos de contextos locais para contextos globais de interação (VÁRADY, 2010; NYE JR; KEOHANE, 2012). O direito transnacional trata-se, assim – anotam Carreau e Bichara (2015, p. 20) – do desenho ontológico e estrutural do sistema jurídico internacional no século XXI, onde novos atores dividem o poder de decisão com os Estados e a construção de uma norma (jurídica ou de decisão) solicita a imbricação dos signos constitucionais aos significados que conformam a norma global e o discurso dos direitos humanos.

Não há, conquanto, fragmentação do sistema jurídico internacional, pois ambas as entrâncias estão subvencionadas dos valores metafísicos inerentes ao *ethos* pluralista. Isto é, o direito transnacional alberga uma racionalidade de justiça global que regula as relações entre Estados, indivíduos, organizações não governamentais, agentes internacionais e empresas transnacionais a partir de uma unidade axiológica. O sistema jurídico transnacional não se organiza com uma ordem de valores, mas como um sistema multidimensional que tem por caminho de construção e reconstrução jurídico-normativo sempre o meio de comunicação definido pelos direitos humanos e fundamentais. O *ethos* pluralista constitui-se, desse modo, como o meio social de poder e legitimação que

concede validade aos discursos e decisões promulgadas nos novos espaços globais de deliberação, legislação e adjudicação (TEUBNER, 2020, p. 239 ss.).

Atribuir, na sociedade transnacional, contrafactualmente um núcleo de validade comum “[...] possibilita que seja cultivada, em diferentes contextos dos regimes, uma referência sobre fórmulas de bem-estar social – de acordo com suas diferenças” (TEUBNER, 2020, p. 299). A uniformização do direito transnacional pela necessária vinculação dos muitos “regimes transnacionais autocontidos” (FISHER-LESCANO; TEUBNER, 2004) a um *ethos* valorativo que se cristaliza na filosofia dos direitos humanos, garante a coerência desta ordem jurídica multidimensional pela referência indispensável a um *ius non dispositivum* global. Assim, no direito transnacional “[...] a estrutura da comunidade internacional assume um papel, não como estrutura social institucionalizada (como a União Europeia), mas sim como ‘identidade narrativa’, como ‘comunidade imaginária’, que é gerada nas ordens parciais [...]” (TEUBNER, 2020, p. 298) – tematiza-se uma “unidade sociojurídica”, mas a nível simbólico e linguístico, sobremodo.

Logo, o centro epistêmico da sociedade transnacional é diretamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual impõe as principais restrições e limites universais à legislação dos níveis nacionais e supranacionais (THORNHILL, 2012, p. 395). Dessa forma, a normativa centrada nos direitos humanos ocupa uma função de barreira negativa da comunicação social ou – se utilizada a gramática ricoeriana – de estrutura pré-narrativa que orienta os processos de reconstrução da narrativa juspolítica estatal. O *self* constitucional visualiza, então, limitações materiais e intervenções reguladoras que medram da norma de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos ou do discurso de tribunais regionais. No direito transnacional, os direitos fundamentais se definem como instituições sociais e jurídicas relativas às tendências expansionistas do sistema social (TEUBNER, 2020, p. 272).

À vista disso, Wen-Chen Chang (2019, p. 455) recorda como o constitucionalismo democrático que se desenvolve a contar de 1989 inclui uma forte dimensão transnacional, na qual os tribunais constitucionais têm a palavra final na formulação de políticas e modulação normativa, sendo orientados, no entanto, não apenas pelo controle de constitucionalidade, mas também por uma vinculação substantiva aos padrões internacionais de conduta. Em outras palavras, o *ethos* pluralista nasce no seio dos tribunais e fóruns internacionais, mas é operacionalizada pelas cortes constitucionais, agora reconhecidos como atores transnacionais fundamentais aos êxitos da promoção e

proteção dos direitos humanos e da constante renovação da norma constitucional. Harold Koh (1996, p. 186) fala, assim, em um *processo transnacional*, movimento jurídico-político em que a atuação judicante de agentes estatais e internacionais interagem repetidamente na consecução de um objetivo comum.

Gregory Shaffer (2012, p. 234) aduz que o processo transnacional não pode ser lido como mero conceito doutrinário, pois dispõe de natureza funcional sociojurídico e metodológico, podendo ser usado para avaliar como ocorre a mudança legal no âmbito global. O processo transnacional fornece, então, um meio ou ferramenta para avaliar as mudanças e transformações jurídicas ocorridas nos Estados e induzidas internacionalmente. Pelo processo cria-se entre os Estados uma habitualidade de referência ao discurso jurídico internacional, gerando novas interpretações da norma constitucional dada a internalização da normativa internacional, seja a partir de sua aplicação em decisões judiciais ou a sua aderência ao *corpus* constitucional.

Tem-se, desse modo, a produção e interpretação de normas jurídicas como uma atividade compartilhada. A atuação de legisladores e intérpretes constitucionais é tomada tanto pelos tribunais nacionais, quanto pelos tribunais internacionais. Surge, assim, 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 (THORNHILL, 2012, p. 397). Essa movimentação operacional é interpretada por Harold Koh (2006) como um “*download* da norma internacional”³¹ pelo direito doméstico, de maneira que

à medida que os atores transnacionais interagem, eles criam padrões de comportamento que amadurecem as instituições, regimes de redes transnacionais. Suas interações geram tanto normas gerais de conduta externa quanto interpretações específicas dessas normas em circunstâncias particulares, que, por sua vez, internalizam em suas estruturas jurídicas e políticas domésticas por meio da ação executiva, legislativa e de decisão judicial. As ideologias legais prevalecem entre os agentes estatais que julgam e fazem com que sejam afetados pela

³¹ Na avaliação de Koh “[...] a melhor definição operacional de direito transnacional, utilizando-se a imagem da era do computador, é uma lei que é "baixada" do direito internacional para o direito interno: por exemplo, um conceito de direito internacional que é domesticado ou internalizado no direito municipal, como a norma internacional de direitos humanos contra o desaparecimento, agora reconhecida como direito interno na maioria dos sistemas municipais” (KOH, 2006, p. 746). Embora o teórico não argumente nesse sentido, importa observar que essa internalização, no entanto, não se daria nos moldes imaginados pelo dualismo de Triepel, nem pelo monismo kelseano, mas enquanto uma recepção regulada, não acrítica e interessada em fazer coexistir a norma global internalizada e a essencialidade da norma constitucional. Não há recepção da norma internacional, mas acoplamento entre esta e a norma constitucional. Isso ficará mais explícito adiante na pesquisa, quando se expor a ideia do transconstitucionalismo, de Marcelo Neves (2018b).

percepção de que suas ações são vistas como ilegais. A tomada de decisões domésticas torna-se emaranhada com as normas jurídicas internacionais à medida que os arranjos institucionais para a criação e manutenção de um compromisso internacional ficam enraizados nos processos jurídicos e políticos domésticos (KOH, 1997, p. 2654).

A vinculação da ordem jurídica pátria ao processo transnacional, desse modo, não significa apenas a ratificação e recepção de tratados ou a adequação normativa ao *standard* internacional de proteção dos direitos humanos. Por certo, a transnacionalização tem demandado dos Estados, ainda, a consolidação de um regime democrático onde os direitos humanos e as garantias constitucionais estejam em observância ativa. Isto é, espera-se que as institucionalidades estejam dispostas à inclusão progressiva da alteridade no espectro constitucional, consolidando a ordem jurídica sob o pátio do pluralismo e da igualdade material. Mesmo a jurisdição constitucional precisa ser repensada a partir dos padrões de conduta que organizam a ordem jurídica transnacional.

A diagnose de um processo transnacional desvela, com efeito, um invariável rearranjo do desenho constitucional e da prática institucional estatal. A despeito de qualquer obstrução que possa ser promovida por interesses e paixões egoísticas dos atores domésticos, o direito transnacional induz mudanças nos quadros normativos estatais, na medida em que o incorpora em novos mecanismos de prestação de contas (*accountability*) e padrões interpretativos. A título de resumo, pode-se, portanto, sistematizar as inevitáveis implicações constitucionais do direito transnacional em: (a) fortalecimento dos cortes constitucionais, com ampliação da revisão judicial; (b) integralização da norma global ao texto e discurso constitucional e (c) afastamento de práticas hermenêuticas vinculadas a proposituras hierarquizantes da relação *self* constitucional/*external other*.

Importa gizar, pois, que o direito transnacional solicita a readequação institucional e axiológica dos Estados democráticos. No que concerne à variável do fortalecimento dos cortes constitucionais, portanto, o que se observa é um recrudescimento da revisão judicial e da interpretação expansiva da norma constitucional, na expectativa de manter a nível crescente a ampliação material de direitos, bem como o reconhecimento e materialização de novos direitos na norma constitucional. Assim, sintetiza Chris Thornhill (2021):

Esse entendimento [...] não implica necessariamente a existência de uma ordem constitucional supranacional totalmente vinculante, a qual as constituições nacionais estarão totalmente subordinadas [...], porém, implica que os processos fundamentais de formação do sujeito nas sociedades nacionais sejam profundamente definidos por modelos normativos transnacionais. Tantos processos normativos quantos

processos funcionais mais de integração exigidos pela democracia nacional são reforçados quando baseados em normas constitucionais globais [...] esse modelo constitucional global baseia-se, não numa condição real de cidadania, mas na construção de uma figura de cidadão capaz de equilibrar a profunda trajetória de integração da sociedade rumo à formação do estado soberano de sua trajetória rumo à individualização jurídica (THORNHILL, 2021, p. 287).

Em pesquisa centrada na sistematização das tendências ideológicas e estruturais do constitucionalismo no contexto transnacional, Law e Versteeg (2011, p. 1194-1202) identificam que, entre 1946 e 2006 constatou-se um crescimento gradativo da institucionalização da revisão judicial. A pesquisa mostra, a exemplo, que no final do século XX aproximadamente 60% do espaço amostral de constituições investigadas pelos pesquisadores possuíam previsão normativa de revisão judicial, ao passo que em 2006 essa proporção aumentou para 82%. Os pesquisadores diagnosticaram, ainda, que neste mesmo interim é percebido um crescimento percentual de direitos constitucionalizados. Se em 1986 77% das constituições observadas previam direitos específicos à população feminina, em 2006 essa porcentagem era de 91%. Outrossim, o direito de acesso a tribunais estava presente em 64% das constituições, enquanto 86% previam o mesmo direito em 2006. A proibição da tortura passou a compor 84% dos textos constitucionais, contra 56% em 1986.

A previsão constitucional de ações afirmativas para grupos em situação de vulnerabilidade, por fim, antes presente em apenas 8% das constituições, alcançou 25% dos casos investigados. Esse comprometimento das democracias modernas com o fortalecimento dos direitos fundamentais e dos tribunais constitucionais resulta da preocupação dos atores estatais em conceder estabilidade e confiança às institucionalidades democráticas. O que se observa, portanto, é o aumento da normatização de liberdades positivas e negativas e de direitos de titularidade coletiva, de modo que a constitucionalização de determinados direitos fundamentais (liberdade de expressão, direito de associação, igualdade de gênero, direito ao voto e direito a um julgamento justo, por exemplo) ganham certa estabilidade, compondo um *ethos* jurídico comum às constituições liberais.

O que a doutrina convencionou chamar por “constitucionalismo transnacional” (ZUMBANSEN, 2012; TEIXEIRA, 2016), desse modo, identifica-se por um engajamento do fenômeno constitucional com o *standard* jurídico-axiológico cristalizado na norma global de proteção aos direitos humanos. A base deontológica e o princípio moral de união que sustenta a ordem jurídica internacional acaba se traduzindo no texto

e discurso constitucional moderno. É característico deste contexto, ainda, práticas globais de constitucionalização das ordens estatais, ou seja, a função do Estado constitucional e seus expedientes de tutela interna dos direitos fundamentais acabam passando por uma refundação filosófico-política, agora fortemente imbuída de uma teleologia social preocupada com a ampliação dos direitos individuais e com o recrudescimento de direitos difusos, homogêneos e transindividuais, os quais encontram sua (re)delimitação material na atuação legiferante e judicante dos atores transnacionais não estatais,

Logo, no constitucionalismo transnacional a perda progressiva da soberania externa dos Estados leva à descentralização do poder de concessão, afirmação e significação de direitos individuais e coletivos.³² Caberia, então, aos Estados no âmbito transnacional: (a) promover a tutela dos direitos individuais e sociais conforme os padrões substantivos mínimos da ordem internacional; (b) colaborar com o desenvolvimento regional do discurso jurídico Internacional conjuntamente com demais Estados que possuam interesses semelhantes e (c) instrumentalizar a aplicação e efetivação do discurso jurídico internacional direcionado aos direitos humanos.

Ao *self* constitucional exsurge, pois, uma “promessa transnacional” relacionada à salvaguarda das instituições democráticas e, por extensão, constante promoção, proteção e garantia dos direitos humanos. Cumprir a promessa transnacional é, portanto, colaborar na consolidação de um modelo de sistema político-jurídico internacional dotado de espaços públicos de cooperação institucionalmente internalizados, onde os agentes estejam vinculados regionalmente na expectativa de desfazer crises internacionais (TEIXEIRA, 2016, p. 160-163). Descumpri-la, doutro lado, significa fugir ao compromisso de manutenção da paz global e de consolidação de instituições democráticas igualitárias. Significa, em última análise, não se inserir no processo transnacional e, portanto, não se comprometer com – ou violar frontalmente – a dimensão valorativa da norma global.

³² Mark Tushnet (2019) discorda desta concepção e a entend como idealista. Na perspectiva do teórico a globalização do direito constitucional, na medida em que se posta enquanto um projeto neoliberal, promove um relativo fortalecimento da proteção dos direitos civis e políticos, mas ignora substancialmente a igual proteção dos direitos sociais e econômicos, bem como dos direitos titularidade coletiva – os direitos de terceira geração. O teórico é, pois, céptico quanto à capacidade do constitucionalismo transnacional em conseguir superar injustiças e desigualdades sociais que são fruto de um desequilíbrio no reconhecimento dos direitos de titularidade coletiva, como o direito à propriedade ou o direito ao meio ambiente. Entende, assim, que os direitos de terceira geração estão muito mais associados ao Sul Global e a comunidades tradicionais em situação de vulnerabilidade, cujas expectativas sociais escapam a considerações mais amplas formuladas por atores e atrizes transnacionais que, no entendimento de Tushnet (2019, p. 34), estão sobremodo mais vinculados à racionalidade jurídica desenhada pelo Norte Global.

Ao contrário de movimentações de engajamento ao padrão normativo-axiológico predisposto pela norma global, posturas de oposição ao processo transnacional retroalimentam a fragilização da normativa internacional, concedendo musculatura à argumentação que entende por uma primazia sócio-ontológica do poder (político e econômico) sobre o direito (internacional). É o caso, por exemplo, de um Estado que descumpre reiteradamente a norma de *jus cogens* ou cujo processo democrático de eleições é questionado pelos seus pares, bem como de um Estado que se imiscui em conflitos armados sem justificação legal. A integralização da norma global protetiva dos direitos humanos ao fenômeno constitucional – isto é, a transnacionalização da identidade constitucional – tem ocorrido com maior frequência, no entanto, pois os Estados olham para a comunidade internacional na busca de inspiração e caminhos sucedidos de consolidação e afirmação democrática (LAW; VERSTEEG, 2011, p. 1244).

Isso se dá, pois o processo transnacional detém uma dimensão política de legitimação e reconhecimento do prestígio de governos democráticos. A vinculação formal à ordem internacional constitui demonstração de boa-fé e disposição estatal de subvenção às obrigações internacionais que concluem a ratificação e recepção de tratados internacionais, garantindo aos Estados livre circulação e negociação – inclusive econômica – na arena internacional (ALVES, 2003, p. 44). Em consequência, a legitimidade das constituições nacionais já não se refere apenas a questões procedurais afeita à representação, dependendo em parte também de como a constituição é integrada substancialmente com o enredo jurídico-político da arena transnacional. A legitimidade da ordem estatal na arena transnacional deflui, assim, da importação das sentenças e recomendações internacionais ou, mesmo, da operacionalização de deliberações sobre problemas homogêneos construídas em arenas multilaterais (como reuniões da Organização Internacional do Trabalho, do Comitê de Direitos Humanos da ONU ou do Fórum Econômico Mundial).

Logo, importa à legitimidade da ordem jurídica estatal que o sujeito constitucional seja incorporado de maneira correta em um sistema jurídico internacional adequadamente estruturado sobre o *ethos* pluralista dos direitos humanos (KUMM, 2016, p. 703). O que o contexto transnacional solicita dos Estados, portanto, é uma identidade coletiva relacional, onde a diferenciação em relação ao Outro se constitua não como base para exclusões, mas para um regime balizado em institucionalidades democráticas abertas às rationalidades jurídicas extra-sistêmicas e subvencionadas de um padrão de conduta internacionalmente delimitado. Assim, avalia Michel Rosenfeld (2010):

o *ethos* pluralista é particularmente adequado para promover uma maior convergência no nível transnacional, ao mesmo tempo em que incentiva o aumento da diversidade no nível do Estado-nação. Os conceitos, como dignidade, liberdade e igualdade, que estão embutidos nas normas fixas do pluralismo, fornecem intersecções e convergências em nível transnacional. [...] integrar o *ethos* pluralista na ordem constitucional esculpida pelos Estados-nação facilitará a aceitação de uma maior diversidade ao fornece ferramentas eficazes para desafiar o *status quo* constitucional e as limitações estabelecidas na identidade constitucional prevalecente (ROSENFIELD, 2010, p. 276).

Essa lógica transnacional se retroalimenta da supramencionada identificação de um sistema global mínimo de valores, que se condensa sobremaneira na jurisprudência de tribunais internacionais e na normativa de tratados e convenções de proteção aos direitos humanos. Neste prisma, as normas globais que incorporam “valores comuns da humanidade” têm sido reconhecidas pelos Estados como superiores, sendo integrados à ordem estatal, seja pela atuação judicante dos tribunais constitucionais, seja pela recepção com *status* constitucional (CHANG; CHU, 2016, p. 390). Sem esse universo de significados e valores compartilhados promovidos pelo processo transnacional, os atores do sistema jurídico internacional se comportariam uns em relação aos outros necessariamente segundo o retrocitado imperativo da autoconservação, observando o Outro externo a partir de uma perspectiva combativa e concorrente³³, avalia Jurgen Habermas (2017a, p. 222).

Esse enquadramento das ordens estatais a valores comuns prefigura a coordenação dos atores transnacionais a partir da sugestão aos Estados de uma “razão pública global”

³³ A lógica combativa resulta da supramencionada perspectiva essencialista de identidade constitucional abstraída da doutrina schmittiana. Tal leitura entende que “o povo [...] não adquire sua identidade primeiramente da Constituição que dá a si mesmo. Essa identidade é antes um fato histórico pré-constitucional” (LÜBBE, 1994, p. 38 *apud* HABERMAS, 2017a, p. 234), de forma que a transformação da identidade coletiva não pode se dar nem mesmo em favor do recrudescimento do universalismo dos direitos humanos, sob pena de desfazimento da homogeneização cultural e jurídico-política que dá subsistência à unidade política da nação. A dinâmica deste modelo societal é, pois, de defesa contra o agente que desequilibra a unidade política ou jurídica. Se assume, assim, a constituição como uma decisão política fundamental que define a comunidade política e, portanto, não poderia ser eliminada ou modificada. 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, argue Carl 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 salvaguardam no poder soberano que garante a preservação da unidade política estabelecida quando do processo constitucional. A relação *self/other* torna-se, pois, a relação amigo/inimigo e qualquer decisão que procure a equalização desses atores é taxada de nociva à ordem justa política. A esta interpretação se contrapõe Jurgen Habermas (2017b), para quem soberania popular, direitos humanos e democracia estão conceitualmente interligados, de modo que a decisão de autolegislação democrática só é absolutamente cumprida pela via da realização destes direitos a toda a comunidade. Assim, “[...] o ponto central para julgar a legitimidade da ordem interna não é a herança cultural comum, mas a realização dos direitos de cidadania” (HABERMAS, 2017b, p. 260).

(COHEN; SABEL, 2005) que serve de argumento comum na avaliação das práticas e desempenho da política estatal. Esta razão pública simboliza a articulação de redes internacionais focadas em consubstanciar novas formas de responsabilidade e conscientização quanto à primazia sociojurídica dos direitos humanos, sendo perfeitamente observada na responsabilização internacional por posturas institucionais dissonantes ao *ethos* pluralista, por exemplo, pela Corte Europeia de Direitos Humanos (Selmouni vs. França e Salduz vs. Turquia, por exemplo), Corte Interamericana de Direitos Humanos (Comunidade Mayagna vs. Nicarágua e Lagos del Campo vs. Peru) e Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Nuguza Viking e Johnson Nzuga vs. Tanzânia e Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso).

Importa ressalvar, contudo, que a operacionalização da razão pública global em novas práticas hermenêuticas e argumentativas por tribunais internacionais ou estatais precisa – na esteira da hipótese narrativa de identidade constitucional defendida por esse pesquisador – considerar uma conciliação entre *self* e *other*. Isto é, o contrafactual simbolizado no *ethos* pluralista é uma construção conjunta do discurso jurídico internacional e do discurso constitucional. Se a dimensão material destes valores comuns é internacionalmente definida, sua instrumentalização não escapa à responsabilidade dos atores estatais. E é na instrumentalização do *ethos* pluralista por tribunais constitucionais e casas parlamentares que sua reconstrução se processa pela introjeção de circunstancialidade e casuís mos próprios da ordem constitucional. Pensar a relação *self* constitucional/*external other* no âmbito transnacional, portanto, presume espaços de iteração e recriação de significados normativos e axiológicos que identificam o *ethos* pluralista.

Isso envolve, na esteira de Seyla Benhabib (2006, p. 48), atos de interpretação que, por repetição, renovam o sentido da norma em um contexto novo e diferente, aprimorando e transformando seu significado. O processo transnacional alberga, pois, necessariamente “[...] processos complexos de argumentação pública, deliberação e troca através dos quais as reivindicações dos direitos universalistas são contestadas e contextualizadas, invocadas e revogadas, postuladas e posicionadas em instituições legais e políticas” (BENHABIB, 2006, p. 110). Nessa prática de repetição e reinterpretation de direitos, capitaneada por atores estatais e transnacionais, nunca se produz uma réplica da primeira interpretação. Toda (re)interpretação e aplicação de direitos ou significados gera um novo significado. Como anota Benhabib (2006, p. 110), “[...] o antecedente é assim

repositionado e ressignificado por meio de usos e referências subsequentes. o significado é aprimorado e transformado”.

Nesse sentido, Armin Von Bogdandy (2008, p. 403) advoga por uma “interpretação consistente” da norma global, permitindo sua aplicação no âmbito doméstico, mas em conformidade com o fenômeno constitucional. O jurista alemão propõe, assim, a internalização parcial da norma global. Assim, desde que não viole espaços normados inerentes à identidade constitucional (identidade-idem), a inclusão do Outro externo é bem-vinda. Similar entendimento é exposto por Marcelo Neves (2018b) em sua tese do transconstitucionalismo, onde propõe que se procure um convívio construtivo entre ordens jurídicas doméstica e internacional, de modo que cada uma das ordens possa considerar – na oportunidade da construção de sua norma jurídica ou de decisão – como dimensão do seu âmbito normativo, elementos do âmbito material relevante originalmente para outra.

Ter-se-ia, assim, uma i(n)teração que não quebra a cadeia de validação da norma global, nem suprime a legitimidade da ordem constitucional, servindo à concretização jurídico-normativa de um *locus* dialógico onde a identidade constitucional interage com manifestações discursivas estranhas às institucionalidades democráticas, embora legítimas substancialmente, posto que consonantes ao *ethos* pluralista. Essas interações entre ordens jurídicas – que Neves (2018b) nomina por pontes de transição – se dariam precisamente entre seus centros interpretativos (isto é, juízes e tribunais) a partir de observações mútuas e do aprendizado e intercâmbio recíproco. A construção do discurso decisório dos tribunais constitucionais se engendraria, pois, na criação de uma supratextualidade, ao acionar a metalinguagem que se pauta em discorrer sobre o discurso normativo do Outro e dele se apropriar.

Essa interação ofertaria uma certa desconstrução, na ordem constitucional, de conteúdos de sentido inconsistentes com o processo transnacional, bem como uma reconstrução da norma global a fim de proporcionar uma adequação deste à ordem jurídica estatal. Por entender, no entanto, que o envolvimento dos tribunais com o processo transnacional nunca é equipolente – ou seja, está sujeito a hierarquizações, recepções críticas ou exclusões injustificadas – Vick Jackson (2010) irá defender que no processo transnacional são observadas posturas de resistência, convergência ou engajamento. Uma postura convergente se caracteriza pela abertura constitucional, sendo as constituições nacionais vistas como locais para a implementação de Direito Internacional ou para o desenvolvimento de normas transnacionais. Em contraponto, uma

postura resistente defende a não aplicação da norma global na interpretação constitucional doméstica (hipótese das abordagens essencialistas de identidade constitucional).

O engajamento constitucional, doutro lado, implica em postura dialógica e reflexiva, de modo que a deliberação judicial com o Outro externo é informada e imparcial. No engajamento constitucional, portanto, o fenômeno constitucional é compreendido como um *locus* de articulação entre o direito doméstico e as fontes e práticas jurídicas transnacionais. Logo, nesta abordagem os intérpretes da constituição não tratam o material estrangeiro ou internacional como vinculante, ou como algo a ser presuntivamente seguido, mas como “subsídios interpretativos” à norma constitucional (JACKSON, 2010, p. 12). O discurso jurídico dos atores transnacionais são, pois, vistos como interlocutores e espaços de aprimoramento do ethos pluralista. Em outros termos, o engajamento dos tribunais constitucionais envolve uma “abordagem interpretativa metateleológica” (LASSER, 2004, p. 206), que arrasta a explication e justificação do caminho hermenêuticos escolhido pelo intérprete constitucional.

A utilização de quaisquer materiais criados fora do âmbito decisório sobre o qual o povo exerce poder democrático deve ser justificada, especialmente quando essa cognição jurídica extrassistemica influi direta ou indiretamente na concreção de expectativas sociais relacionadas à afirmação e garantia de direitos humanos e fundamentais. À vista disso, a abordagem metateleológica assoma como a metodologia interpretativa adequada à realidade do processo transnacional, na medida em que “[...] força os tribunais a articular as preferências normativas que atribuem a regras particulares e a relacioná-las com as preferências normativas da ordem jurídica geral” (MADURO, 2009, p. 368). Legitima-se, desse modo, eventuais pontes de transição entre a ordem constitucional e a transnacional. A preocupação dessa abordagem é precisamente criar uma discussão objetiva da seleção de regras jurídicas, constrangendo os intérpretes da norma constitucional a demonstrar qual são as expectativas, os custos e frutos específicos de se aplicar (ou não) a jurisprudência de um tribunal regional ou recorrer à previsão de um tratado internacional.

Em resumo, como o processo transnacional não prevê, na medida em que se afasta de um monismo metodológico, uma primazia de qualquer das ordens, impõe-se a solução de eventuais divergências a partir de uma conversação *justificada*. A hermenêutica jurídica precisa, pois, estar pautada numa tolerância por parte da autoridade constitucional. Isso significa a disposição das organizações estatais para modular o discurso constitucional, bem como a consciência de que, por vezes, a norma global precisa ser negada (NEVES, 2018b, p. 128; KUMM, 2006, p. 517). Trata-se, pois, de um posicionamento hermenêutico

que requer do intérprete coerência e consistência na seleção e aplicação (ou negação) da norma global, sobremodo porque as redes de interação e aprendizado que se formam entre *self* constitucional e *external other* envolve uma supratextualidade – o discurso constitucional fala sobre o discurso jurídico internacional e dele abstrai significações que serão contextualizadas à ordem dogmática estatal.

Logo, o percurso gerativo do discurso constitucional no processo transnacional cria invariavelmente uma “norma híbrida”, pois toma cada um dos elementos da norma constitucional colidente com a norma global e reflete isso na geração de uma nova norma substancial (TEUBNER, 2020, p. 315). Daí a necessidade de compreender e justificar a internalização ou a negação da ordem jurídica transnacional na interpretação da norma constitucional. A vinculação ao processo transnacional envolve uma escolha interpretativa que ora brinda um recrudescimento da ordem transnacional, ora desequilibra a ordem constitucional dadas internalizações acríticas e injustificadas da nova global. Isso se dá, pois, como lembra Eduardo Bittar (2001, p. 116), todo texto que interage com a alteridade recebe influxos e interferências de ordens subjetivo-individuais, ideológicos e socioculturais, de sorte que, na reescrita da norma constitucional que precede a interlocução com o Outro, “[...] a busca do sentido deve posicionar-se não na direção do sujeito do discurso, mas na direção do texto, com toda a sua autonomia” (BITTAR, 2001, p. 119).

A vinculação ao processo transnacional precisa envolver, porquanto, uma dupla contingência de identificação e diferenciação em relação ao Outro externo, sob pena de essa interação desvirtuar-se numa mudança incoerente, alheia às estruturas pré-narrativas do *self* constitucional. A devida justificação da abertura ou fechamento à ordem transnacional, desse modo, reduz os custos de transação do processo transnacional e oportuniza às autoridades constitucionais a construção de argumentos que validem práticas de legalidade voltadas para a manutenção de si, isto é, para a conformação de uma identidade constitucional efetivamente narrativa. Essa abordagem cria, ademais, tribunais constitucionais mais transparentes e cientes de que uma identidade constitucional narrativa envolve sobremodo preservar-se. Nas palavras de Marcelo Neves (2018b, p. 276), isso “[...] implica certa capacidade de encontrar, dentro da ordem do Outro, os elementos que possam servir para a sua autotransformação”.

Tem-se, pois, que na arena transnacional a indispensável reconstrução da identidade constitucional por força de uma consideração permanente da alteridade, no entanto, não significa pura convergência ou engajamento à norma global (NEVES, 2018b, p. 271). Cada comunidade é orientada por um legado político e sócio-histórico, de forma que cada projeto

de reconstrução constitucional precisa estar ciente que, enquanto dimensão jurídica da identidade coletiva e expressão das múltiplas maneiras de estar e se organizar no mundo, qualquer internalização que não considere as idiossincrasias da narrativa histórica ou do desenho institucional do *self* constitucional (como cláusulas pétreas ou costumes constitucionais formais) corre o risco de desqualificar a força normativa da ordem constitucional e fragilizar sua identidade-idem. O processo transnacional trata-se de uma atividade residual ou complementar à hermenêutica constitucional. Caso contrário, deslegitima-se a mentalidade social que se condensa em torno da imaginação de uma unidade sociopolítica estabelecida a partir da constituição.

Logo, a norma produto das interações com a ordem transnacional não pode se opor materialmente à ideia de direito que estrutura a ordem constitucional ou aos critérios teleológicos que organizam o projeto juspolítico movimentado pelo poder constituinte originário (OTERO, 2010, p. 22; BURDEAU, 2005, p. 41). Noções como separação de poderes democráticos, garantia de direitos fundamentais individuais e coletivos (*e.g.* liberdade de expressão, direito à vida) e representação democrática não podem ser contraditas pela norma global, posto que trata-se de pedras angulares do constitucionalismo liberal ocidental. Por isso, em dúvida quanto à internalização do discurso jurídico internacional, *in dubio pro dignitate*, sentencia Paulo Otero (2010, p. 39). A transnacionalização da identidade constitucional necessariamente sempre se encaminhará para o reforçar da tutela da dignidade humana, ampliando e contextualizando os direitos fundamentais, mas não suprimindo-os.

Em termos adjetivos, o *self* constitucional que adere ao processo transnacional e, ato continuo, engendra seu discurso na metodologia da abordagem interpretativa metateleológica, precisa invariavelmente acolher “[...] uma dimensão ética centrada na prevalência dos interesses do bem de cada ser humano vivo e concreto sobre o desenvolvimento e a utilização da técnica e a experimentação científica” (OTERO, 2010, p. 43), afastando-se de concepções utilitaristas do direito (Jeremy Bentham) ou da subsunção hierárquica acrítica à normatива internacional (Hans Kelsen). O constitucionalismo transnacional determina uma vinculação circunstancial, teleologicamente justificada e axiologicamente pretendida ao processo transnacional. Logo, embora a dimensão axiológica da identidade constitucional esteja aberta a concertações e modulações advindas da inclusão do *self* ao processo transnacional, a ruptura da axiologia identitária da constituição não é uma possibilidade.

Destarte, a título de síntese do pensamento é acertado considerar que uma ordem transnacional assoma invariavelmente no contexto jurídico-político moderno, induzindo a institucionalização, no âmbito doméstico, de normas, princípios e valores construídos no plano internacional. Organiza-se, então, uma episteme jurídica e uma postura hermenêutica que pensa temas de reconhecimento e inclusão social da diferença sob uma perspectiva de engajamento global do *self* constitucional, num espaço de deliberação onde controvérsias e dissonâncias são solvidas dialogicamente, através da condensação e recrudescimento de valores jurídicos comuns, de uma “razão pública global” (COHEN; SABEL, 2005) que é produto de deliberação e decisão racional entre os agentes estatais em *loci* transnacionais de operacionalização do *ethos* pluralista. Surge aos Estados, pois, uma promessa transnacional consubstanciada nas obrigações de internalização da norma global, adequação do direito interno e promoção dos direitos humanos.

Essa ordem transnacional existe num contexto sociojurídico de lutas por reconhecimento – aqui tomada conforme a gramática de Axel Honneth (2012, 2017), ou seja, reconhecimento da condição de um dado ator político enquanto sujeito de direito e consequente adjudicação e ampliação material dos direitos a ele institucionalmente garantidos – onde é concedida legitimidade a qualquer sujeito afetados pelas práticas estatais para buscar, por intermédio da norma global, uma reparação ou responsabilização. Isso, sem embargo, não remove da arena internacional a natural influência de ideologias políticas e econômicas não associadas ao fortalecimento do *ethos* pluralista, pois transformações jurídicas não existem apartadas de estruturas sociais e políticas da comunidade – sejam elas consideradas em sua dimensão micro ou macroestrutural.

Os tópicos seguintes deste capítulo se ocupam, nesse sentido, de estressar essas variáveis e ponderar quanto às perspectivas de como a ordem global se insere e influencia o contexto da identidade constitucional dos Estados. É nesse momento da pesquisa que as discussões promovidas desde o capítulo anterior são adequadamente contextualizadas à realidade latino-americana, defendendo-se a eclosão de uma “identidade interamericana do sujeito de direitos humanos” – semântica que prefigura um processo transnacional gestado no SIDH e amplamente imbricado com a reconstrução de identidade constitucional dos Estados-membros. Antes, no entanto, importa discorrer quanto à viabilidade de pensar uma identidade transnacionalizada, cuja dimensão axiológica é amplamente influenciada pelo discurso jurídico do Outro externo.

3.2 Uma identidade transnacional? – possibilidades e considerações críticas a partir da teoria de Michel Rosenfeld

Das discussões do tópico anterior conclui-se que o percurso evolutivo da normativa global desaguada num Direito Internacional consistente e uma comunidade internacional minimamente consciente da necessidade de segurança jurídica para a consecução dos objetivos e proteção dos valores compartilhados. Igualmente, com a diagnose de uma transcendência epistêmica da arena jurídica internacional, a norma global se desloca de uma perspectiva antinômica e hierarquizante (como o monismo kelseano ou a proposta dualista de Triepel), para ser pensada dentro de uma dimensão heterárquica e multidimensional de criação e afirmação de direitos no plano global (como a lógica transnacional proposta por Jessup). Nesse enquadramento, o *self* constitucional já não interage com o Outro externo a partir de uma oposição hierarquizante que pressupõe a inadequabilidade da diferença e consequente perigo de sua internalização.³⁴

Pelo contrário, o paradigma jurídico moderno é ciente que a eclosão do direito transnacional condiz com uma evolução sociojurídica da sociedade mundial, a qual altera os processos de diferenciação e comunicação no âmbito do Direito e da Política, apresentando novas formas de (re)construir a identidade constitucional. Pablo Holmes (2011, p. 131) pondera, no entanto, que qualquer evolução social depende da produção de uma variação comunicativa capaz de superar as operações sistêmicas tradicionais. Dessa forma, as inovações podem ocorrer tanto na estrutura, quanto na semântica social, mas só se tornam parte de uma nova forma de vida social – um novo modelo político-jurídico de (con)viver – se produzir um novo *feedback* positivo à comunidade. Em síntese, somente há evolução se se altera substancialmente o sistema (jurídico) como um todo.

Logo, a evolução sociojurídica oferecida pelo direito transnacional não pode se refletir apenas a nível teórico-acadêmico, relativo às construções de sentidos sobre posturas hermenêuticas heterárquicas ou acepções globais de institutos inerentes ao direito municipal (como constituições globais ou *international rule of law*). Sequer podem restringir-se essas transformações às reorganizações estruturais que realocam competência e legitimidade de atores extrassistêmicos na adjudicação legal dos direitos humanos. O que

³⁴ Essa perspectiva é considerada por Michel Rosenfeld no início de seus estudos, quando o constitucionalista aduz: “[...] o Outro externo pode exercer um papel bastante significativo na moldagem da identidade nacional e constitucional de uma comunidade política. Assim não somente a identidade nacional é provavelmente moldada, pelo menos em parte, pela rejeição das identidades estrangeiras, mas a identidade constitucional pode ser parcialmente determinada pela incorporação negativa das normas constitucionais predominantes em uma outra comunidade” (ROSENFELD, 2003b, p. 111).

importa exsurgir do processo transnacional, conclui Holmes (2011), é uma nova autorreflexão jurídico-constitucional. Importa que a relação *self/other* se perceba dentro de uma forma de integração social e de preservação da coletividade, onde a inclusão do Outro *externo* é um indispensável elemento de estabilidade e coerência do sistema jurídico *interno*.

A propositura transnacional é, pois, da diagnose de equivalentes funcionais que permitam a tradução dos valores, princípios e regras de matriz transnacional ao *corpus* constitucional, consolidando uma forma de criação e interpretação normativa que se balize menos pela coerência a uma essencialidade democrática e representativa, e mais pelo compromisso de cumprimento de uma promessa cristalizada em tratados internacionais e autoevidenciada na deontologia dos direitos humanos. Não se trata de esquecer a legitimidade democrática que sustenta o fenômeno constitucional, mas de compreender que, na realidade transnacional, a legitimidade da normativa doméstica está diluída em outras instituições e atores (KRISCH, 2010, p. 13). Cria-se, então, *contra* os Estados um compromisso de estabilidade que nasce da obrigação legal e moral de adequação do direito interno aos padrões internacionais, bem como da conscientização de que o direito transnacional faz parte invariavelmente da aquisição evolutiva da ordem constitucional.

A ordem transnacional se apresenta ao *self* constitucional, assim, como a cristalização de uma pluralidade de dotações do conhecimento sociojurídicas e expressões identitárias infra e extrassistêmica³⁵ importantes à afirmação dos direitos humanos e da democracia, ainda que estranhas à percepção dos atores políticos estatais ou dos intérpretes constitucionais. Nesse sentido, integrar a norma global à ordem constitucional esculpida pelos Estados facilitará, destaca Rosenfeld (2010, p. 276), sua pluralização, pois exclusões que se mostram contrárias a uma concepção de dignidade ou liberdade consistente com norma global são declaradas incoerentes e, portanto, têm sua aderência à identidade

³⁵ Não apenas extra, mas “infrassistêmico”, pois os conflitos que pleiteiam reconciliação no contexto transnacional não são apenas entre *self* e Outro externo, mas entre o *self* e as muitas expressões identitárias internas que, pelo discurso do Outro externo, vocalizam seu pedido de inclusão ao esquadrão constitucional. Tem-se, então, na esteira de Marramao (2009, p. 42), que o cosmopolismo no qual se insere o direito transnacional prefigura também conflitos identitários internos ao *self* coletivo. Aloca-se o fenômeno constitucional, dessa forma, sob o signo de um cosmopolismo da diferença, um espaço epistêmico onde é subtraído do “universal” a semântica da padronização e da redução à unidade essencialista, para pensá-lo sob o regime da alteridade, da ideia de constante negociação por um espaço comum na arena jurídico-constitucional, onde coexistem cognições jurídicas estatais, transnacionais e infraestatais.

constitucional negada. Portanto, operações de autoexclusão tratam-se de uma seleção antagônica à construção da complexidade sociojurídica pretendida.³⁶

Neste prisma, vale recordar que há uma abordagem teórica que identifica o direito transnacional pelo uso da linguagem constitucional no âmbito internacional, considerando a eclosão de um constitucionalismo global à proporção que arenas não estatais se ocupam da produção e operacionalização de uma norma fundamental própria. A inclusão do Outro externo à identidade constitucional se processa no bojo de um sistema internacional fraturado, composto de múltiplas “constituições parciais”. Essas constituições dizem respeito à fragmentação do Direito Internacional em linhas cognitivas (direito do mar, direito dos refugiados, direito econômico internacional, direito desportivo, e.g.) e setoriais (como norma global prefigurada pela ONU, jurisprudência internacional da CIJ, jurisprudência da CtEDH, da CtIDH, norma global prefigurada pela OIT) autônomas e altamente especializadas, cada qual disposta de uma norma fundamental e, indiretamente, de uma identidade constitucional.³⁷

Cada um destes regimes transnacionais autocontidos dispõe de uma norma fundamental que funciona internamente enquanto uma constituição própria, definindo mecanismos de fiscalização e implementação, valores superiores e procedimentos interpretativos. Isso implica que não apenas os Estados desenvolvem constituições sociais, de maneira que o constitucionalismo vivencia uma desincorporação de sua autoridade criadora. Nesse sentido, à proporção em que atores transnacionais não estatais (tribunais internacionais e órgãos multilaterais, por exemplo) desenvolvem um discurso jurídico-constitucional próprio e autoconsciente, reivindicando autoridade sobre substâncias

³⁶ Excluir-se do processo transnacional é nocivo tanto aos Estados – pois justifica sanções jurídicas, *shaming* internacional ou o desfazimento de laços e acordos políticos e econômicos – quanto à ordem jurídica internacional, vez que a legitimidade normativa e sociológica concedida ao direito transnacional nasce precisamente do reconhecimento pelos Estados de que a norma global é funcional e axiologicamente positiva. Sustentar que uma instituição é legítima em nível normativo significa afirmar que ela tem o direito formal ou técnico de promulgar regras e garantir ou exigir sua observância. A legitimidade sociológica, por outro lado, significa dizer que se acredita amplamente no direito desta instituição ou ordem jurídica, pois ela possui virtudes epistêmicas que facilitam a revisão crítica de seus objetivos (BUCHANAN, KEOHANE, 2006, p. 407). Para Allen Buchanan (2010, p. 88), uma norma internacional somente é legítima (normativa e sociologicamente) se a instituição que a criou também o for. Ou seja, a legitimidade do discurso jurídico internacional advém da legitimidade atribuída pelos Estados às instituições produtoras de norma internacional (*international law-making institutions*), como organismos multilaterais e tribunais internacionais. Por conseguinte, a adjudicação internacional que pretende a restrição e acomodação de regimes e práticas estatais a concepções sociojurídicas delineadas internacionalmente requer *a priori* a uma concessão, ainda que simbólica, de legitimidade ao discurso jurídico internacional pelos Estados.

³⁷ Em contrário senso, Cf. CHAI, 2004. É do entendimento do autor que “[...] identidade constitucional é sentimento de pertinência à Constituição e constitucionalização de uma nação, e, a construção desse sentimento só pode se dar em Estado Democrático de Direito” (*Ibidem*, p. 72).

jurídicas específicas (como autoridade e legitimidade da OIT para dispor sobre *standards* no direito trabalhista ou a primazia latente da CtIDH para discorrer sobre direitos humanos no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA) e delimitando uma esfera de competência ou órgãos internos, a lógica constitucional passa a ser aplicada também fora dos Estados (FISHER-LESCANO; TEUBNER, 2005; KUO, 2009).

Partindo dessa argumentação, no âmbito do Direito Público, a Carta das Nações Unidas tem sido compreendida enquanto uma “constituição da comunidade internacional”, vez que sedimentaria, em tese, os valores jurídico-políticos que devem orientar as democracias constitucionais modernas. No âmbito dos direitos humanos, as convenções regionais surgem, ainda, enquanto “constituições regionais” que definem valores e procedimentos para a garantia, proteção e promoção dos direitos fundamentais em seus respectivos espaços de atuação. Essa eclosão de constituições parciais nascidas do plano internacional pode ser percebida, ainda, em sistemas políticos supranacionais, como na União Europeia, onde a normatividade do Tribunal de Justiça de União Europeia (TJEU) e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) conformam um regime jurídico paralelo à ordem jurídica estatal.

A fonte do Direito já não é exclusivamente as redes políticas das relações sociais organizadas pelo Estado, mas sim redes especializadas, formalmente organizadas e funcionais que, a despeito de ser estritamente setorial ou restrita às peculiaridades de uma dada realidade cognitiva-operacional, criam uma identidade normativa autônoma. Essa experiência tem sido compreendida enquanto uma autofundação constitutiva e se pauta na formação de sistemas jurídicos fechados operacionalmente e independentes de fronteiras estatais. Para Gunther Teubner (2003, p. 14) essas constituições definem sujeitos constitucionais transnacionais e nascem, em essência, não do habitual acoplamento operacional entre direito e política, mas de um alcance dos meios de comunicação. Isto é, os códigos de conduta e os procedimentos especiais definidos por atores transnacionais se expandem em tal proporção, que essa esfera simbólica de relações de poder passa a ser reconhecida enquanto uma ordem constitucional não estatal.

Ainda segundo o teorista alemão, altera-se a forma como o direito doméstico é programado, pois o processo decisório baseado na observação das contingências internas é agora modulado por uma “governança global” e por padrões de conduta delineados por atores não democraticamente eleitos, representativos de uma presuntiva unidade normativo-axiológica internacional. Consequentemente, essa produção normativa transnacional é idealizada presumindo uma condição de complementaridade à ordem

jurídica doméstica, de maneira que ao intérprete constitucional são deixados espaços em branco que permitam a tradução dessa norma global à ordem constitucional. Não há, portanto, substituição da normativa estatal pela transnacional, mas coexistência ou colisões entre *self* constitucional e *external other* que induzem conciliação, não exclusão.

No plano transnacional altera-se, também, as estratégias legitimadoras da ordem jurídica, baseando-se as constituições não estatais em formas apolíticas de construção e reconstrução de padrões jurídicos de conduta e organização institucional. A elaboração das normas e a construção de decisões jurídicas ficam limitadas, desse modo, há um grupo de especialistas (juízes de cortes regionais de proteção aos direitos humanos ou Estados-membros de um dado organismo multipolar, por exemplo), e o cumprimento dessa normativa se torna imperativo apenas pelos benefícios previsíveis que a conformidade à norma global prevê aos Estados. O direito transnacional parece, portanto, mais um empreendimento cognitivo, pois funciona apenas como um meio de adaptação e aprendizado cognitivo entre sistemas normativos fechados, e não um sistema jurídico, como prescrições normativas, avalia Pablo Holmes (2011, p. 127).

Por conta desses particularismos uma parcela dos acadêmicos e pesquisadores tem argumentado contra a ideia de constituições parciais, destacando que os pressupostos sociais que possibilitam aos Estados estabelecer uma constituição – unidade social de valores, uma temporalidade sociojurídica que organiza memórias coletivas, a dialética de um poder constituinte e um poder constituído e o simbolismo de um mito fundacional – não se encontram presentes no âmbito transnacional. Por consequência, apenas os Estados poderiam desenvolver constituições jurídicas, não bastando que atores transnacionais disponham de um discurso constitucional autoconsciente, uma autoridade legal fundada em pré-compromissos, a delimitação de uma competência e a existência de órgãos internos com autonomia de interpretação e criação de normas (FISHER-LESCANO; TEUBNER, 2005, p. 1015; TEUBNER, 2020, p. 63).

Aduzem os críticos que não há nenhuma tendência real de constitucionalização parcial dos atores não estatais, uma vez que o processo legal internacional é basicamente antidemocrático e fragmentado e a aplicação de normas internacionais é deficiente, posto que amplamente suscetível a descumprimentos totais e parciais, como, por exemplo, a possibilidade de levantamento de reservas a tratados internacionais. Ainda, a qualidade formal típica do direito constitucional – a supremacia normativa sobre leis ordinárias – estaria ausente no direito transnacional, como evidência a total ineficácia de normas de *jus cogens* face à normativas estatais a elas antagônicas (PETERS, 2015, p. 2). Essa

perspectiva, embora não negue a força normativa da norma global, retroalimenta-se sensivelmente de argumentações suscitadas por Hegel (2010) e Hart (2021) sobre o Direito Internacional.

Os regimes transnacionais, conquanto, não podem ter a sua dimensão constitucional comparada àquela delineada pelos atores estatais. Esta leitura além de estear-se em uma avaliação inadequadamente positivista, ignora também a substancial angulação material e axiológica do fenômeno constitucional, na medida em que reduz a criação constitucional à microestrutura institucional de formas democráticas de representação e aos procedimentos legais organizados por uma Assembleia Constituinte. Não bastasse, assumir que apenas os Estados dispõem de pressupostos sociais para erigir uma ordem constitucional remove do espaço acadêmico de discussão a retromencionada aquisição evolutiva que o direito transnacional inexoravelmente representou aos sistemas jurídicos modernos – isto é, a percepção de que a criação e interpretação de normas jurídicas não se trata de atividade exclusiva da ordem estatal.

Por demais, conforme ficara sentado no tópico anterior, o gradativo processo de complexificação pelo qual passou o Direito Internacional durante o último século desaguou na consolidação de um sistema jurídico-axiológico pautado num mínimo denominador comum no que toca à substancialidade dos direitos humanos (normas de *jus cogens*, discurso jurídico de tribunais internacionais e recomendações de órgãos multilaterais *e.g.*) e que reconhece certos interesses comuns inalienáveis como importantes a todos os atores internacionais – respeito à independência dos Estados, afirmação dos direitos humanos da democracia e manutenção da paz, por exemplo. Assim, ainda que fragmentada, essa ordem jurídica internacional preserva com maior ou menor êxito no curso da história, um mínimo de harmonia essencial à coesão cognitiva no plano jurídico moderno.

Assim, os atores transnacionais se colocam enquanto sujeitos constitucionais, pois se imiscuem na construção de discursos e normas jurídicas que pretendem consolidar um *international rule of law*. Os atores não estatais colaboram com o reafirmar dos interesses comuns da comunidade internacional, mas não pelos métodos habituais inerentes ao constitucionalismo estatal, e sim por formas próprias, como o *enforcement* da normatива global de proteção aos direitos humanos ou o estímulo de métodos hermenêuticos heterárquicos – como a abordagem interpretativa metateleológica ou o pensamento transconstitucional. Assim,

a evolução das relações na sociedade internacional [...] não evidenciam enfraquecimento em suas bases ou características sistêmicas. Ao contrário, no paradigma pós-moderno do sistema internacional, os fundamentos deste cada vez mais complexos sistemas se reconstroem [...] como embasamento para uma ordenação teologicamente humana do mundo [...] É na capacidade de normatização para além das diferenças que o sistema jurídico internacional encontra seu valor e reforça suas características como instrumento universal de regulação positiva da conduta dos seus sujeitos (CAPUCIO, 2016, p. 336).

É nesta função transformadora, pautada na ampliação material de direitos e recrudescimento do *rule of law* a nível global, que o conceito de constituição é semanticamente ampliado. Essa diagnose saúda teóricos como Anne Peters (2010, 2015), Stephen Gardbaum (2009) e Bardo Fassbender (2007, 2009), os quais enxergam os regimes constitucionais parciais da ordem transnacional como uma agenda política orientada pela aplicação e reafirmação na esfera global, de princípios e instituições *aprioristicamente* constitucionais (os freios e contrapesos, a proteção dos direitos humanos, a democracia e o devido processo legal), a fim de melhorar a efetividade do Direito Internacional e reafirmar o indivíduo como portador de reputação moral para acessar a jurisdição internacional.

Tomando como exemplo os direitos humanos que se encontram resguardados em tratados internacionais e na jurisprudência de cortes regionais e tribunais internacionais, Peters (2009, p. 585-593) defende, por exemplo, a qualidade constitucional da norma protetiva dos direitos humanos, argumentando que essa normativa: (a) delimita e apoia a emergência de novas bases de legitimidade, limitando a soberania dos Estados; (b) é impositiva, na medida em que expressa um mínimo de denominador comum dos valores da comunidade internacional; (c) uma vez normatizados em tratados e convenções, converte-se em condição substancial da legitimidade das democracias constitucionais e (d) uma vez internalizada e aplicada pelas institucionalidades estatais, atua como substrato argumentativo de inovações jurisprudenciais e de validação das decisões políticas e jurídicas domésticas.

Por isso, assume-se uma intrínseca essência constitucional na natureza e objeto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente quando se recorda que uma das funções primárias do DIDH é consolidar limites procedurais e axiológicos às práticas estatais. Assim, a ordem jurídica internacional, embora não organize e capacite diretamente uma autoridade política responsável por gerenciar uma comunidade, estrutura um sistema normativo-axiológico. Desse modo, a normativa internacional de proteção dos direitos humanos funciona como um *standard* legal que rejeita criticamente

o paradigma tradicional e horizontal do Direito Internacional, esquadrinhando a consolidação de um paradigma jurídico multidimensional, organizado como dimensões constitucionais coexistentes (GARDBAUM, 2009, p. 237).

Martti Koskenniemi (2005, 2007) ajuda a consolidar esse entendimento e destaca que o uso do conceito “constituição” no âmbito do DIDH é meramente funcional, a fim de consolidar uma ficção semântica contra-hegemônica, antagônica ao modelo de ordem jurídica internacional tradicional, diagnosticados por teóricos como Hart (2021), Hegel (2010) e John Austin (2000). A proposta, portanto, é tomar os princípios e valores constitucionais como uma mentalidade (*constitutionalism as mindset*) que oriente a racionalidade jurídica dos atores transnacionais e a consolidação de uma ordem jurídica internacional mais semelhante à expectativa kantiana do *foedus pacificum*. O historiador propõe, assim, recusar a tese jurídico-formalista que entende os parâmetros e procedimentos constitucionais como um “projeto arquitetônico” ao qual a ordem transnacional precise se adequar para que possa ser reconhecida como “constitucional”.

No entendimento de Koskenniemi, o constitucionalismo é antes uma agenda de mudanças, e não apenas uma legislação ou uma norma de legitimação do sistema estatal. Desse modo, o uso seria apenas da linguagem constitucional e não da estrutura formal ou do desenho institucional dos organismos e normas estatais. O uso da linguagem constitucional no plano transnacional enxertaria à práxis do Direito Internacional um vocabulário que informa lutas políticas e padrões morais de organização coletiva. Assim, “[...] vocabulários constitucionais como ‘autodeterminação’, ‘direitos fundamentais, ‘divisão e responsabilização do poder’ [...] contestam os preconceitos estruturais das instituições atuais e politizam o que de outra forma parece ser rotina administrativa” (KOSKENNIEMI, 2007, p. 34).

A virtude dessa linguagem decorre de seu enfoque universalizante e emancipatório, permitindo que desigualdade e a impunidade sejam condenadas. Ou seja, o vocabulário constitucional permite que violações e danos sócio-históricos a direitos e deveres se articulem discursivamente à medida que compararam o factual a uma retórica contrafactual. A mentalidade constitucional permite, assim, nomear, a nível global, quais valores e normas são irrestritamente dignos de respeito (KOSKENNIEMI, 2007, p. 13; RICŒUR, 2019, p. 253). A semântica constitucional traz ao âmbito transnacional, portanto, a previsão de uma desconstrução ou revolução que procura desmontar o novo e estabelecer uma racionalidade jurídica consonante com as expectativas sociais dos sujeitos de direito.

A tese de Reinhart Koselleck (2006, 2012) sobre a história dos conceitos ajuda sobremodo a iluminar a plausibilidade dessa aplicação da semântica constitucional ao âmbito transnacional. Como anota o historiador, a expressão “constituição” – tal qual qualquer outro conceito – é um produto do tempo, não se restringindo às definições conceituais do presente, logo, aberto a mudanças histórico-conceituais. Isso se dá, pois a semântica está relacionada aos conteúdos que ultrapassam a dimensão linguística, de maneira que variabilidades sociais e políticas concretas são apreendidas a nível linguístico, maturando uma redefinição conceitual de expressões como “constituição”, “soberania”, “democracia” ou “dignidade humana”, por exemplo (KOSELLECK, 2006, p. 101; KOSELLECK, 2012, p. 10).

Os conceitos, argue Koselleck (2012, p. 36), são geradores de experiências, tendo capacidade de produzir relações modelares e orientar as experiências sociopolíticas da comunidade onde é aplicada. Portanto, recusar a utilização da linguagem constitucional para interpretar os movimentos e propensões normativo-axiológicos do direito transnacional sob a alegação de que falta à ordem global os pressupostos sociais e processuais para tanto não apenas suprime desse estrato de análise as colaborações de uma leitura diacrônica da história do conceito “constituição” – pautando a argumentação em noções de um positivismo infrutífero à ampliação e dinamização do conhecimento jurídico acadêmico – como minora as colaborações institucionais da norma global, pois abstrai do processo transnacional noções constitucionais profícias como o *due process of law*, a primazia sócio-ontológica dos direitos humanos e a reforma da norma jurídica.³⁸

Os conceitos não são presos, pois, a uma herança histórica, vez que imersos na temporalidade da vida. Assim, a utilização semântica da expressão “constituição” ou da linguagem constitucional pode ser modulada, acompanhando a aquisição evolutiva no âmbito do Direito. Isso é fundamental, pois manter o conceito atrelado a definições estatocêntricas empobrece – não apenas conceitual, mas funcionalmente – a compreensão e consolidação do fenômeno jurídico transnacional. A linguagem constitucional seria

³⁸ A atualização semântica da linguagem constitucional à realidade pós-estatal não significa uma desqualificação deste termo estatal. A ampliação da significação semântica é consciente de que a relativização não é absoluta e que conceituações anteriores não perdem seu valor, especialmente no caso da expressão “constituição”, noção fundamental e carregada de significados passados que a tornam, em certa medida, independente de conteúdos da realidade, anota Koselleck (2012, p. 38). O historiador observa, assim, que quanto maiores são as experiências contidas em uma definição conceitual, mais restritas são as suas expectativas de modulação. Assim, a utilização da linguagem constitucional no âmbito transnacional não desconstrói sua conceituação habitual de estrutura legal que ajuda as comunidades políticas a estabilizar seu sistema político, refletindo a nível normativo orientações e expectativas de agentes sociais majoritários. Tem-se, pois, que se amplia a aplicação funcional do conceito, mas não se deforma ou nega sua raiz semântica.

anexada à ordem transnacional, portanto, precisamente com o propósito de expressar uma crítica fundamental à lógica jurídico-política da comunidade internacional pré-moderna e, na medida em que o faz, atesta as transformações sociocognitivas experenciadas pelo Direito Constitucional pós-moderno.

Na esteira dessas argumentações, mas partindo de uma posição mais pragmática, Gunther Teubner (2020) procura traduzir os pressupostos sociais de criação constitucional para o âmbito global. Assim, avalia que o poder constituinte trata-se em última análise de um potencial comunicativo, uma energia social que impulsiona processo de criação da ordem constitucional nos momentos de interação e de perturbação e reflexão de um dado sistema social. Logo, “[...] não se deve entender o sujeito constitucional apenas como artefato semântico da comunicação ao qual se atribuem atos constitucionais, mas como um processo real e pulsante do encontro de sistemas sociais e consciência” (TEUBNER, 2020, p. 143). Portanto, prescinde o surgimento de um poder constituinte de um espaço unitário de sentido e de um contexto de representação política, bastante um contexto de comunicação social – e isso é visualizado no âmbito global.

A fragmentação que define o direito transnacional prefiguraria, na avaliação do jurista, o pulular de formas não estatais de poder constituinte/constituído, pois a pluralidade de regimes jurídicos autocontidos significa a pluralidade de espaços de pensamento, de interação e iteração social e de estabilização de novas identidades coletivas para além da habitual identidade nacional e da identidade constitucional estatal. Uma identidade coletiva transnacional, quanto, diferentemente do Estado, não possui um *self* constitucional (comunidade política) que o organize, vez que é resultado de uma *autofundação* comunicativa. Em outros termos, um pretenso *self* transnacional não dispõe de um coletivo formalmente estruturado, um “nós, o povo”. A identidade jurídica do sujeito transnacional não estatal surge, assim, meramente de uma autodescrição, da cristalização na norma global de valores, princípios e expectativas sociais.

Tem-se, então, que o direito transnacional organiza um espaço de interação onde mesmo o Outro externo dispõe de uma identidade jurídica. Destarte, à distinção das interações intrassistêmicas, onde o *self* constitucional precisa se relacionar com expressões identitárias dinamizadas em grande medida a nível social (identidades multiétnicas, manifestações religiosas, cosmovisões de grupos tradicionais, identidade de gênero, pleitos de grupos minoritários, *e.g.*), na dimensão transnacional, a identidade que precisa ser considerada enquanto um nova variável de complexificação da identidade constitucional é essencialmente jurídica – são narrativas sociojurídicas sobre direitos

humanos, *rule of law* e dignidade humana cristalizadas em normas de decisão de tribunais internacionais, como TPI e CtIDH, em recomendações de órgãos internacionais, como a Comitê de Direitos Humanos da ONU ou em tratados internacionais, como a Convenção n. 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.

Essa identidade transnacional não surge da reconciliação entre expressões identitárias e manifestações discursivas antagônicas que coexistem nas arenas públicas de deliberação, mas da consolidação de uma semântica normativo-axiológica com expectativas de universalização, pensada para se tornar um *ethos* a partir do qual as identidades constitucionais se reconstroem coerentemente. Pela gramática de Rosenfeld (2003b, p. 30) poder-se-ia dizer que a identidade das constituições parciais no plano transnacional é mero sujeito constitucional (*subject-matter*), sem *self* constitucional (comunidade política). Essa identidade não resulta, pois, da interação *self/other*, mas da consciente autoafirmação de uma estrutura pré-narrativa que se situará *a posteriori* como uma barreira negativa das comunicações sociais estatais (NEVES, 2018b, p. 255).

Surgem, pois, as constituições transnacionais da capacidade do processo transnacional de criar normas, de reinterpretá-las pela adjudicação jurídica e de reafirmar a promessa transnacional. Segundo Teubner nasce esta identidade, não de uma estrutura étnica primordial, mas da capacidade dos atores transnacionais de *imaginação* do direito de revolução e memória, quando estes não evocam o mito fundacional de um coletivo, mas

[...] inventam uma ficção fundacional deslocando seus fundamentos para os próprios sistemas sociais parciais aos quais estão acopladas estruturalmente. Ali devem estar disponíveis materiais de sentido não jurídicos suficientes, que podem confundir a sua ordem jurídica com um conjunto de precedentes judiciais. O mito fundacional do respectivo direito regimental torna aceitável esse equívoco operativo. São necessárias apenas situações em que seja suficientemente plausível partir do princípio de que os procedimentos anteriores se realizaram em conformidade com as normas jurídicas (TEUBNER, 2020, p. 154).

Ao construir essa argumentação o professor da *Goethe Universität* procura desmontar a concepção de que a identidade coletiva de um sistema social implica necessariamente uma organização política com capacitação da ação, como uma assembleia representativa ou um povo. Refuta, ainda, a hipótese de que a constitucionalização significa sempre transformar um conjunto de indivíduos num ator coletivo. O direito transnacional prescinde dessa premissa organizacional, sendo produto de um acoplamento entre cognições jurídicas estatais e internacionais que convergem dada sua semelhança teleológica de afirmação dos direitos humanos. Portanto, os

movimentos de elaboração da memória e enquadramento desta em norma jurídica, bem como de consequente projeção de um futuro possível cristalizando expectativas numa promessa estão presentes também no espaço transnacional das constituições parciais.

Há, pois, na realidade transnacional, um desacoplamento entre o Estado (substrato da identidade constitucional) e a nação (substrato da identidade nacional), dada “[...] a dissociação entre as estruturas sistêmicas que governam a reprodução da dominação política [...] por um lado, e as estruturas geradoras de identidades culturais, de sentimentos de pertencer e de entusiasmos coletivos, de outro” (EDER, 2003, p. 6). A articulação entre ambas se torna mais contingente e exige novas ideias sobre as conexões teóricas entre os sistemas de ação e as pessoas que neles atuam. Nestes termos, processa-se uma desconexão entre o modo de pertencer e os sentimentos de união, ou seja, uma disjunção entre o Estado e a identidade coletiva. A constitucionalização no direito transnacional acontecerá, então, no instante de criação da norma híbrida nascida do processo transnacional, por isso fala-se em autoconstituição.

Nesse prisma, é imperioso concluir que o termo “constituição” não é reservado exclusivamente às estruturas estaduais, vez que a aquisição evolutiva ofertada pelo Direito Internacional moderno remodela sua aplicação conceitual e funcional. “Hoje, o vínculo nacional entre constituição e Estado foi afrouxado ainda mais na linguagem cotidiana e no discurso jurídico (e, assim, o significado de “constituição” pode ter sido ampliado)” (PETERS, 2009, p. 581). Resulta daí que não é impossível vislumbrar uma constituição – e uma identidade constitucional – além das fronteiras do Estado. Basta para isso que tal aplicação conceitual seja meramente semântica e que sua nova aplicação seja concordante com as contextualidades sócio-históricas, isto é, que se renove coerentemente a história deste conceito (KOSKENIEMMI, 2005; KOSELLECK, 2012).

Organiza-se, desse modo, uma narrativa (trans)constitucional vinculada não a estruturas e procedimentos políticos de organização coletiva, mas a uma coerência do *self* constitucional a nível substantivo – isto é, o irrestrito cumprimento da promessa transnacional. Como anota Sheldon Wolin “[...] uma constituição não estabelece 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” (WOLIN, 1989, p. 9). A constituição, congrega, assim, um processo de juridicização positiva da sociedade, concretizando no espectro jurídico, uma expectativa de coesão e aprimoramento social. Apropriando-se da gramática de Maurizio Fioravanti (2009, p. 71) poder-se-ia dizer, então, que a constituição transnacional, tal a estatal, se posta como a

promessa jurídica de imaginar um futuro contrafactual e dispor as condições, caminhos e pré-compromissos que levem à sociedade ideal desejada (*società voluta*).

Nada obstante, a natureza complementar das constituições transnacionais não pode ser ignorada, pois “a alta fragmentação e especialização dos regimes de governança transnacional favorece a acumulação de poder e a formação de assimetrias sociais que só podem ser contornadas indiretamente [...]” (HOLMES, 2019, p. 82-83). Na avaliação de Pablo Holmes (2019) isso contribui para a formação de redes jurídico-políticas que, apesar de suas melhores intenções, podem ter capacidades cognitivas muito limitadas para produzir responsividade interna àqueles que estão fora do ambiente social dessas estruturas. Assim, a despeito da condição profíqua das constituições transnacionais no que toca à afirmação dos direitos humanos, não se pode perder de vista os mecanismos constitucionais estatais, especialmente nos terrenos da modernidade periférica. À vista disto, Gert Verschraegen (2011) sentencia:

Nas partes periféricas da sociedade mundial – onde os problemas de direitos humanos são mais salientes – o constitucionalismo da sociedade global deve ser complementado por esforços mais tradicionais de “construção do Estado”, envolvendo, por exemplo, forças de manutenção da paz internacional para garantir que as tréguas sejam mantidas, assistência multilateral para construir instituições nacionais, forças policiais, tribunais e serviços básicos de bem-estar e assistência governamental direta ou mesmo administração transicional [...] Isso não significa que a constituição política do Estado goza de primazia sobre outras constituições sociais, e que deve regular as estruturas fundamentais dessas sub-esferas; apenas aponta para a pré-condição estrutural de ter formas políticas efetivas. Também aponta para o fato de que os sistemas funcionais de direito e política ainda são caracterizados por níveis mais elevados de acoplamentos estruturais territoriais do que sistemas funcionais como a economia, ciência, religião, mídia de massa ou arte, que operam globalmente e são apenas frouxamente acoplados ao território (VERSCHRAEGEN, 2011, p. 227-228).

Em todo caso, à proporção que se reconhece – ainda que apenas a nível semântico – a natureza constitucional da norma global protetiva dos direitos humanos, abre-se vazão acadêmica para abstrair dessa tendência de constitucionalização global, uma “identidade transnacional” – uma retórica holística que prefigura a autoimagem jurídica de sujeitos transnacionais, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) ou a Carta da ONU. Contra Bardo Fassbender (2009) e Jurgen Habermas (2017b), no entanto, este pesquisador não assume a existência de uma constituição global cristalizada na Carta das Nações Unidas (1945).

Escrevem os teóricos, em síntese, que entender a Carta da ONU como uma constituição global permite soluções jurídicas adequadas para questões como a relação entre seu direito interno e o internacional, o significado da soberania dos Estados nas relações internacionais contemporâneas e a questão de até que ponto a decisão do Conselho de Segurança é imperativa (FASSBENDER, 2009, p. 281). A Carta forneceria, assim, uma moldura institucional dos objetivos de manutenção da paz, vinculando sua violação a uma ameaça realista de condenação penal e sanção junto ao Tribunal Penal Internacional, com a Corte Internacional de Justiça consolidando, em complemento, uma estrutura jurídica não excludente balizada na universalização de direitos.

Sem embargo, por não dispor de um órgão jurisdicional, mas apenas de mecanismos de monitoramento, o desenho institucional da ONU não permite uma interlocução com a jurisdição estatal, na expectativa de consolidar uma interpretação expansiva da norma transnacional. Ou seja, não há processo transnacional ou construção de pontes de transição entre dimensões constitucionais. Ainda, a generalidade e engessamento da normativa da ONU impede uma ampla aplicação dessa norma em controvérsias e conflitos jurídico-constitucionais nos mais variados estratos políticos. As peculiaridades sócio-históricas do Sul Global (conflitos armados, consolidações democráticas incompletas, fragilidade institucional, violências institucionalizadas contra grupos minoritários) por exemplo, escapam à genérica e idealista normativa da Carta da ONU.

Não bastasse, mecanismos de queixa e de denúncias de violações aos direitos humanos se mostram inadequados à complexidade hodierna de violações a direitos humanos e a forte politização da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança, confirmam a insuficiência do Sistema ONU, como atestam os casos da Guerra do Golfo e os atentados à Bósnia e Somália durante a Guerra Fria. A política internacional capitaneada pela ONU tem reforçado, desse modo, a estratificação entre Estados vilões e descentes, retroalimentando a retórica da liderança internacional de democracias liberais ocidentais a partir de uma indevida sobrecarga da visão idealista do cosmopolismo pós-nacional que, argumenta Marcelo Neves (2018b, p. 87), parte fundamentalmente de uma positiva experiência supranacional exclusiva do Oeste Europeu. Tem-se, pois, que no Sistema ONU

[...] a falta de um modelo de visão de poderes em virtude da supremacia efetiva do conselho de segurança sobre a Corte Internacional de Justiça e a Assembleia Geral das Nações Unidas conduz a uma instrumentalização dos textos normativos mediante este órgão

executivo, que também desempenha a função de natureza quase legislativa e de caráter jurisdicional [...] dessa maneira, o direito Internacional público é deixado de lado, na medida em que não corresponde às expectativas de grandes potências [...] Portanto, seja no plano dos elementos materiais nucleares (direitos humanos) ou no nível organizacional (divisão de poderes), há limites graves ao desenvolvimento satisfatório de uma racionalidade transversal entre direito e política internacional, o que exige cautela na afirmação de uma constituição como ordem autovinculante com primazia normativa (NEVES, 2018b, p. 93-94).

Mais acertado seria, defende esta dissertação, reconhecer a normativa regional de proteção aos direitos humanos como constituições transnacionais válidas entre os Estados-membros dos Sistemas regionais. Não uma constituição global balizada no Sistema ONU, mas ordens transnacionais focadas na afirmação regional da democracia e dos direitos humanos. O Sistema Global, importa dizer, não dispõe de recursos e expertise para promover e monitorar *todas* as violações aos direitos humanos. Os Sistemas Regionais, doutro lado, dispõem de proximidade dos Estados, oportunizando diálogos institucionais e interações entre atores políticos e jurisdicionados corriqueiras, bem como a realização de visitas e diligências, e a propriedade para discorrer e decidir sobre temas relativos à realidade constitucional dos Estados-membros, ressalta Njal Hostmaelinger (2017, p. 70).

Pode-se destacar, ainda, como auspiciosos particularismos dos Sistemas Regionais a relação direta com o financiamento pelos Estados, possibilitando deliberações e consensos sobre cortes e aumentos de gastos. Pode-se destacar, também, a existência de órgãos jurisdicionados, proporcionando a transformação desses espaços em “[...] *loci* não-estatais de deliberação, onde são possíveis a formação coletiva da vontade, a justificação de decisões previamente acertadas e o forjamento de novas identidades” (BERNARDES, 2011, p. 136). Ademais, em hipótese de descumprimento de preceitos das convenções, indivíduos e grupos de indivíduos estão habilitados a reivindicar reparação e sanção contra o Estado, de modo que a eventual condenação e cumprimento da sentença movimenta uma relação individuo lesado/Estado/ator transnacional que coloca o cidadão em uma posição substancialmente semelhante àquela de litígios domésticos contra a União.

Assim, a competência jurisdicional dos tribunais regionais reafirma sua natureza híbrida desses institutos e lhes concede uma natureza transformativa e performativa da normativa internacional muito similar à relação constituição estatal/tribunal constitucional. A construção democrática da norma transnacional, a partir de deliberações

públicas dos Estados, dos atores transnacionais e do cidadão é satisfatoriamente visualizada no contexto dos sistemas regionais de proteção aos direitos. Deste ponto de vista, as convenções regionais surgem como um híbrido entre um tratado (em sua forma) e uma constituição (em sua substância). Rosenfeld (2010, p. 197 ss.) classifica essa experiência como um “modelo transnacional de constituição”, entendendo se tratar de reconhecimento da norma global entronada em convenções regionais e interpretada por cortes internacionais como um *standard* constitucional apto a cobrar dos Estados sua internalização e consequente adequação formal e material.

Haveria, então, uma identidade transnacional incrustada, por exemplo, no regime supranacional da União Europeia ou no sistema multidimensional de proteção aos direitos humanos edificado pelo Sistema Interamericano e pelo Sistema Africano de direitos humanos e dos Povos. Repisando argumentos já adiantados nesta pesquisa, tem-se que essa identidade nasce de uma comunidade (jurídica) imaginada, organizada em volta não de memórias coletivas ou de um mito fundacional, mais de uma *práxis* jurídica que procura conduzir o *self* coletivo (Estados-membros e seus cidadãos) em direção ao pluralismo e à afirmação democrática. Michel Rosenfeld (2010) destaca, ainda, que os instrumentos de reconstrução da identidade constitucional são os mesmos a nível transnacional.

Isto é, uma pretensa identidade transnacional, embora passe por um processo de criação próprio, amplamente distinto do processo constituinte estatal, também está aberta a transformações e refigurações de natureza substantiva a partir da interlocução com outras dotações de conhecimento jurídico que serão, pela contraposição ao *ethos* pluralista, incluídas ou excluídas do esquadro normativo que engendra a norma transnacional. No âmbito transnacional, conquanto, o processo de reconstrução não é capitaneado pelos tribunais constitucionais, sendo, em verdade, compartilhado entre este último e os tribunais internacionais. A identidade normativo-axiológica do *self* transnacional é, pois, um atracadouro de interpretações da norma constitucional a partir de significados construídos na ambiência internacional, bem como de interpretação da norma internacional a partir de significados constitucionais.

Nesse prisma, o principal desafio dos legisladores e intérpretes envolvidos é “[...] reformular o modo de vida constitucional arraigado dentro de cada um dos Estados-membros e reimplantá-lo no nível interestadual” (ROSENFELD, 2010, p. 205). A angulação identitária que se visa excluir da identidade transnacional, portanto, são as normas e discursos ancorados na convicção de que o horizonte de ordenamento jurídico

estatal se encerra nas fronteiras dos Estados-nação. Ou seja, o desafio da (re)construção de uma identidade transnacional é consolidar um espaço *expandido* de valores compartilhados, reconciliando a essência constitucional dos Estados e o *ethos* pluralista cristalizado no discurso jurídico internacional. Embora resultado de autoconstituição, sua reconstrução é heterônoma, sempre recebendo validações do agente estatal. Retoma-se, assim, a lógica subsidiária ou complementar da ordem jurídica transnacional.

Deve-se destacar, outrossim, que a ideia de inclusão do Outro externo ao esquadro jurídico-político de uma democracia constitucional “[...] só pode ser mantido em práticas sociais de justificação de normas, regras, valores e interesses em que os próprios concernidos [...] podem se esclarecer sobre o que é igualmente bom para todos” (WERLE, 2017, p. 15). Ou seja, embora a idealização de uma identidade transnacional passível de interação e internalização pela identidade constitucional dos Estados se subsuma da ideia de que as fronteiras juspolíticas de uma comunidade estão abertas a todas as expressões identitárias e manifestações discursivas, é imperioso questionar se esse Outro externo (isto é, o ator transnacional não estatal) se insere no contexto de práticas sociais de justificação de normas e valores que balizam a reconstrução da identidade constitucional. Importa que a transnacionalização da identidade constitucional seja devidamente regulada e justificada.

É inescusado ponderar que a noção de “constituição” implica uma forma particularmente intensiva de legalização e de organização de um poder político, articulando uma forma de conviver. Imbricada, pois, com um “sentir e consentir constitucional” a consolidação de uma ordem constitucional solicita do *self* coletivo um cálculo reflexivo, um aceite do marco comum a partir do qual se deduzem os efeitos civis e morais do compartilhamento de uma narrativa política (VERDÚ, 1978, p. 24). No esforço interpretativo de pensar constituições transnacionais, é preciso se questionar, portanto, a quem essas constituições buscam capacitar. Constituição não poderá estar dissociada, então, de uma “[...] convicção emocional intimamente vivida por um grupo social quanto à justiça e à equidade do ordenamento jurídico vigente; que, por sua vez, motiva sua adesão pelo corpo social e conduz ao rechaço aqueles que venham a transgredi-lo” (BIELSCHOWSKY, 2021, p. 463). Logo, se as constituições transnacionais respondem à preocupação de unidade sociojurídica internacional, quem são os sujeitos de direito ou a “comunidade global” que formam um presuntivo *self* transnacional? (KOSKENNIEMI, 2005).

A avaliação de Anne Peters (2015) sobre o “constitucionalismo compensatório” ajuda a desvelar essa variável. Entende a pesquisadora que o desenvolvimento de constituições parciais na arena transnacional é produto da desconstitucionalização da governança doméstica. Em tese, os “[...] problemas globais obrigaram os Estados a transferir funções anteriormente tipicamente governamentais, como garantir a segurança humana, liberdade e igualdade, para níveis ‘mais altos’ e para atores não estatais que atuam de forma transfronteiriça” (PETERS, 2015, p. 2). O sentimento sobre o que deve ser o Direito existente (o ideal jurídico) se translada para o plano global. Resulta daí um esvaziamento da ordem constitucional doméstica. Em consequência, para que as conquistas do constitucionalismo sejam preservadas, é necessária uma constitucionalização compensatória no plano internacional. A consideração dos tratados e convenções internacionais enquanto um equivalente funcional da norma constitucional serve, pois, ao propósito de reafirmar e atualizar os compromissos constitucionais estatais.

Para tanto, o discurso jurídico internacional se posta como um significante vazio, uma ferramenta sociojurídica que unifica um conjunto de demandas equivalentes cujo princípio de universalização é a similitude com a qual estas demandas foram minoradas e antagonizadas pelos setores dominantes ou pela tradição jurídica pré-moderna (LACLAU, 2011, p. 91). Quando se fala, pois, em reconhecimento dos atores transnacionais não estatais como portadores de uma identidade transnacional, refere-se esta pesquisa menos ao que Marcelo Neves (2018b, p. 105) entendeu enquanto a formação de um “povo constitucional determinante de procedimentos” – nos moldes de uma institucionalização legislativa supranacional, como a União Europeia – e mais, como Nancy Fraser (2010, p. 65), da concessão de reputação moral à nível global para indivíduos violados em seus direitos reclamarem contra o Estado em nome da normativa internacional.

Remete-se ao pensamento de Fraser, pois, importa repetir, a ordem constitucional se expressa não apenas pela formalização de instâncias de representação democrática, legislação e decisão normativa, mas sobremodo pela vocalização de expectativas sociais e posicionamento identitário sobretudo na instância jurisdicional. Assim, tal qual na formação de uma identidade constitucional, aqui uma identidade jurídica se forma pelo recrudescimento e cristalização de anseios sociais no âmbito jurídico-normativo transnacional. É o caso, por exemplo, dos pleitos sociais que buscam na CtIDH o veículo para expectativas ignoradas pela ordem jurídica estatal ou dos movimentos políticos que

encontram na arena transnacional um espaço de reafirmação de contradiscurso crítico do *status quo* jurídico-político estatal.

Isto se dá, pois a norma transnacional se estrutura como receptáculo de lutas por emancipação e reconhecimento, de modo a se constituir como ferramenta jurídica internacional da política da diferença e de ausculta de narrativas não hegemônicas, das vítimas e grupos em situação de vulnerabilidade. Pode-se destacar a título de exemplo o papel da jurisprudência da CtIDH neste movimento de dínamo de expectativas sociais de atores estatais. Casos como Sandra Cecilia Pavez v. Chile (2021), Atala Riff v. Chile (2012), Gelman v. Uruguai (2011) e Ximenes Lopes v. Brasil (2006), são exemplos paradigmáticos de como o discurso jurídico internacional tem atuado enquanto veículo de recrudescimento de lutas sociais de grupos em situação de vulnerabilidade (*in casu*, comunidade LGBTQIA+, vítimas de regimes ditatoriais e pessoas com deficiência, respectivamente), servindo como instrumento nas lutas por reconhecimento dessas narrativas e garantindo, no mais das vezes, sua inclusão ao esquadro constitucional estatal.

Enquanto instrumento jurídico extra-sistêmico de reafirmação do discurso dos direitos humanos, a identidade transnacional, portanto, revela injustiças centrais à realidade estatal – como a baixa representação pública de grupos em situação de vulnerabilidade (âmbito político, de representação partidária, por exemplo) e o não reconhecimento de seus direitos (âmbito jurídico, alheamento dos espaços jurisdicionados de criação e afirmação de direitos) – bem como dinamiza o reconhecimento de expressões identitárias acometidas por tais injustiças. A título de síntese do pensamento, pode-se concluir que o “*download* da norma transnacional” (KOH, 2006, p. 746) pelos Estados, quando ingressam no processo transnacional, concede visibilidade a esses pleitos e estimula o reconhecimento enquanto sujeitos de direito de agentes em situação de vulnerabilidade.

A identidade constitucional, recorda-se, se reconstrói pela tradução de demandas sociais e políticas no terreno jurídico-constitucional. Alguns grupos, no entanto, não conseguem superar os obstáculos sociais mínimos que permitam sua organização e formulação de pleitos na esfera pública. O processo transnacional – ou seja, a interação *self* constitucional/*self* transnacional – dinamiza a inclusão dessas manifestações ao *corpus* constitucional, pois permite que grupos obstados na vocalização de seus direitos no âmbito doméstico, usem a jurisdição internacional como *locus* transnacional de afirmação de direitos ou de valorização de sua cosmovisão. Tem-se, assim, um padrão de

influências onde atores estatais não oficiais, como ONGs e a sociedade civil, acionam atores transnacionais na expectativa de que estes pressionem os Estados por reformas institucionais que garantam afirmação ou positivação de pleitos sociais (KECK; SIKKINK, 1998).

Conforme pontuado no capítulo anterior, a reconstrução narrativa da identidade constitucional se sedimenta sobre um débito social de reconhecimento e um imperativo dever de memória, envolvendo a ausculta de narrativas sociais e a positivação desses pleitos na arena normativa e nos espaços de deliberação e decisão (RICŒUR, 2006b, p. 86; FRASER, 2010, p. 16). Nesse sentido, a internalização da norma global pelas institucionalidades democráticas densifica e problematiza as (re)construções de identidade constitucional ao fornecer aos debates democráticos sobre direitos humanos limites axiológicos bem definidos, definindo um segundo nível de legitimidade ao processo de reconstrução de identidade constitucional. O processo transnacional, assim, assoma como uma estrutura pré-narrativa da identidade constitucional, de modo que a inclusão da norma transnacional concede credibilidade à argumentação dos agentes políticos e jurídicos, servindo de referencial paradigmático através do qual se conduz a argumentação na esfera jurídica interna.

A identidade constitucional, importa recordar também, se situa como uma retórica holística idealizável apenas numa estrutura diferencial da política de reconhecimento³⁹, de maneira que sua (re)construção envolve processos através dos quais o *self* constitucional introjeta ao *corpus* jurídico-constitucional uma construção cognitiva alheia à ordem jurídica pátria. A transnacionalização da identidade constitucional reforça precisamente essa particularidade conceitual e funcional das identidades constitucionais, pois trabalha como mecanismo jurídico complementar às lutas sociais por reconhecimento. Ao prestigiar atores e atrizes sociais cujas demandas são invisibilizadas ou esquecidas, o processo transnacional reforça a política de reconhecimento que permeia a ordem constitucional, garantindo judicialização de direitos individuais e de titularidade coletiva, cuja matriz de violação são fragilidades institucionais (como carência de

³⁹ O pensamento honnethiano fala em “política de reconhecimento” ao imaginar as lutas das minorias por respeito legal e reconhecimento social de sua identidade coletiva. O ponto de partida dessas lutas será a experiência compartilhada de exclusão social ou política, de indignidade e desrespeito. Logo, práticas estatais ou privadas que dizem respeito à identidade de suas vítimas, a um determinado grupo cultural, a uma expressão identitária ou a uma movimentação discursiva estigmatizada e humilhada, motiva os membros de um grupo a se unirem e a lutarem solidariamente pelo reconhecimento jurídico e político, pela cristalização de suas expectativas em uma norma jurídica ou de decisão conformada ao *corpus* constitucional. Desse modo, a reconstrução de identidade constitucional não está dissociada da consolidação de uma política de reconhecimento (HONNETH, 2017, p. 139).

políticas públicas direcionadas às mulheres ou à comunidade LGBTQIA+) e discriminações e microagressões (*e.g.* racismo e sexism) que não encontram uma contrapartida institucional.⁴⁰

Ao dar vazão institucional a movimentos sociais e políticos *a priori* ignorados pelas instâncias estatais e excluídos do processo constituinte e do processo de reconstrução constitucional, a internalização desta identidade ao esquadro constitucional pluraliza o rol de expressões identitárias que são percebidas positivamente pela identidade constitucional. Isto é, a transnacionalização da identidade constitucional permite que manifestações antes desconsideradas se sedimentem não enquanto irritações à ordem constitucional, mas enquanto transformações coerentes, que não atentam contra os pré-compromissos constitucionais ou com o *ethos* pluralista. Permite-se, assim, que demandas sociais fortemente repreendidas pelas organizações estatais (*e.g.* demandas de grupos de militantes, vítimas e combatentes de regimes ditatoriais) encontrem a ordem constitucional como um ponto de chegada.

A relação *self* constitucional/*self* transnacional, desse modo, empurra o fenômeno constitucional à superação de amarras institucionais legadas por um passado pré-constitucional ainda vivo, para, enfim, considerar o reconhecimento jurídico da diferença, a igualdade de direito de formas de vida culturais e sociais, a legitimidade de toda expressão política não antinômica à dignidade humana, a reputação moral de sujeitos em situação de vulnerabilidade para reclamar *contra* o Estado e, sobretudo, a legitimidade normativa e sociológica dos atores transnacionais para veicular essas movimentações sociopolíticas.

Essa perspectiva não ignora que a identidade constitucional se trata de uma fabricação sociopolítica, mas reconhece que o viver político moderno envolve necessariamente estruturas, atores e valores construídos para além do Estado

⁴⁰ Como recorda Adilson Moreira (2020, 2017), embora as práticas atentatórias ao direito de expressões identitárias minoritárias de ingressar no esquadro constitucional – e de ter seus pleitos cristalizados na identidade constitucional da comunidade política – tenham um matiz social, suas implicações recaem sobre o desenho institucional de regras formais e informais, influenciando, inclusive, a prática hermenêutica dos tribunais constitucionais e a atividade das casas parlamentares. No caso de posturas sexistas, por exemplo, Catharine MacKinnon (1991) destaca como a leitura e aplicação das instituições e normativas veem e tratam as mulheres da mesma forma que a herança sociocultural machista o faz – ou seja, as organizações oficiais estatais replicam a postura delineada historicamente na sociedade civil. A identidade transnacional se coloca, nesse sentido, no espaço da diagnose e colaboração do combate às discriminações sociais institucionalmente respaldadas. Nesse sentido, a título de exemplo, sobre a falha das institucionalidades nacionais no gerenciamento de políticas públicas direcionadas às expressões identitárias de gênero, Cf. SILVA; SILVA, 2021. Sobre o papel de atores transnacionais nesta mesma questão, Cf. CASONI; PERUZZO, 2021.

democrático. A legitimidade jurídica e política da ordem constitucional é, no contexto do direito transnacional, exógena à identidade constitucional, sendo indispensável que a narrativa constitucional mantenha coerência com o enredo e delineado pelos atores transnacionais não estatais. Em outros termos, para que o processo de reconstrução da identidade constitucional responda com precisão “quem é o *self* constitucional?”, a internalização do Outro externo não pode ser desconsiderado enquanto um mecanismo de afirmação do *ethos* pluralista e de consolidação da política de reconhecimento que baliza as democracias constitucionais ocidentais.

Por isso, quando procura responder se o sujeito constitucional (*subject-matter*) admite uma identidade global ou transnacional, Michel Rosenfeld (2010, p. 265) situa essa inovação teórica de sua tese na similaridade funcional entre o discurso internacional dos direitos humanos e o discurso constitucional dos direitos fundamentais. Pondera o autor, nesse sentido, que a implementação da ordem transnacional à identidade constitucional permite a elaboração aprofundada de uma “identidade do sujeito dos direitos humanos”, garantindo a convergência e integração necessária à relação evolutiva entre Direito Constitucional e Internacional. Desse modo, a identidade constitucional seria complementada pela interlocução e recepção da identidade jurídica do Outro Externo (nominada nesta pesquisa por identidade transnacional), tornando-se uma identidade híbrida, composta por cognições jurídico-axiológicas frutos do processo democrático constituinte e por dotações jurídicas resultantes do processo transnacional.

Quanto a essa hipótese, no entanto, três observações precisam ser levantadas. A primeira delas diz respeito aos inevitáveis desacordos entre a identidade constitucional e a identidade transnacional. Conforme destacado anteriormente, o processo transnacional não pode se opor à ordem constitucional, de modo a respeitar um equilíbrio entre experiências de inclusão e rejeição do Outro Externo. A adequada inclusão do Outro pleiteia, pois, um sistema constitucional que recepcione a norma transnacional a partir de procedimentos pré-definidos (dimensão formal), balizados numa suficiente semelhança axiológica entre normas constitucionais e transnacionais (dimensão material). Assim, se inexiste a similitude material ou se não são cumpridas as formalidades de inclusão, exsurge a legítima possibilidade de divergência e recusa da norma transnacional.

Desta observação resultam as duas ponderações subsequentes, quais sejam: (a) o cumprimento da promessa transnacional envolve a combinação de pontos de convergência formais (*e.g.* ratificação e recepção de tratados internacionais e cumprimento de sentenças internacionais) e materiais (resultado da adequação do direito

interno e do discurso constitucional ao *ethos* pluralista) entre *self* constitucional e transnacional; e (b) como circunstâncias de divergência são admitidas, é imperiosa a definição de prioridades no âmbito da norma constitucional, ou seja, cabe ao processo democrático reorganizar as garantias processuais e materiais do fenômeno constitucional, consolidando fronteiras entre o que deve ser regulamentado a nível constitucional e o que é legado à esfera transnacional. A divergência e consequente exclusão do Outro Externo somente pode ser lida como legítima se estes critérios estiverem bem definidos e adequadamente operacionalizados pelas institucionalidades democráticas.

A inclusão da alteridade no plano político ou jurídico do Estado moderno significa que as fronteiras juspolíticas de uma comunidade estão abertas a todas as expressões identitárias e manifestações discursivas, desde que coerente com os valores democráticos. Logo, a questão que se eleva à perspectiva de identidade constitucional é avaliar se o Outro externo (isto é, o ator transnacional não estatal) se insere ou não no contexto de práticas sociais de justificação de normas e valores que balizam a reconstrução da identidade constitucional. Em outros termos, a inclusão do Outro externo induz uma contribuição relevante à identidade constitucional? A inclusão da identidade transnacional trata-se, pois, do equilíbrio entre a essência (os traços de singularidade e a memória coletiva cristalizada na norma constitucional) e a ipseidade (a promessa transnacional de afirmação do *ethos* pluralista).

Nisto, “[...] para preservar a coesão e evitar divergências suscetíveis de conduzir a diferenças irreconciliáveis”, escreve Michel Rosenfeld (2008, p. 34), “[...] é necessário se reunir em torno de objetivos comuns, mas sem sacrifícios excessivos que afetariam o coração da identidade [constitucional]”. A ideia de inclusão do Outro externo e consequente transnacionalização da identidade constitucional, revisita, assim, a lógica ricoeriana da identidade narrativa. Na construção narrativa do *self* tudo é possível, mas nem tudo é benéfico, lembra Ricœur (2019, p. 180). Logo, nesta mimese metodológica de pensar a construção da identidade constitucional como uma narrativa juspolítica, a relação com o Outro Externo é uma dialética de posse e desapossamento, de reconciliação entre ordens jurídicas, mas sem a pressuposição de que estes *selves* são mutuamente excludentes.

Dentro deste enredo, a comunidade vivencia as mudanças e irritações que a interação com a alteridade e a passagem do tempo sócio-histórico fornecem, mas sem recepcioná-las nas hipóteses em que uma incongruência com a essencialidade dessa comunidade política é evidente. O que o constitucionalista norte-americano imagina, então, é a coexistência da norma global e da norma doméstica com o mínimo de ajuste e

reorganização das disposições constitucionais, através de resgate de ferramentas como o princípio da margem nacional de apreciação ou da justa reserva em tratados internacionais. Quer-se, pois, alcançar um equilíbrio ideal entre convergência e divergência entre identidade constitucional e identidade transnacional. Isso se deve ao fato de que, embora normas transnacionais criem entre os Estados uma comunidade pautada em valores e previsões normativas, em algumas hipóteses a internalização dessas normas pode violar uma previsão constitucional ou induzir nulificação de decisões jurídicas ou políticas legítimas e democraticamente referendadas.

Ciente disto Michel Rosenfeld (2008, p. 37) nega, por exemplo, a hipótese habermasiana da cidadania pós-nacional e do patriotismo constitucional. A partir destes conceitos Jurgen Habermas idealiza uma realidade juspolítica onde atos de participação popular historicamente ligados à população nacional são substituídos por práticas supranacionais e a integração social que organiza a comunidade política é pautada em um compromisso moral universalmente válido e cristalizado no discurso dos direitos humanos. Para Habermas, a noção de patriotismo constitucional é compatível com uma sociedade pluralista do ponto de vista cultural e político. Assim, “[...] através da construção de uma identidade constitucional comum, é possível articular a unidade da cultura política no contexto múltiplo de subculturas e formas de vida” (OLIVEIRA, 2006, p. 56).

A argumentação habermasiana pretende solver as incoerências entre identidade constitucional e identidade transnacional, portanto, forjando uma política unificada baseada em valores constitucionais universalmente compartilhados – ou seja, o discurso internacional dos direitos humanos. Na perspectiva de Rosenfeld, con quanto, a integração político-jurídica indispensável ao êxito do processo transnacional não deflui de um ajuste entre o particularismo da comunidade política e o universalismo da ordem jurídica internacional. “O constitucionalismo transnacional é possível, mas não deve ser concedido em termos de uma mera expansão ou adaptação do constitucionalismo do Estado-nação” (ROSENFELD, 2014, p. 192).

É necessária uma reconciliação regulada e justificada. O professor da *Yeshiva University* se recusa, assim, a pautar a aproximação entre *self* constitucional e *self* transnacional numa pretensa primazia sócio-ontológica dos direitos humanos. Advoga, então, que os movimentos de promoção e garantia dos direitos humanos são diversos e variáveis nas múltiplas arenas institucionais, sociais e políticas. Isto é, Estados, ONGs, militantes dos direitos humanos, tribunais regionais ou supranacionais, cada agente estatal

(oficial e não oficial) e não estatal experiencia a lealdade ao discurso jurídico internacional de uma forma distinta, de modo que narrativas diferentes sobre valores semelhantes exsurgem (ROSENFELD, 2010, p. 262).

Nesta empreitada, anota Rosenfeld (2010, p. 272), o primeiro desafio é determinar que *tipo de convergência* pode ser adequada para um universo cada vez mais inter-relacionado e fragmentado. O segundo desafio é verificar se pode haver um *critério viável satisfatório* para fins de estabelecer limites legítimos em relação à interação entre convergências e divergências. A presente pesquisa defende que a convergência *material* entre norma constitucional e norma transnacional precisa dispor-se como principal substrato para uma adequada transnacionalização da identidade constitucional. A reconciliação *self* constitucional/*self* transnacional é, antes de tudo, a compreensão de um valor comum – é delimitar o que é igualmente digno de respeito em mim e no Outro e que, portanto, não pode ser excluído do esquadro constitucional de um Estado que se pretende democrático e participativo da arena jurídica internacional moderna.

Quanto ao critério satisfatório de validação das divergências, comprehende-se que a norma constitucional seria legitimamente antagônica a este universo de significações transnacionais nas hipóteses em que é validada a nível democrático (ser a expressão da vontade popular e não de uma elite política) e institucionalmente justificada (respeitar o direito moral à justificação que fundamenta os direitos humanos). Aqui é adequado se apropriar da tese do “direito à justificação” delineada por Rainer Forst. Segundo o filósofo, para que sejam legitimadas moralmente “[...] as respostas morais às questões práticas devem [...] ser normativamente justificáveis igualmente em relação a cada pessoa afetada” (FORST, 2017, p. 17), pois todo afetado tem o direito de não estar subordinado a determinadas ações ou instituições que não possam ser adequadamente justificadas perante a dimensão juspolítica dos direitos humanos.⁴¹

O direito à justificação que é assegurado aos sujeitos de direito corresponde, assim, à obrigação incondicional de que exceções, restrições a direitos ou divergência a discursos institucionais majoritários estejam respaldados em justificação recíproca e geral. Uma justificação moral apta a legitimar um discurso jurídico, portanto, se pauta na reciprocidade e generalidade que baliza seu pressuposto normativo, ou seja, a não

⁴¹ A hipótese de uma justificação moral como substrato de análise da divergência normativa à norma transnacional é contextualizada à temática do discurso jurídico internacional sobre a ilegalidade das leis de anistia no capítulo seguinte, com foco especial na realidade brasileira de redemocratização e interlocução com o discurso interamericano sobre o tema. Para uma análise similar focando o caso do Uruguai, Cf. BRUZACA, 2022.

concessão de privilégios ou sobreposição de interesses (reciprocidade) e não exclui interesse e objeções de matriz política ou cultural (generalidade). É esta justificação, pautada em lógica pluralista e intercultural, que garante uma dimensão sociológica de legitimidade ao discurso jurídico estatal, ainda que em antagonismo ao *standard* internacional. O fato de nenhuma contrarrazão se postar em adversidade à norma estatal significa que ela pode ser reconhecida enquanto recíproca e geral, de modo que cada indivíduo poderá aderir à norma e exigir a sua estrita observância.

No que concerne à legitimação a nível democrático – isto é, ser a norma doméstica a expressão da vontade popular e não de uma elite política – Michel Rosenfeld (2012, p. 12) faz uma ressalva. O constitucionalista, em diálogo com a tese das iterações democráticas de Seyla Benhabib (2006), destaca que somente por um processo global de iteração democrática pode uma comunidade política elaborar ao longo do tempo uma concepção suficientemente particular de direitos moralmente fundamentado e de torná-los politicamente aceitáveis e legalmente utilizáveis na realidade transnacional. Ou seja, é impossível ignorar que as reivindicações de direitos e as construções juspoltíticas de significados constitucionais estão contemporaneamente abertos à argumentação, contestação, revisão e rejeição das instâncias jurídicas extra-sistêmicas.

Diante das argumentações desenvolvidas até aqui é possível avançar no estudo e considerar os limites e as ferramentas à transnacionalização de identidade constitucional. Estes elementos constitutivos são, no entanto, contextuais e amplamente dependentes da temática em discussão e do tipo de atores envolvidos (*e.g.* se tribunais supranacionais ou internacionais, se Estados Europeus ou latino-americanos, se relacionados a direitos individuais ou coletivos). O passo seguinte desta dissertação deverá, pois, abranger uma maior contextualização e avaliação prática das hipóteses até aqui apresentadas *in abstracto*. A questão relativa ao objetivo geral desta pesquisa (avaliação da experiência brasileira de transnacionalização da identidade constitucional) deve, no entanto, por agora ser deixada em suspenso. Importa antes conhecer o *self* transnacional alvo desta investigação – a Corte Interamericana de Direitos Humanos – e seus movimentos de consolidação de uma identidade transnacional genuinamente interamericana. É o que se passa a analisar no tópico derradeiro deste capítulo.

3.3 A identidade interamericana do sujeito de direitos humanos – instrumentos, contexto de surgimento e limitações

A despeito de sua relevância aos estudos constitucionais, os escritos de Michel Rosenfeld dedicam reduzido espaço às considerações sobre as experiências latino-americanas de (re)construção de identidade constitucional. Como anota Mark Tushnet (2010, p. 679), a teoria delineada pelo representante do *Critical Legal Studies* se caracteriza por sua condição fortemente eurocêntrica. As considerações de que uma identidade constitucional latino-americana estaria relacionada com particularismos sócio-históricos de um continente fortemente desigual a nível econômico e político, com democracias constitucionais nascidas de rupturas negociadas com regimes autoritários e um desenho cultural singular (múltiplas expressões identitárias, linguísticas e distintas cosmovisões) escapam não apenas a Rosenfeld, mas à maioria das recentes pesquisas sobre o tema.

A carência de uma análise detida dos projetos de identidade constitucionais na América Latina é recrudescida se considerada a dimensão transnacional. Pesquisas preocupadas em avaliar a participação do Outro externo no processo de reconstrução da identidade constitucional em países da América do Sul e Central são escassas. Alguns trabalhos pontuais focam-se na experiência caribenha – como a pesquisa desenvolvida por Wheatle e Campbell (2020) – enquanto pesquisas centradas na hipótese brasileira se ocupam de considerar apenas a perspectiva jurídico-formal da identidade constitucional, ponderando quanto aos impactos das emendas à constituição no redesenho do texto constitucional. Relega-se, assim, a dimensão relacional do fenômeno, retroalimentando a argumentação de que a identidade constitucional é monofocal, restrita à vivência política do Estado Democrático.

A nível jurisprudencial a consideração da identidade constitucional também é superficial na América Latina. Recentemente a Corte Constitucional da Colômbia, no julgamento do caso C-294/2021 – onde se decidiu a inconstitucionalidade do Ato Legislativo 01/2020, que procurou modificar a Constituição de 1991 para suprimir a proibição expressa à prisão perpétua – destacou a inconstitucionalidade que qualquer reforma tem por ambição à supressão de princípio que define a identidade da Constituição (COLÔMBIA, 2021, p. 24).⁴² No Brasil, doutro lado, uma pretensa “identidade

⁴² Declara, *in verbis*, a Corte Constitucional da Colombia: “La Carta Política de 1991 permite ser reformada por el Congreso de la República, pero los límites procedimentales y competenciales le impiden sustituirla, derogarla, suprimirla o reemplazarla. La jurisprudencia constitucional ha señalado que a pesar de que la Constitución no contiene cláusulas pétreas o inamovibles, sí cuenta con «principios axiales e identitarios que, si llegasen a ser reformulados, afectarian la identidad de la Constitución, convirtiéndola en un texto distinto [...] la Corte ha reconocido que una constitución

constitucional” é aludida para fazer referência às cláusulas pétreas do art. 60, §4º, da Constituição Federal de 1988, em uma série de Medidas Cautelares em Mandado de Segurança (MS 34474 MC, MS 34440 MC e MS 32262 MC) e no Recurso Especial 43433/2020.

A superficial consideração jurisprudencial da identidade constitucional na América Latina, e a absoluta desconsideração teórica de sua dimensão transnacional, contudo, não impede o levantamento de hipóteses quanto à influência de atores transnacionais na identidade constitucional dos Estados-membros do SIDH. Assim, incursionando nas críticas levantadas à teoria de Michel Rosenfeld e procurando ocupar um vazio dogmático deixado pelos estudos constitucionais, este pesquisador se esforça para desvelar o projeto de identidade constitucional que se delineia no contexto latino-americano, concedendo especial destaque à dimensão transnacional desta identidade. O tópico final deste capítulo se ocupa, pois, de evidenciar o projeto de identidade transnacional em curso no âmbito do SIDH, pontuando as ferramentas e limites (estruturais e simbólicos) à promessa de uma identidade interamericana, materializada no bojo do discurso jurídico da CtIDH.

Não se pode entender, no entanto, o impacto do Outro externo à identidade constitucional dos Estados latino-americanos sem compreender a singular experiência constitucional desta região, a qual é resultado das lutas sociais por igualdade social e distribuição equânime de benefícios econômico-financeiros que pululam na região desde o período colonial. Importa, pois, aclarar o substrato epistêmico sobre o qual atua o processo transnacional interamericano. Essas constituições têm reproduzido, em grande medida, compromissos institucionais e respostas jurídicas forjadas a partir de problemas formatados pelo discurso jurídico europeu, reeditando uma ideologia constitucional que apresenta em maior ou menor grau dificuldades quanto à realização das promessas e compromissos sedimentados no texto das constituições (BARBOSA; TEIXEIRA, 2017, p. 1125).

O chamado constitucionalismo latino-americano é dogmaticamente dividido por Roberto Gargarella (2018) em quatro momentos: (a) entre 1810 e 1850, com as antigas colônias espanholas e portuguesas preocupadas com a consolidação de sua

democrática contiene unos mínimos valores que sirven como límites competenciales del poder de reforma. Estos ejes definitorios de la Carta se encuentran asociados a un Estado limitado «que se fundamenta en la democracia, y garantiza la dignidad y los derechos de la persona». De esa forma, la renuncia a tales valores básicos implica cercenar y traicionar la identidad democrática de la Carta Política» (COLOMBIA, 2021, p. 75). Para um resumo do caso Cf, SÁNCHEZ; MALDONADO, [s.d.].

independência; (b) entre 1850 e 1917, centradas as constituições na proteção do direitos de propriedade das elites econômicas; (c) entre 1917 e 1950, com constituições orientadas à afirmação de direitos sociais, com especial destaque à Constituição Mexicana de 1917; e (d) entre 1950 e 2010, período em que os Estados focam a democratização e consolidação dos direitos humanos e do multiculturalismo como pedra angular dos textos constitucionais, como observado em Brasil (1988), Argentina (1994), Colômbia (1991), México (2011), Bolívia (2009) e Equador (2008).

Nesta pesquisa dar-se-á foco especial à última etapa evolutiva do constitucionalismo latino. No entanto, optou este pesquisador por não traçar distinções teoréticas entre as muitas constituições surgidas durante esse período. Logo, ao invés de estratificar os frutos do mais recente processo constituinte latino-americano, descobrindo as singularidades de cada experiência constitucional, apresenta-se aqui as semelhanças, isto é, os elementos axiológicos e estruturais que evidenciam de forma homogênea a descontinuidade, reordenação e transformação paradigmática ofertadas pelo novo constitucionalismo latino-americano e que permitem a proposição de um núcleo identitário comum às constituições dessa região – uma identidade-idem ou mesmidade inerente às constituições latino-americanas surgidas no último meio século.

As democracias constitucionais latino-americanas somente alcançam, no final do século XX, textos constitucionais fortemente vinculados aos direitos humanos e às pautas sociais, pois o cenário cultural e político da região até o final do século XIX fora auspicioso ao constitucionalismo liberal e colonizador de matriz europeia e preocupado especialmente com direitos das elites políticas e econômicas. Como destacam Antonio e Maria de Fátima Wolkmer (2016), embora seja um momento de emancipação das ex-colônias, o fenômeno constitucional que começa a se desenhar na América Latina neste período se consolida em especial para a consecução de garantias e manutenção da segurança do direito de minoria//s brancas, *criollas* e proprietárias de terras. O constitucionalismo nasce na América Latina, portanto, como instrumento em prol de um discurso hegemônico e legitimador de processos políticos que procuravam o desenvolvimento de um capitalismo periférico. Esse perfil ideológico-constitucional

[...] traduziu não apenas os valores da elite local, mas também expressou ideologicamente a junção de algumas diretrizes que garantiam esse aparato, tais como liberalismo econômico, o dogma da livre iniciativa, a limitação do poder centralizador de governante, a centralização burocrática, a concepção monista do estado de direito e a supremacia dos direitos. essas diretrizes são observadas por meio da exclusão de segmentos sociais majoritários que não podiam ser

observados pelo modelo pós-colonial, como as ações indígenas, as comunidades afro-Americanas e as massas de campesinos agrários (WOLKMER; WOLKMER, 2016, p. 187).

A partir de meados do século XIX, contudo, exsurgem constituições que procuravam conciliar demandas e privilégios das elites com outros pleitos sociais. Na maioria dos processos constituintes do período, portanto, a preocupação era “[...] como integrar as reivindicações de liberais e conservadores, numa área em que as diferenças entre eles eram particularmente significativas” (GARGARELLA, 2018, p. 112). As fórmulas de integração encontradas, sem embargo, foram muito insuficientes na maioria dos casos. A reconciliação *self/other* no princípio do constitucionalismo latino-americano não fora, pois, pautado na abertura à alteridade, mas em *gag rules* para matérias controversas (e.g. processo constituinte mexicano de 1857) ou uma superposição incoerente dos interesses conflitantes (como na constituição argentina de 1853 que previa concomitantemente liberdade de culto e *status especial* ao catolicismo).

Isso começa a mudar com as reformas sociopolíticas proporcionadas pela revolução ocorrida no México em 1910 e 1917. Resulta da Revolução Mexicana uma reforma constitucional que produz a primeira Constituição do mundo que inclui uma larga lista de direitos sociais e econômicos em seus artigos. Esta ruptura com a matriz colonialista e elitista do constitucionalismo oitocentista – ainda que meramente formal – seria posteriormente replicado no Brasil (1937), Bolívia (1938), Equador (1945) e Costa Rica (1949). “As novas constituições criadas desde então vieram a consagrar como próprias as listas de direitos mais complexas que rompiam com o velho molde e anexavam ao esquema dos direitos liberais vigentes os novos direitos sociais, econômicos e culturais” (GARGARELLA, 2018, p. 114). O constitucionalismo latino-americano a partir daqui se familiariza com as promessas constitucionais, abominando o significado meramente retórico de direitos e as estruturas representativas e regras sociais cooptadas pelas elites.

Será, contudo, somente na quarta fase do constitucionalismo latino-americano, quando da derrocada dos regimes autocratas que vicejaram na região durante os anos de 1960 e 1984, que começa a se desenhar o real desenlace das constituições latino-americano com macroestruturas e discursos hegemônicos. Tratar-se-á com mais vagar o processo de retorno à democracia – sobremodo do caso brasileiro – no capítulo final desta dissertação. Por hora, importa compreender que esse período da história constitucional latino-americana consolida o antagonismo à matriz colonizadora e liberal-conservadora

que definia, até então, os textos constitucionais. O silêncio constitucional às questões sociais e à ausculta de grupos em situação histórica de vulnerabilidade dão lugar à ampla constitucionalização de direitos sociais, políticos, culturais e econômicos que principiara com a Constituição Mexicana de 1917.

Desde o período fundacional do constitucionalismo latino-americano a região não havia vivenciado um processo constituinte genuinamente democrático, tendo experenciado constituintes conduzidas exclusivamente pelas elites, produtoras de constituições que cumpriam com os objetivos de manutenção de privilégios (PASTOR; DALMAU, 2010, p. 22-26). Este período do constitucionalismo latino-americano é caracterizado, assim, por processos constituintes que assumem a necessidade de legitimar, sob um enfoque formal e axiológico, a vontade social de mudança da realidade sociopolítica por meio da sedimentação de um desenho constitucional legitimamente democrático – isto é, produto de uma experiência coletiva, representativa de ampla maioria da comunidade política, restringida por pré-compromissos sociais e procedurais e teleologicamente direcionada à criação de uma instituição justa, igualitária e plural.

A massiva cristalização no texto constitucional – e mais recentemente, no discurso constitucional a partir da atuação progressista de tribunais constitucionais⁴³ – e a constante busca por instituições amplamente representativas das expectativas sociais se apresentam enquanto a inconteste e definitiva expressão normativo-axiológica das modernas democracias constitucionais latino-americanas. O novo constitucionalismo latino-americano emerge, pois, como produto jurídico-político dos contradiscursos críticos-emancipatórios do final do século XX que pretendiam a reparação de falhas históricas do constitucionalismo regional pela inclusão de excluídos ao esquadro social (positivação de direitos) e reformas institucionais que garantissem a concretização de direitos individuais e coletivos (políticas públicas que cumprem com a promessa constitucional).

O novo constitucionalismo latino-americano é diagnosticado nas atuais constituições do Brasil (1988), Colômbia (1991), Paraguai (1992), Equador (2008), Argentina (reformada em 1994), México (reformada em 1992), bem como na recente proposta de Constituição do Chile (2022) – esta última refutada pela comunidade política em referendo. Essas constituições produtos do novo constitucionalismo latino-americano, embora disponham de particularidades que as singularizam – como uma forte vinculação

⁴³ Nesse sentido, Cf. *supra* nota de rodapé 18.

ao discurso decolonial e plurinacional (constituição da Bolívia, Colômbia e Equador), uma maior aproximação com o discurso jurídico internacional de proteção dos direitos humanos (Argentina e Honduras) ou à mutação constitucional para ampliação de direitos (Brasil) – podem ser acertadamente apresentadas enquanto portadoras de um mínimo denominador comum que identifica formal e materialmente as constituições modernas da América Latina.

Além da ampla lista de direitos entronados na ordem constitucional e da forte propensão democrática e representativa dos processos constituintes, constitui traço de identidade do constitucionalismo latino-americano um processo muito particular do Sul Global de conformação da unidade jurídico-política do *self* coletivo pensado em termos de valorização das diferenças. Nas palavras de Rodrigo Uprimny (2011), o recente processo constituinte latino-americano “[...] enfatiza que a unidade não se realiza por uma homogeneização das diferenças culturais [...], mas por uma forte valorização das diferenças e uma maior aprovação do pluralismo em todas as suas formas” (UPRIMNY, 2011, p. 1589-1590). Desagua daí o reconhecimento das nações enquanto instâncias multiétnicas e multiculturais. Essa forte dimensão pluralista que permeia o constitucionalismo latino-americano, contudo, não se limita à narrativa política de uma identidade nacional cultural e etnicamente diversa.

O discurso multicultural extrapola a dimensão simbólica, fazendo das constituições espaços normativos de promoção da diversidade a partir do reconhecimento da alteridade e da concessão de direitos especiais para comunidades indígenas e quilombolas, por exemplo. Ganham destaque nesse sentido as constituições de Bolívia e Equador que sugerem a existência de um Estado multinacional, onde as tradições e idiomas das comunidades originárias passam a compor o discurso jurídico-político oficial da nação. Ainda, o reconhecimento da terra como propriedade coletiva inalienável das comunidades, a liberdade na administração dos recursos e o estabelecimento de arrecadação de tributos aos povos tradicionais e reconhecimento da água como um direito humano e patrimônio da sociedade – previsões normativas das constituições colombiana e equatoriana – são exemplos de como o constitucionalismo latino-americano tem se caracterizado para uma tentativa de resgate cosmovisão alternativa dos povos tradicionais.

Esse traço identitário principia com a introdução do conceito de diversidade cultural nas constituições produzidas durante a década de 1980 (Constituições da Guatemala [1985], Nicarágua [1987] e Brasil [1988]), até evoluir para a agregação ao

texto constitucional das ideias de Estado pluricultural, incorporando-se à ordem jurídica um catálogo de direitos coletivos inspirados na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes. A grande inovação aqui é a operacionalização da ideia de um pluralismo que rompe com a visão monista de uma identidade entre Estado e direito. O pluralismo do constitucionalismo latino-americano encontraria seu apogeu nas constituições de Bolívia e Equador, onde, no contexto da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, reconhece-se oficialmente a autonomia e livre determinação dos povos originários (FAJARDO, 2011).

Embora Bolívia e Equador recebam destaque enquanto experiências paradigmáticas deste traço identitário do constitucionalismo latino-americano, importa ressalvar como a constituição brasileira foi pioneira no movimento de ampla abertura do fenômeno constitucional à alteridade e de valorização dos contradiscursos das comunidades tradicionais. Antes da Constituição Federal de 1988 as constituições “[...] quando tratavam da questão indígena apenas reconheciam a língua ou a cultura, mas não a terra e a territorialidade, enquanto direitos coletivos, nem o direito de continuar a ser povo” (SOUZA FILHO, 2016, p. 172). A atribuição do multiculturalismo enquanto traço identitário do constitucionalismo latino-americano é, portanto, uma experiência evolutiva que principia na inovação trazida pela constituição brasileira e desagua no discurso intercultural e plurinacional do constitucionalismo andino (SANTAMARÍA, 2011, p. 17).

O que o constitucionalismo latino-americano faz neste momento é reconhecer as expressões identitárias e discursos culturais infrassistêmicas (ou seja, o Outro interno), antes ignorados pelo fenômeno constitucional. O que amalgama as distintas experiências de abertura constitucional às expressões identitárias dos povos tradicionais, no entanto, concluem Bragato e Castilho (2014), é a sedimentação de uma episteme constitucional decolonial, balizando a positivação e concreção da norma constitucional na correção da profundas violações a direitos individuais e coletivos dos grupos étnicos latino-americanos por conta do projeto imperialista e das concepções humanistas europeias que hierarquizavam as relações entre colônia e metrópole, excluindo da tutela do Estado povos indígenas e afrodescendentes.

O constitucionalismo latino-americano, nesse sentido, invariavelmente se relaciona com um projeto de construção de identidade coletiva (em sua angulação política e jurídica) na qual “[...] as diferenças, anteriormente produto das incompREENsões e interesses de poder, são solapadas [...] com o objetivo de poder negociar as diferentes

experiências intersubjetivas desde as quais vemos e construímos as realidades nas quais estamos inseridos” (BRAGATO; CASTILHO, 2014, p. 17). Afastando-se, assim, da influência liberal e europeia que definia os primeiros momentos constituintes do constitucionalismo na região, os processos constituintes mais recentes procuram entender os momentos históricos e políticos nos quais a América Latina se construiu, para formular expressões normativas antagônicas à exploração e subjugação que a história colonial legou a esses Estados.

Recusando em parte a linguagem constitucional eurocêntrica, estranha aos problemas sociais e políticos do Sul Global, os Estados procuram vincular o texto constitucional às suas experiências culturais (*e.g.* cosmovisão indígena da *pachamama*, no Equador) e sociais (por exemplo, a ampla positivação de direitos econômicos e políticos, buscando romper com a violência institucional das antigas ditaduras e com a desigualdade, produto das políticas liberais promovidas nos anos 1990). Aproximando-se, assim, de um “processo de categorização do Direito” (MOREIRA, 2020, p. 224), as constituições latino-americanas procuram compensar a exclusão radical de setores majoritários da sociedade, ocorrida durante os períodos colonial e ditatorial, consolidando um constitucionalismo social que enxerga a pluralidade dos pleitos sociais para construir um *self* constitucional coerente com a realidade cultural e política da região. Logo,

o fato de os processos constituintes latino-americanos terem insistido na diferença entre o Estado a ser destruído e o Estado a ser construído, na ruptura democrática com o antigo e no compromisso com a democracia material sobre a formal, é visualizado de fato nas incorporações nos textos de componentes diferenciadores que, em muitos casos, servem apenas como elemento simbólico de distinção do processo perante a rejeição do passado imediatamente anterior e a esperança de futuro que o novo texto constitucional dará origem. Os rascunhos dos textos constitucionais são evitados, por isso, de referências à referida linguagem simbólica, que se relaciona com o fortalecimento da dimensão política da Constituição – e, nesse sentido, com a leitura particularizada que os cidadãos fazem dela (PASTOR; DALMAU, 2010, p. 27-28).

Traço de identidade das modernas constituições na América Latina é, portanto, a pretensão de contestar uma visão homogeneizante da modernidade ocidental, propondo uma emancipação pela inclusão da cosmovisão das populações originárias. Essa propositura, entretanto, não se restringindo ao texto constitucional, alcança o discurso dos tribunais constitucionais. Siddharta Legale (2016) demonstra, nessa esteira, como a concepção de vida e dignidade humana esposada pelos tribunais constitucionais de Equador e Bolívia é sensivelmente distinto, abarcando noções da cultura andina para

pensar a vida humana como criação perpétua e ciclos dotados de constante transição, relacionando-se à harmonia com a natureza. Desse modo, no Equador (caso 0072-14-CN) entendeu-se pela não subsunção de uma série de assassinatos cometidos pela Comunidade Waorani ao tipo penal de genocídio. Doutro lado, na Bolívia (sentença n. 0206/2014) reconheceu-se, em respeito à cosmovisão de povos tradicionais, a constitucionalidade da previsão normativa que tipifica o aborto no país.

Tem-se, pois, que a progressiva positivação de direitos econômicos, sociais, culturais e políticos, a cristalização do multiculturalismo no texto e discurso constitucional, bem como a insistência de que as institucionalidades sejam a representação democrática e igualitária de toda a comunidade política se apresentam como as principais marcas de identidade do moderno constitucionalismo latino-americano. Sem embargo, a positivação e reconhecimento de direitos e garantias individuais (especialmente daqueles que foram suprimidos durante as ditaduras em voga na região entre 1960 e 1984, como a liberdade de expressão ou garantias judiciais, como o *habeas corpus*) também ganham destaque no constitucionalismo latino-americano. A incorporação de direitos e garantias individuais está relacionada a dois outros traços de identidade do constitucionalismo regional – as amplas reformas institucionais e a edificação de normas programáticas.

As constituições que emergem dos mais recentes processos constituintes latino-americanos estiveram preocupadas com a positivação dos direitos individuais na ambição de atribuir à ordem constitucional uma dimensão prospectiva, orientando a atuação política e decisória das organizações democráticas a partir de premissas materiais. Ao prever direitos positivos à comunidade política (e.g. direito à privacidade, ao devido processo legal, à liberdade de expressão e ao voto), a constituição estaria estabelecendo objetivos a serem perseguidos pelo Estado – uma promessa. A estrutura jurídico-normativa das constituições latino-americanas tem sido, então, especialmente após a redemocratização, composta de normas constitucionais programáticas que estabelecem um fundamento constitucional, consolidando juridicamente fins e programas de ação pensados para melhoria das condições sociais. Assim, os direitos são positivados e adjetivados de modo a reforçar e qualificar-lhes a efetividade – apresenta-se, pois, os caminhos e critérios de conversão do contrafactual em factual.

Desse modo as normas constitucionais legitimam e estimulam políticas públicas e ações afirmativas que possam tornar esses direitos positivos reais e efetivos. Ao consolidar, por exemplo, liberdade de expressão, igualdade de gênero e direito à não

discriminação, o constitucionalismo latino-americano condiciona a adoção de certas abordagens nas políticas públicas e decisões legais. A delimitação destas promessas constitucionais dialoga com as reformas constitucionais da região, que incorporam ao Judiciário fortes compromissos com os direitos humanos e com a efetividade das prestações jurisdicionais. Muitas destas reformas envolveram (a) a instituição ou reforma do Ministério Público; (b) instituição ou reforma de conselhos de magistratura; (c) a eleição dos juízes a cargo da população; (d) a facilitação de acesso dos cidadãos ao litígio judicial; (e) a criação de tribunais constitucionais; (f) atribuição do poder de revisão e reforma judicial às cortes constitucionais e (g) modificação das regras de nomeação de juízes e ministros (GARGARELLA, 2018, p. 118; INCLÁN; INCLÁN, 2005, p. 60).⁴⁴

A principal reforma judicial é a atribuição às cortes constitucionais do poder de revisão dos atos do Executivo e Legislativo (caso do México, em 1994) ou do controle difuso e concentrado de constitucionalidade (caso do Brasil, 1988). Essas reformas permitem que as robustas constituições latino-americanas encontrem o devido amparo de institucionalidades que disponham de competência e legitimidade para movimentar as engrenagens necessárias à afirmação e concreção dos direitos ali predispostos. Tais reformas judiciais, embora variem entre os países, são similares funcionalmente – todas procuram o cumprimento da promessa constitucional e consequente resolução do problema de falta de independência e transparência dos poderes judiciais na região, dado um passado histórico comum onde as instituições ocupavam mera função instrumental, aos auspícios das elites políticas.

Em países como Colômbia e Costa Rica essas reformas constitucionais levaram ao surgimento de um forte ativismo judicial, de modo que muitos dos problemas jurídicos ou políticos – antes resolvidos pelo Executivo ou Legislativo – costumam agora ser decididos pelos tribunais. A consolidação de uma identidade constitucional latino-americana nos últimos cinquenta anos não tem significado, no entanto, uma imediata transformação da realidade sociopolítica das democracias constitucionais da região. Em verdade, em alguns países a consolidação de traços de identidade do constitucionalismo

⁴⁴ Na Argentina, a exemplo, instaura-se o *Consejo de la Magistratura*, o qual realiza a seleção dos juízes federais e nacionais, o controle disciplinar dos magistrados argentinos e a administração do Judiciário, excetuando-se de sua competência administrativa a *Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Experiência similar é visualizada na Colômbia, onde a Constituição de 1991 inaugura a Corte Constitucional, que avoca para si a competência constitucional antes atribuída à Corte Suprema de Justicia (existente desde a constituição colombiana de 1853). No Brasil, a Constituição de 1988 ampliou a autonomia administrativa e financeira do Judiciário, criou o Superior Tribunal de Justiça (responsável pela uniformização da interpretação das leis federais) e renovou o Ministério Público, ampliando suas atribuições e garantindo maior autonomia.

latino-americano foram consideravelmente restrin-gidas por contextualidades políticas e crises econômicas.

No entendimento de Rodrigo Uprimny (2011, p. 1604) isto mostra como a consolidação de uma identidade constitucional latino-americana tem evoluído em duas tendências – em alguns países, a positivação de direito e reformas judiciais resultaram em uma forma verdadeiramente nova de constitucionalismo social e transformador. Noutros Estados, enquanto, essa positivação de direitos não encontra a sua definitiva efetivação e as reformas institucionais funcionam apenas como mecanismo de restauração da legitimidade de ordens sociais e políticas desiguais preexistentes. Concordando com o jurista colombiano estar-se-á assumindo uma leitura reducionista da questão. Com efeito, soa mais adequado, buscando atribuir a esta pesquisa o devido rigor investigativo, aderir à avaliação esposada por Roberto Gargarella (2013, p. 196-207), o qual pondera quanto aos “impactos interseccionais” das inovações promovidas pelo novo constitucionalismo latino-americano.

Referidos impactos interseccionais se referem aos modos pelos quais a incorporação de novos direitos afeta a organização do poder nos Estados latino-americanos, bem como o modo pelo qual as novas práticas políticas na região afetam a declaração dos direitos e garantias constitucionais. Neste veio argumentativo, importa sobremodo a ponderação do professor argentino quanto ao bloqueio que velhas estruturas e organizações de poder proporcionam às novas propostas jurídico-políticas – experiência visualizada, em maior ou menor grau, em todos os países da região. Essa hipótese se comunica com a diagnose feita por Manuel e Roberto Garretón (2010) das amarras autoritárias herdadas do passado ditatorial que limitam o caráter democrático na América Latina. Compreender o êxito ou fracasso da promessa constitucional exige, pois, reconhecer o lugar peculiar que ocupa a dimensão não reformada da organização dos poderes políticos.

O que destaca Gargarella (2013) é que, no moderno processo de constitucionalização da região, transforma-se a angulação axiológica da identidade constitucional – inclusive, com uma ruptura formal com o passado pré-constitucional autoritário e colonialista – mas o substrato social do qual medra o *self* coletivo não se altera, inviabilizando uma real reconstrução da identidade constitucional pela concreção de direitos positivados e sua posterior ampliação material por força do discurso constitucional. O *design* constitucional na América Latina tem sido, pois, incapaz de contornar a complexidade social da região, deixando à margem da tutela constitucional

parte significativa da comunidade política. A moderna construção de uma identidade constitucional na América Latina peca, pois “[...] os reformadores legais dedicaram a maior parte de suas energias à criação de novos direitos, deixando a organização dos poderes essencialmente intocadas” (GARGARELLA, 2018, p. 214).

Transforma-se o texto e o discurso constitucional, mas o núcleo da máquina democrática não é alterado. Os Estados nutrem uma identidade axiológica comprometida com a democracia, com o pluralismo jurídico e a igualdade, mas suas práticas institucionais rejeitam esses mesmos ideais ao abraçar uma organização política tradicionalmente verticalizada e pensada para retroalimentar desigualdades e privilégios políticos. Tem-se, pois, no âmbito do constitucionalismo latino-americano – recorrendo-se agora à gramática de Marcelo Neves (2018a, 2020) – um texto constitucional suficientemente abrangente (isto é, formalmente inclusivo e aberto à alteridade), mas que se vê restrinido no plano da concretização das expectativas e promessas constitucionais por variáveis estruturais como desigualdade social, ausência de políticas afirmativas, discursos institucionais excludentes e instituições frágeis, suscetíveis de cooptação por engrenagens não democráticas.

Cria-se, então, uma ambição jurídico-política estratificada em agentes sociais com livre acesso às garantias constitucionais (sobreintegrados ao esquadro constitucional) e outros alijados, invisibilizados em suas lutas por reconhecimento e furtados da prestação funcional do Estado (subintegrados ao esquadro constitucional). A esta realidade constitucional Neves (2020, p. 139 ss.) chama por realidade social desjuridificada. Nesse contexto social as reformas constitucionais são executadas e o discurso constitucional se movimenta, ainda que pontualmente, no sentido de ampliação material de direitos e consequente concreção de expectativas sociais, mas as estruturas sociais e relações de poder permanecem inalteradas, tornando tais reformas ineficazes, enquanto opera o discurso constitucional apenas instrumentalmente, em favor de parcela dos cidadãos, produzindo mais exclusão (marginalização e bloqueio prático do acesso positivo aos sistemas sociais) que inclusão de expressões identitárias e discursivas ao esquadro constitucional.

Isto é, o fenômeno constitucional não funciona como sistema de orientação das expectativas normativas, pois as condições sociopolíticas necessárias à operacionalização da dimensão contrafactual da identidade constitucional – ou seja, a efetivação das normas programáticas – nunca são positivas e em raras oportunidades os direitos fundamentais são concretizados ou ampliados. Como a normatização de expectativas sociais não

encontra o adequado respaldo na institucionalização de condições políticas, a realização das promessas constitucionais se torna indefinidamente aberta ao futuro e suscetível de bloqueios por discurso não jurídicos – como discursos políticos e econômicos (NEVES, 2018a, p. 165; NEVES, 2020, p. 217). As identidades constitucionais latino-americanas existem, portanto, imersas num contexto de falta de condições sociais e políticas para a realização da constituição.

É em função desta particularidade em que orbitam as identidades constitucionais na América Latina, conquanto, que o aspecto transnacional surge como uma rota de fuga importante à concreção das constitucionalizadas expectativas sociais. Conforme sedimentado no tópico anterior, a identidade transnacional se coloca no espaço da diagnose e colaboração do combate às discriminações sociais institucionalmente respaldadas. A transnacionalização das identidades constitucionais, importa repetir, funciona como mecanismo jurídico complementar às lutas sociais por reconhecimento e reconstrução, pois, ao prestigiar atores e atrizes sociais cujas demandas são invisibilizadas ou esquecidas, reforça a política de reconhecimento que permeia a ordem constitucional, garantindo judicialização de direitos individuais e de titularidade coletiva que, embora positivados, não alcançam o nível da efetivação.

Na América Latina, a vinculação da ordem constitucional ao discurso dos direitos humanos tem sido veiculada pela adoção expressa do princípio *pro homine* e de uma interpretação dinâmica do texto constitucional a partir do discurso jurídico propalado pelos órgãos que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) (BELAUNDE, 2014, p. 407). A princípio composto apenas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – criada em 1953 por ocasião da 5^a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores e formada por 7 membros eleitos pelo Conselho da OEA – o SIDH se limitava a um órgão estritamente político, responsável por estimular a consciência dos direitos humanos formulando recomendações, preparando estudos e servindo de corpo consultivo à OEA.

Com a reforma da Carta da OEA, em 1967, e a aprovação, dois anos depois, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), contudo, reorganiza-se funcional e estruturalmente o SIDH. A partir de então, como parte do maquinário de supervisão e proteção dos direitos humanos na região se estabelece, em apoio à CIDH, um órgão jurisdicional imbuído de competência consultiva e contenciosa – a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH). Isso se insere no contexto da renovação paradigmática do constitucionalismo latino-americano no último interregno constituinte

destacado na dogmática de Gargarella (2013) – entre 1950 e 2010. Nesse período, procurou-se combater a realidade social desjuridificada da região pela abertura da ordem constitucional pátria ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, complementando a positivação de direitos com a ratificação de tratados internacionais de direitos humanos e sua internalização à ordem jurídica estatal com *status* constitucional ou supralegal.

A criação e reforma funcional e estrutural do SIDH estão intimamente relacionadas à homogênea tentativa dos Estados latino-americanos de romper com regimes autoritários e dar prosseguimento à sua consolidação democrática. A incorporação da CADH ao regime constitucional ampliou o reconhecimento jurídico dos direitos fundamentais e contribuiu na promoção das citadas reformas institucionais, especialmente durante os primeiros anos de atuação de Comissão e Corte Interamericana, quando o combate a crimes de desaparição forçada, execução sumária e aplicação de anistias ilegítimas compunha o núcleo do discurso jurídico interamericano. Assim, o SIDH fora peça fundamental da consolidação do sistema democrático na região, pois

a maioria dos países latino-americanos aprovou o tratado de direitos humanos e aderiu ao SIDH na fase de transição para a democracia, com propósitos diversos, mas em muitos casos como uma espécie de antídoto para evitar o risco de retrocessos autoritários ao vincular seus sistemas de direito políticos e jurídicos ao ‘mastro’ da proteção Internacional. Abrir as questões de direitos humanos ao escrutínio Internacional foi uma decisão funcional para os processos de consolidação do quadro institucional durante as transições, pois contribuiu para ampliar as garantias e direitos fundamentais em um sistema político delimitado por atores militares como poderes de voto e pressões autoritárias ainda poderosas (ABRAMOVICK, 2011, p. 217).

O órgão jurisdicional do SIDH, conquanto, atualiza sua jurisprudência ao longo de sua existência, construindo, mediante as interpretações fixadas em sentenças, opiniões consultivas e medidas provisionais, um discurso jurídico interessado na reconstrução da identidade axiológica da Convenção Americana. A CtIDH, portanto, dinamiza o processo transnacional em curso na América Latina ao construir um *corpus* jurisprudencial direcionado à interpretação evolutiva da CADH. Logo, sem descurar de sua preocupação apriorística de afirmar direitos que foram sistematicamente sujeitos a violações durante os regimes militares (como a liberdade de expressão e o direito à vida), a CtIDH foca-se em operacionalizar o direito de grupos em situação de vulnerabilidade, atualizando sua jurisprudência para incluir novas demandas sociais que pululavam, como direitos de gênero, étnicos e de titularidade coletiva.

A igualdade substantiva é, com efeito, preocupação central nas interpretações que a CtIDH tem promovido nos últimos anos. Sua construção jurisprudencial tem se interessado em referenciar o *corpus juris* do moderno Direito Internacional e de interpretar a CADH com um instrumento jurídico vivo, considerando as mudanças socioculturais vividas pelos Estados ao longo do tempo. Isso permite que a CtIDH se coloque como agente transnacional que colabora de forma mediata com as iniciativas jurídicas de eliminação de privilégios e dinamização da inclusão da diferença no quadro constitucional – seja pela vocalização de pleitos sociais ignorados ou pela determinação judicial de que Estados violadores desses direitos se adequem ao *standard* interamericano de promoção dos direitos humanos. Desse modo, o discurso jurídico interamericano tem se colocado como um instrumento em prol de uma interpretação atualizada da CADH.

A atuação judicante da CtIDH tem, pois, induzido a consolidação de um *ethos* pluralista essencialmente interamericano. Ou seja, tem o órgão jurisdicional do SIDH, desde sua criação, se ocupado de definir em seu *corpus jurisprudencial* as diretrizes normativas e axiológicas das quais os Estados-membros que reconhecem a sua jurisdição constitucional precisam cumprir, sob pena de violação à CADH. Essa colaboração transnacional tem sido positiva à consolidação democrática e à pedagogia dos direitos humanos. Ao se apresentar como o referencial normativo-axiológico a partir do qual os Estados-membros devem modular suas práticas e decisões institucionais, no entanto, a CtIDH se coloca na condição de corte constitucional transnacional, legitimada a designar o *ethos* pluralista que organiza substancialmente toda ordem constitucional (LEGALE, 2020, p. 188-196; PASQUALUCCI, 2014, p. 12-14).

Em Ivcher Bronstein v. Peru (1999), a título de exemplo, a CtIDH confirma essa hipótese. No caso, interpretando o artigo 62.3, da CADH, sustenta que o alcance de sua competência é autodefinido e sua jurisdição contenciosa tratar-se de cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, logo, não permitindo nenhuma interferência por parte dos Estados que haviam reconhecido formalmente. Continua argumentando que, enquanto um tratado de direitos humanos, a CADH está imbuída de uma dimensão axiológica que consagra obrigações de caráter objetivo para os Estados que a ratificam e recepcionam. Ao sentenciar tal caso, portanto, a CtIDH reafirma de forma inescusável que a vinculação dos Estados ao processo transnacional que é gestado no SIDH envolve um compromisso de garantir a efetividade dos direitos humanos e de cumprir, respeitar e operacionalizar a jurisprudência da CtIDH (CORTE INTERAMERICANA ..., 1999).

Neste sentido, o jurista alemão Armin Von Bogdandy (2019) argumenta que a sistemática interação do *self* constitucional com sua contraface transnacional tem feito do constitucionalismo latino-americano um instrumento de transformação social. O autor chama atenção para o efeito pedagógico e performativo do discurso jurídico interamericano. Ao abordar problemas estruturais próprios da América Latina (instituições fracas, exclusão social, violência promovida por atores estatais e desigualdade econômica e política) a CtIDH consolida um *ius commune* latino-americano em direitos humanos, no qual podem as constituições estatais se ancorar, fazendo uso destas disposições normativas e axiológicas como referencial para a sua atuação judicante (construção de normas de decisão e mutação constitucional) e legiferante (construção de norma jurídica, leis ordinárias e complementares).

Sustenta o teórico que importa compreender essa atuação da CtIDH como válida e legítima, não apenas porque contribui à afirmação de direitos individuais e coletivos antes parcamente positivados, mas sobretudo porque se trata de um processo multilateral, não estando restrito à CtIDH. Von Bogdandy (2019, p. 236) ressalta, pois, que a jurisprudência interamericana é movimentada por litígios estratégicos que envolvem as vítimas e organizações da sociedade civil, como ONGs, advogados dos direitos humanos e, por vezes, a comunidade acadêmica. Instituições nacionais, por demais, como a Defensoria Pública, o Ministério Público e magistrados têm papel de destaque na aplicação pontual da *opinio juris* que a CtIDH constrói. Ainda, a maioria das constituições latino-americanas atribui *status* constitucional ou supralegal à CADH, de modo que não há restrições formais a mutações no fenômeno constitucional promovidas pela jurisprudência da CtIDH.⁴⁵

⁴⁵ A ideia da consolidação de um referencial normativo objetivamente imposto aos Estados-membros da SIDH não é um entendimento uníssono na doutrina especializada. Alguns teóricos entendem que a interpretação evolutiva da CADH envolve uma interpretação abusiva da CtIDH. Ezequiel Malarino (2012), nessa esteira, taxa o ativismo da CtIDH de exagero punitivista, destacando que exigências de adequação do direito interno aos padrões interamericanos ignoram a importância do autogoverno e minora o direito inalienável de escolher seu sistema político, econômico, social e cultural, sem qualquer interferência internacional. Malarino (2012, p. 686) ressalta, ainda, que a CtIDH não teria respaldo democrático para decidir e deliberar sobre questões complexas ou interesses em conflito na sociedade estatal, elementos que solicitam uma escolha política. A falta de legitimidade popular dos juízes da CtIDH impediria, pois, que este tribunal limitasse os direitos e liberdades dos cidadãos ao interferir na esfera legislativa. Michele Carducci (2016, p. 379), em complemento, citando os casos *Cartillo Petruzzi v. Peru* e *Olmedo Bustos v. Chile* – onde os Estados condenados foram instados a promover reformas constitucionais como ele garantia de não repetição das relações aos direitos humanos observadas – pondera ser equivocado pensar que os direitos humanos garantem-se para além das competências delimitadas pela ordem estatal, como se as competências não fossem elas também uma garantia interna de tutela das liberdades e garantias constitucionais.

Este processo de ascensão normativa da CADH à condição de referencial jurídico na América Latina promove ações estatais de ablação de normas incompatíveis com os direitos humanos e o traçar de diretrizes axiológicas para a pluralização de direitos materiais no contexto estatal. Pode-se falar, assim, em transnacionalização da identidade constitucional, posto que os grupos em situação de vulnerabilidade encontram na CtIDH uma instância para proteção dos direitos fundamentais, quando os remédios nacionais não forem efetivos em assegurar tais direitos. Está-se a imaginar, por isso, uma “identidade transnacional interamericana” cujo propósito especial é a materialização de noções jurídicas e axiológicas próprias da vivência política e jurídica da América Latina que, uma vez internalizadas, garantem um adequado grau de convergência jurídica entre os Estados envolvidos.

Na América Latina é, pois, a CtIDH quem avoca e estrutura o processo transnacional, estimulando, mediante atuação consultiva e contenciosa, a garantia da ordem democrática e do discurso dos direitos humanos. Nascida, contudo, em uma região que historicamente permitiu poucos movimentos de democratização institucional, a CtIDH encontra dificuldades em concluir a promessa transnacional, atuando, por vezes, à mercê de interesses políticos das elites políticas, de uma cultura jurídica pouco afeita ao ethos pluralista e com orçamento que se reduz ou pouco se altera ao longo dos anos. A despeito destas dificuldades estruturais e financeiras, no entanto, a presença de um “discurso jurídico interamericano” junto ao constitucionalismo latino-americano tem sido particularmente relevante e sua internalização pelos Estados tem promovido mudanças normativas auspiciosas à afirmação dos valores democráticos e da igualdade substancial.

Assim, no contexto latino-americano a internalização do discurso da CtIDH pelos Estados-membros do SIDH tem concedido legitimidade aos processos de reforma política e ampliação material de direitos constitucionalmente positivados, por meio da ideia de que sua linguagem de especialização (os direitos humanos, focando-se as idiossincrasias sócio-históricas da América Latina) representa um consenso internacional – se não, regional – sobre determinados padrões de garantia, proteção e promoção de direitos humanos. A lógica subjacente à ideia do mandato transformador da CtIDH levantado por Von Bogdandy (2019), é, portanto, que no âmbito do SIDH existe um impacto jurídico-político da interação *self* constitucional/*external other*.

Pode-se assumir, com efeito, que à proporção em que os Estados latino-americanos ratificam a CADH e reconhecem a jurisdição contenciosa da CtIDH, o *self* constitucional se insere em um processo transnacional que o insta – segundo alavancas

procedimentais (obrigação formal abstraída da ratificação e recepção da CADH) e materiais (compromisso moral de garantia dos direitos humanos) – a ser complementada e modulada pelo discurso jurídico interamericano. Tem-se, pois, uma interação *self* constitucional/*self* transnacional, onde a dimensão axiológica da identidade constitucional é reconstruída não apenas pela deliberação dos atores políticos e jurídicos estatais, sendo discutida a sua reforma também no *locus* internacional de decisão que são as audiências públicas da CtIDH.

Não está a se falar no estrito cumprimento das sentenças condenatórias ou recomendações e medidas cautelares da CIDH. O mandato transformador tem uma clara acepção sociojurídica. Em outros termos, este efeito performativo que o discurso jurídico interamericano induz às instituições e organizações estatais, quando introjetado à ordem constitucional, precisa estar vinculado a uma leitura multidimensional de eficácia da CtIDH, considerando reparações pecuniárias e simbólicas, alterações normativas, rearranjos institucionais, bem como o fortalecimento da sociedade civil (CALABRIA, 2017, p. 1318). Sem prejuízo da eficácia multidimensional, no entanto, esta pesquisa considerará como reconstrução de identidade constitucional fornecida por interação com o Outro externo apenas os casos em que o mandato transformador da CtIDH induziu alterações normativas como garantia de não repetição de violações aos direitos humanos.

Isso permitirá que a investigação de como o Outro externo – *in casu*, a CtIDH – influencia a reconstrução identitária, esteja mais relacionada com modificações legislativas, reformas constitucionais e mudanças no discurso do constitucional. Assim, no intuito de observar exemplos de reconstrução de identidade constitucional promovida pelo mandato transformador da CtIDH, a pesquisa deter-se-á nas considerações apenas dos casos em que o impacto da CtIDH é percebido nas alterações normativas e constitucionais impostas contra os Estados como garantia de não repetição de graves violações aos direitos humanos. Deve-se perquirir, pois, pelos casos cuja exigência de adequação do direito interno constam com *status* “declarada cumprida” pela CtIDH. Como a identidade constitucional, sobretudo em sua dimensão axiológica, não se limita à literalidade do texto constitucional, albergando também as múltiplas interpretações possíveis – recorda Lorenzetto (2017, p. 58) –, mudanças no discurso constitucional promovidas pela internalização da jurisprudência interamericana também serão tomadas enquanto experiências de transnacionalização da identidade constitucional.

Ao validar, por exemplo, lutas sociais e políticas por afirmação de garantias judiciais (*Herrera Ulloa v. Costa Rica*) e liberdade de expressão (*Olmedo Bustos v.*

Chile), a CtIDH dinamizou reformas jurídicas importantes em Costa Rica e Chile, garantindo a concreção constitucional de direitos sistematicamente violados na América Latina. Em Herrera Ulloa v. Costa Rica julgou-se com o Estado costarriquenho por publicações difamatórias no jornal La Nación contra Mauricio Herrera Ulloa. Alegou-se violação ao direito ao duplo grau de jurisdição, pois o *recurso de casación* interposto pelas partes fora anulado pela Corte Suprema do país. Ao longo do julgamento a CtIDH entendeu que a legislação costarriquenha violava o artigo da CADH que destaca o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior (CORTE INTERAMERICANA ..., 2004).

Destaca, pois, a CtIDH na oportunidade que Estados-membros do SIDH têm a responsabilidade de consagrar e assegurar a devida aplicação de recursos efetivos e garantias de devido processo legal perante as autoridades competentes, que protejam todas as pessoas sob sua jurisdição contra atos que violem seus direitos fundamentais ou que levem à determinação de seus direitos e deveres. À vista disto, determina em sentença condenatória a adequação da normativa costarriquenha sobre a matéria – obrigação que é prontamente cumprida pelo país. Após a condenação artigos do Código Penal que tipificavam a difamação foram revogados, posto que atentatórios ao artigo 13 da CADH. O Código do Processual Penal fora reformado, criando-se o instituto da *apelación* e modulando funcionalmente o *recurso de casación*. Ainda, em âmbito legislativo, aprovou-se a Lei n. 8720/2009, direcionada à proteção de vítimas e testemunhas durante a investigação policial e a instrução judicial.

Herrera Ulloa v. Costa Rica funciona, então, como dínamo à reforma legal no país, garantindo a concreção de garantias constitucionais importantes à afirmação democrática. Em Olmedo Bustos v. Chile, por outro lado, o impacto da CtIDH se deu no nível da concreção da expectativa social de tutela estatal da liberdade de expressão. Em petição apresentada pela CIDH, solicitou-se o reconhecimento da responsabilidade internacional do Chile por violação dos direitos de liberdade de pensamento e expressão dada à censura judicial imposta à exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” – decisão confirmada pela Corte Suprema do país, com base no artigo 19.12 da Constituição, uma norma de eficácia limitada que prevê censura prévia de produções cinematográficas e que era regulada pelo Decreto-Lei nº 679/1974, que conferia tal atribuição ao Conselho de Classificação Cinematográfico. Na sentença condenatória consignou a CtIDH que o Chile deveria tomar medidas para revogar tal previsão normativa, adequando sua ordem constitucional ao *standard* interamericano (CORTE INTERAMERICANA ..., 2001).

Resquício da identidade pré-constitucional autoritária, a previsão de um sistema de censura prévia no texto constitucional chileno fora, após a interferência da CtIDH, suprimida. Com a edição da Lei n. 19.742/2001, o Congresso Nacional Chileno dá por concluída a reforma que modulou o artigo 19.12 da Constituição, substituindo a previsão constitucional da censura prévia por um sistema de classificação das produções artísticas, onde se lê que a liberdade de criar e divulgar as artes, bem como o direito de autor sobre suas criações intelectuais e artísticas de qualquer natureza, pelo tempo estabelecido em lei e que não poderá ser inferior à vida do titular. A identidade constitucional chilena tornaria a ser alvo de processo de transnacionalização após a condenação do Estado em *Claude Reyes v. Chile*. Aqui o tribunal internacional determinou adequações normativas no que concerne à positivação e garantia do direito à acesso à informação.

A fim de não se estender demasiadamente nos exemplos pode-se citar, sinteticamente, como casos de interamericanização da identidade constitucional ainda: (i) a declaração de inconstitucionalidade das disposições da lei de segurança nacional equatoriana após condenação em *Zambrano Velez v. Equador*; (ii) a modificação do Código Penal argentino, após manifestação da CtIDH em *Kimel v. Argentina*, (iii) revisão judicial promovida pela Corte Constitucional da Colômbia na sentença C-228/02, adotando conceito de reparação de vítimas desenvolvido pela CtIDH; (iv) a adequação da garantia constitucional do *habeas corpus* no Equador, após condenação em *Chaparro Alvarez v. Equador*; (v) as nulificações de leis de anistia em Argentina, Chile, Peru e Uruguai após internalização da *ratio iuris* da CtIDH sobre a matéria pelo Judiciário doméstico; (vi) remoção da ordem jurídica do Paraguai da previsão do “serviço militar compulsório”, após condenação em *Vargas-Areco v. Paraguai*; (vii) criação de procedimento formal para titulação de terras indígenas na Nicarágua, após condenação em *Comunidad Mayagna Awas Tingni v. Nicarágua*.

Os citados casos deixam assente o profícuo papel juspolítico do discurso interamericano nas institucionalidades democráticas dos Estados latino-americanos. Fica, então, evidente pela análise dos casos – que, importa dizer, não é uma exposição exaustiva, mas meramente exemplificativa – que a internalização do discurso da CtIDH pelos Estados-membros viabiliza a introjeção da gramática dos direitos humanos em sua estrutura político-institucional e normativa. A identidade transnacional movimentada pela CtIDH acaba, pois, servindo de referencial paradigmático mediante o qual se conduz a argumentação na esfera legislativa e executiva (criação e nulificação de leis e atos normativos) ou jurídica (orientando a hermenêutica constitucional), exercendo, assim,

função estrutural de validade dos argumentos e práticas estatais e concedendo credibilidade à argumentação dos agentes políticos e jurídicos.

A CtIDH, neste prisma, é ciente de seu impacto positivo no recrudescimento dos valores democráticos na região. Até 2017 a Corte determinou 96 reformas, de maneira que, à exceção da Colômbia, todos os Estados que aceitaram a jurisdição contenciosa da CtIDH receberam ordens de modificação legislativa. Porém, dentre as medidas de reparação habitualmente aplicadas pela CtIDH – reparação pecuniária, publicização do julgado, desculpas públicas do Estado às vítimas, persecução penal dos violadores e adequação normativa – as exigências de reforma da ordem jurídica doméstica não constam como a modalidade mais cumprida pelos Estados. Apenas 31% dos casos que envolvem demandas por ajustes na ordem jurídica foram totalmente cumpridos, atrás apenas da modalidade persecução penal dos violadores, cujo montante de exigências totalmente cumpridas é de 3% (CALABRIA, 2017, p. 1297; GONZÁLEZ-SALZBERG, 2017, p. 47).

Na América Latina, portanto, o processo transnacional, sob os auspícios da atuação proativa da CtIDH tem sido utilizado como estratégia de mobilização para mudanças legais na expectativa de reconstruir instituições jurídicas e políticas. O processo transnacional interamericano se coloca à reconstrução constitucional, pois, como ferramenta, ofertando ao *self* constitucional uma adequada ampliação do horizonte de valores socialmente definidos e juridicamente normatizados. Margaret Keck e Kathryn Sikkink (1998, p. 20-21) denominam por padrão *boomerang* essa experiência em que demandas internas de grupos historicamente invisibilizados ou em situação corrente de vulnerabilidade são vocalizadas internacionalmente e, *a posteriori*, reenviadas ao nível doméstico sob forma de pressão internacional por adequação normativa.

Mimetizando um padrão *boomerang* a CtIDH se coloca como colaborador dos movimentos de reconstrução da identidade constitucional nos eixos sincrônico (como em Chaparro Alvarez v. Equador e Barbosa de Sousa v. Brasil, ampliando a aplicação da norma de modo a albergar mais sujeitos de direito) e diacrônico (como em Comunidad Mayagna Awas Tingni v. Nicarágua, valorizando as singularidades e contextualizando direitos constitucionais). O discurso jurídico materializado em sua jurisprudência, para tanto, estrutura-se como um receptáculo transnacional de lutas por emancipação e reconhecimento jurídico. Portanto, é acertado falar – na esteira do pensamento de Rosenfeld (2010, p. 265) – numa identidade interamericana do sujeito de direitos humanos. Essa identidade significaria o núcleo duro de percepções jurídicas sustentadas

pela CtIDH, resultado da interpretação evolutiva da CADH e direcionada ao Estados-membros através das sentenças, opniões consultivas e medidas provisionais.

A identidade interamericana do sujeito de direitos humanos tratar-se-ia, pois, da *ratio iuris* que se adere à identidade constitucional dos Estados-membros, servindo de catalisador de discussões sobre desenvolvimento constitucional e modelador das argumentações legislativas e jurisdicionais. Esta identidade congrega o *standard* normativo-axiológico qualificado regionalmente como força motriz do mandato transformador da CtIDH. Logo, sua inclusão ao esquadro constitucional – conforme vislumbrado nos exemplos citados – orientaria à supressão de identidades pré-constitucionais antagônicas à lógica do pluralismo jurídico e da democracia. A inclusão da identidade interamericana garantiria, pois, no seio da identidade constitucional a pluralização das perspectivas axiológicas sobre dignidade humana. Por quais ferramentas, no entanto, o *self* constitucional apreende a identidade interamericana? E quais as limitações estruturais e simbólicas a essa interação?

A transnacionalização da identidade constitucional no âmbito da SIDH não poderá se perfazer sem a atribuição de autoexecutoriedade à CADH. Isto é, importa que a Convenção seja adequadamente internalizada pelos Estados, ingressando ao *design* constitucional na condição hierárquica de norma supraconstitucional ou constitucional. Porém, a partir da experiência das modernas constituições latino-americanas, pode-se observar que existem, no entendimento deste pesquisador, dois graus de inclusão da norma jurídica interamericana. Assim, à distinção dos teóricos que estratificam a recepção da CADH em múltiplos modelos, este pesquisador optou por uma divisão minimalista, distinguindo a recepção entre os Estados que preveem a primazia do discurso jurídico internacional – e, portanto, a autoexecutoriedade da CADH – e aqueles que optam pela executoriedade limitada dos tratados internacionais em direitos humanos.

Com efeito, a recepção da CADH pode ser dividida entre: (a) aqueles países cujo caminho sócio-histórico lhes permitiu construir uma identidade constitucional onde é reconhecida primazia formal aos direitos humanos (*e.g.* Colômbia, onde a CADH dispõe de *status* supraconstitucional e Argentina, onde após a reforma de 1994, atribui-se hierarquia constitucional à CADH) e (b) aqueles que, prezando pela democracia participativa e pelo poder soberano de decidir em matéria de direitos fundamentais, minoraram o *status* do discurso jurídico internacional na ordem constitucional (caso de Venezuela e Uruguai, que não disciplinam formalmente o *status* hierárquico dos tratados internacionais, mas destacam que a interpretação dos direitos humanos é competência de

seus tribunais constitucionais; ou do Brasil, onde a exigência de procedimento extraordinário para a atribuição de *status* constitucional aos tratados de direitos humanos restringe em absoluto sua eficácia plena).

Embora a regulação formal de *status* supraconstitucional ou constitucional à CADH ou outros tratados internacionais em direitos humanos não signifique a invariável aplicação direta, efetiva e evolutiva do discurso jurídico interamericano, este modelo de recepção da CADH é sensivelmente mais adequado à proposta de transnacionalização da identidade constitucional, na medida em que amarra o processo interpretativo e decisório das organizações estatais (especialmente o Judiciário, na interpretação da norma constitucional) a uma promessa constitucional. Isto é, a inclusão do Outro externo não encontraria guarida apenas na variável deontológica de compromisso moral com a democracia e com os direitos humanos. Atribuir autoexecutoriedade à CADH coloca o processo transnacional em curso no SIDH enquanto uma obrigação dos Estados, sob pena de violação da norma constitucional e das expectativas legadas pela comunidade.

A transnacionalização de identidade constitucional, no entanto, não estará completa sem que a recepção da CADH seja complementada por uma adequação do discurso constitucional. Isso vem se perfazendo no SIDH pela figura do controle de convencionalidade realizado pelos juízes nacionais (controle difuso) ou pela própria CtIDH (controle concentrado). O controle de convencionalidade trata-se de prática onde o intérprete avalia a compatibilidade do ato institucional ou da norma jurídica estatal com as previsões da CADH. O controle difuso de convencionalidade está relacionado com a abordagem interpretativa metateleológica. Doutro lado, o controle concentrado procura a interpretação da CADH conforme o princípio do efeito útil (AGUIRRE ARANGO, 2007, p. 80; MAC-GREGOR, 2013, p. 583).

Em Tibi v. Equador, o juiz interamericano García Ramírez destaca em seu voto que o controle difuso é muito similar ao controle de constitucionalidade, à diferença de que aquele toma por referencial normativo-axiológico o Pacto de San José da Costa Rica. Adiante, quando do julgamento de Almonacid Arellano v. Chile, a CtIDH adensa seu entendimento e define que as cortes constitucionais ao realizarem um controle de legalidade de atos normativos nacionais devem considerar não apenas a normativa constitucional, mas também a CADH e a interpretação que da mesma tem feito a CtIDH. Resulta daí um controle da normativa estatal que é tanto construtivo (estimulando a interpretação e legislação estatal à conformidade com o discurso jurídico interamericano), quanto destrutivo ou saneador (instigando a supressão da ordem jurídica estatal de normas

antagônicas à Convenção Americana), pontua Néstor Pedro Sagües (2013, p. 288).

A transnacionalização da identidade constitucional será favorecida, ainda, pela prática de comunicações transjudiciais. Em apertada síntese, as comunicações transjudiciais se referem ao uso de jurisprudência internacional como argumento de autoridade persuasiva na construção dos discursos constitucionais. Essa aproximação judicial surge da conscientização de juízes e tribunais estatais, que constatam a necessidade de um processo decisório que não ignore a produção normativa e jurisprudencial que se desenvolve além das fronteiras estatais. À medida que o Judiciário dos Estados se apercebe de que decidir sobre princípios legais e formular soluções para problemas de direitos humanos envolve invariavelmente uma consideração das abordagens que foram adotadas em relação a problemas semelhantes em outros lugares, passa-se a buscar amparo no julgamento da jurisdição internacional.

À proporção em que a internacionalização do Direito viabiliza a litigância internacional entre Estados e entre indivíduos e Estados, a formulação de uma maior interação entre juízes e tribunais se torna habitual. Surge daí um *comitas* judicial, que fornece a estrutura e as regras básicas para um diálogo global entre juízes ou tribunais. Como a normativa dos direitos humanos, as normas de *jus cogens* e as regras do *rule of law* podem ser entendidos como um paradigma jurídico-normativo homogêneo, não haveria razão para se deslegitimar a presença dessas construções argumentativas internacionais no processo decisório estatal, sobretudo quando a internalização desse discurso se dá na expectativa de fortalecimento ou ampliação material de direitos humanos (SLAUGHTER, 2004, p. 193; ABRAHAMSON, FISHER, 1997, p. 287; L'HEUREUX-DUBE, 1998, p. 16).⁴⁶

⁴⁶ Anne-Marie Slaughter divide as comunicações em dois tipos: *comunicações horizontais* (entre cortes de igual natureza) e *comunicações verticais* (entre cortes nacionais e internacionais). Na experiência brasileira, pode-se citar como exemplos de comunicações horizontais o *Habeas Corpus* n. 82.424/RS, onde o STF fizera uso de julgados da Suprema Corte norte americana e da Câmara dos Lordes da Inglaterra, a fim de decidir acerca da caracterização como crime de racismo a publicação de material bibliográfico antissemítico. Ademais, pode-se citar também os julgamentos das *ADI* n. 3.112/2007 (inconstitucionalidade da Lei n. 10.826/03) e *ADI* n. 3.510/2008 (inconstitucionalidade da Lei n. 11.105/05), onde o STF se utilizara de entendimentos construídos pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha para organizar seu entendimento colegiado. Como exemplo de comunicações verticais se pode citar os casos pontuais em que a jurisprudência da CtIDH serviu como argumento de autoridade persuasiva em decisões do STF em casos de controle abstrato de constitucionalidade. Comunicações transjudiciais verticais entre STF e CtIDH, no entanto, são escassas e, quando ocorrem, o tribunal constitucional brasileiro constantemente faz a indexação da jurisprudência interamericana de forma equivocada, realizando meras citações indiretas e sem cotejar com rigor metodológico a interpretação de decisões e opiniões consultivas da CtIDH. Para uma discussão detida sobre o diálogo STF/CtIDH, em especial no julgamento da ADPF 153, Cf. BRUZACA, 2020. Sobre comunicações horizontais entre CtIDH e CtEDH, Cf. BARROS; BRUZACA, 2022.

Conforme tem sido destacado ao longo desta pesquisa, no entanto, a capacidade de construir uma identidade transnacional é limitada. Logo, a atribuição de *status* constitucional ou supraconstitucional à CADH, o controle difuso de convencionalidade e as comunicações transjudiciais sempre encontrarão resistência por parte das organizações estatais. Hipóteses de negação da norma transnacional são esperadas, dado sobretudo os limites contextuais e sócio-históricos à reconstrução da identidade constitucional na América Latina. Michel Rosenfeld (2003b, 2010) destaca que a aproximação de múltiplos discursos e identidades ao *corpus* constitucional será gerida por um “projeto de reconstrução constitucional” (ROSENFIELD, 2003b, p. 90) que se decanta no seio das instâncias de decisão do Estado. As identidades que são recepcionadas pelo *self* constitucional são, pois, selecionadas, de modo que o reconhecimento do Outro (interno ou externo) pode vir a ser restringido se incoerente com o “projeto” predisposto pela comunidade política.

A ideia de um projeto de reconstrução constitucional antagônico à inclusão do Outro externo se comunica com a recente crítica que Regina Jefferies (2021, p. 22) fez à hipótese do processo transnacional. Em seu artigo a autora levantou uma crítica quanto à omissão de Harold Koh sobre o porquê dos movimentos de não internacionalização da normal global. Argumentou, assim, que a teoria não aprecia sua operacionalização, ignorando as variáveis que podem obstar a comentada cadeia de *download* da norma global. Diante disto, entende este pesquisador que as leituras de Jutta Brunné e Stephen Toope (2010) e Courtney Hillebrecht (2014) ajudam a colmatar as falhas citadas por Jefferies (2021) e fortalecem a lógica de uma transnacionalização da identidade constitucional, na medida em que trazem à baila considerações sobre limitações à internalização do Outro externo.

As teoristas citadas compartilham da referência direta à Escola Construtivista das Relações Internacionais, para quem a conduta estatal é um fato social, de modo que os entendimentos compartilhados e a relação entre atores políticos e as estruturas sociais são elementos centrais na determinação da postura dos Estados em relação à comunidade internacional. Nesse sentido, Alexander Wendt (1995, 1993), expoente da Escola Construtivismo nas Relações Internacionais, defende que os Estados têm seu movimento no âmbito internacional – sua vinculação a tratados, cumprimentos de obrigações e interações multilaterais – definidas por sua identidade e interesses. Enquanto os interesses dizem questão às motivações (políticas, econômicas, sociais e culturais) do Estado, a identidade se refere à sua autopercepção no plano internacional.

Tanto os interesses, quanto a identidade são construídos a partir das interações ocorridas nas micro e macroestruturas sociais. Logo, “[...] a estrutura social de um sistema possibilita ações ao construir atores com certas identidades e interesses” (WENDT, 1995, p. 76). Para Wendt, portanto, a história importa, pois a postura do Estado é substancialmente definida pelas experiências no curso de uma aquisição evolutiva que sedimenta a identidade (jurídica e política), interesses e significados (*e.g.* soberania, colaboração internacional, democracia) que orientarão a ações e omissões deste *self* coletivo no plano internacional (HOPF, 1998, p. 176). Assim, analisar a construção social da política internacional, dirá Wendt (1995, p. 81), é analisar como os processos de interação reproduzem as estruturas sociais – cooperativas ou conflitivas – que moldam as identidades e interesses das organizações estatais.

Alexander Wendt não se opõe em absoluto ao pensamento realista e reconhece que o comportamento estatal no plano internacional é resultado racional de cálculos que consideram o custo social e benefícios de inclusão a um processo transnacional. Sem embargo, essas considerações organizam-se à necessariamente, argumenta, a partir das narrativas que o Estado toma enquanto relevantes à coletividade. Os Estados não estarão motivados *apenas* por interesses egoísticos, mas por suas intenções e comportamentos, os quais são regulares no tempo e no espaço – ou seja, à proporção que o contexto social se altera, alteram-se os interesses e a identidade dos Estados e, consequentemente, sua postura no sistema global. Não é possível, pois, tratar de maneira apartada a postura dos Estados no plano internacional e o contexto de significados normativos e políticos em que ele está inserido (WENDT, 1993, p. 366).

Marinana Barros (2017), revisando o pensamento de Nicholas Onuf, complementa o pensamento e destaca como os “interesses” citados pelo Construtivismo trata-se de expectativas dos indivíduos que compõem a organização estatal. Daí, os interesses que guiam os Estados no âmbito global são, em verdade, aqueles imputados a uma elite política com capital social para tomar decisões relativas à política internacional dos Estados. Assim, “[...] os interesses que os Estados perseguem são os dos agentes, que realizam suas escolhas tendo-os como base. Os agentes do Estado justificam sua conduta com fundamento nos interesses nacionais que seriam a reputação, a segurança e a riqueza” (BARROS, 2017, p. 12). Esses interesses, importa repetir, são um construto sócio-histórico, variáveis no tempo e suscetíveis de modulações no curso da história.

A teoria Construtivista de Wendt procura, pois, justificar a postura estatal numa ontologia intersubjetiva que enfatiza elementos simbólicos, contextuais e sócio-históricos

para explicar a postura dos agentes estatais no plano internacional. Nesta esteira, a decisão política de tomar a internalização de um discurso internacional ou a recepção de um tratado de direitos humanos com *status* constitucional como um custo social negativo à ordem jurídica doméstica pode ser, por exemplo, associada a uma identidade coletiva historicamente inserida na construção de um significado estatocêntrico para a soberania estatal ou a um Estado cujo desenho institucional corrente sedimentou interesses e ideias antagônicas ao discurso internacional de proteção aos direitos humanos. Pelo pensamento construtivista, porquanto, a “intenção” nunca estará dissociada da “situação” (FIERKE, 2013, p. 197).

Tanto o engajamento, quanto a omissão no processo transnacional poderia, assim, ser explicada na estrutura social, ideias, interesses e valores compartilhados pela comunidade. A ideia central que esta pesquisa procura pinçar do Construtivismo de Wendt, portanto, é que a reconciliação do *self* constitucional com Outro externo – isto é, com atores transnacionais não estatais, como a CtIDH – e a consequente internalização dos princípios e valores jurídicos dos direitos humanos, poderá acontecer desde que o contexto social de onde medram os interesses e a identidade jurídica do Estado, seja uma ambiência que reconhece os direitos humanos como pedra de toque das democracias constitucionais modernas. Se, no entanto, interesses, ideias e significados compartilhados pela comunidade exsurgem de um contexto sócio-histórico autoritário, antidemocrático e avesso ao pluralismo, dificilmente a postura estatal será auspíciosa à transnacionalização de sua identidade constitucional.

Nesse sentido, tomando de empréstimo as leituras construtivistas pode-se arquitetar o argumento tautológico de que a identidade (constitucional) define sua própria transnacionalização, pois este movimento não ocorrerá sem um contexto social e normativo baseado em entendimentos compartilhados e interesses sociais auspiciosos à interação com o discurso jurídico internacional. Tal interpretação se comunica com a tese levantada por Jutta Brunné e Stephen Toope (2010) sobre a observância pelos Estados do discurso jurídico internacional. As teoristas sustentam que somente nas comunidades políticas onde haja uma prévia vinculação a critérios específicos de legalidade e uma fidelidade a compromissos e valores de natureza supralegal (como não retroatividade, coerência e generalidade das decisões) obrigações legais podem prosperar.

Brunné e Toope (2010) falam, assim, em práticas de legalidade e reciprocidade como elementos centrais para se compreender o êxito das articulações do *self* constitucional com sua contraface transnacional. A interação que dá azo ao processo

transnacional somente existiria, no curso deste pensamento, quando os atores estatais colaboram para construir entendimentos compartilhados e reafirmar uma prática de legalidade coerente com a proteção dos direitos humanos. Da mesma forma, onde as práticas de legalidade e reciprocidade não se organizam seria natural o diagnóstico da observância seletiva ou mesmo a não observância das disposições internacionais. Daí resulta que normas transnacionais só poderiam emergir quando enraizadas em conjunto de entendimentos compartilhados apoiados na necessidade indelével de normatividade e, em seguida, em normas particulares destinadas a moldar comportamentos institucionais desta natureza (BRUNNÉE; TOOPE, 2010, p. 350).

Conclui-se, assim, que as instituições domésticas são fundamentais para a adequada observância da normativa internacional, de modo que o êxito do processo transnacional – e, pensando o contexto latino-americano, do mandato transformador da CtIDH – é um assunto inherentemente vinculado à organização doméstica do direito, anota Courtney Hillebrecht (2014, p. 15). Essa lógica, no entanto, não se restringe ao Poder Executivo e alcança o Judiciário, especialmente na América Latina, onde a lógica de separação dos poderes é por vezes vencida por diálogos institucionais informais e onde regimes populistas têm cooptado os tribunais constitucionais, orientando politicamente suas decisões. Tribunais e promotores não trabalham isolados. Eles estão inseridos em um campo político que influencia profundamente como eles veem a si mesmos e a lei (HUNEEUS, 2011, p. 529).

Tribunais constitucionais inseridos num contexto político não democrático (Venezuela), portanto, ou apenas cuja jurisprudência é historicamente refratária à normativa interamericana (Brasil), dificilmente se incluem num processo de transnacional e na observância das determinações internacionais de adequação do direito interno, do controle de convencionalidade ou da comunicação transjudicial. O impacto positivo da CtIDH quando da redemocratização durante a década de 1990, por exemplo, somente prosperam, pois o cenário político-social da época – com os relatórios da CIDH e condenação de Augusto Pinochet em 1998 – era favorável a um discurso pró-direitos humanos, estimulando governos e tribunais constitucionais à recepção das proposituras de Corte e Comissão Interamericana acerca da ilegitimidade das leis de anistia, ressaltam Cavallaro e Brewer (2008, p. 821).

Por isso algumas determinações da CtIDH (publicização da sentença condenatória e reparação pecuniária e simbólica às vítimas), por disarem de um custo político e de movimento institucional reduzido, são mais facilmente cumpridas que as medidas de

adequação normativa como garantia de não repetição de graves violações aos direitos humanos (HILLEBRENCHT, 2014, p. 65). A estrutura transnacional pode existir, mas terá efeitos, evoluirá e se perpetuará apenas pelas práticas dos agentes estatais (WENDT, 1993, p. 185). Reforça-se, assim, a tese construtivista abstraída do pensamento de Alexander Wendt de que o êxito da norma global é refreado pelo grau de disposição dos Estados para se vincular aos critérios específicos de legalidade dispostos pela arena internacional e da consideração dos custos sociais e benefícios auferidos pela internalização da normativa internacional.

A título de síntese do pensamento tem-se, então, que restrições à reconstrução da identidade constitucional não detêm apenas natureza estrutural ou contextual (como destacado por Hillebrecht ou Jutta Brunné e Stephen Toope), mas também simbólicas, como as “ideias e interesses” citados por Alexander Wendt. Essas limitações se complementam, pois é o contexto sociopolítico, a reiteração (ou não) de práticas de legalidade e reciprocidade e o traçado narrativo do *self* coletivo (com idiossincrasias históricas e culturais, avanços e retrocessos políticos) que constrói as ideias compartilhadas, os interesses cooptados por uma elite política e, acima de tudo, a identidade que movimenta as i(n)terações que o Estado opta por desenvolver no âmbito transnacional.

Outrossim, a fim de reforçar a interlocução com a métrica analítica pinçada do Construtivismo de Wendt, importa recordar que a identidade constitucional denota uma identidade coletiva e, portanto, permeada por elementos socioculturais. Sua reconstrução, portanto, lembra Michel Rosenfeld (2010, p. 64), ver-se-á limitada por preconceitos (racismo, sexismo, homofobia) cristalizados no tecido social e irradiados para as instituições formais, bem como por heranças sócio-históricas que fornecem o material que deve ser remodelado, de modo a promover tanto vínculos quanto contrastes com o *self* pré-constitucional e extraconstitucional (o Outro externo). Tem-se, pois, que a força com que as citadas limitações estruturais e simbólicas restringem a transnacionalização da identidade constitucional dependerá sensivelmente da matéria objeto de deliberação (ŚLEDZIŃSKA-SIMON, 2015, p. 154).

Consequentemente, não se faz possível analisar a interação *self* constitucional/*self* transnacional sem a delimitação, no conjunto de demandas equivalentes que se conformam ao discurso jurídico internacional, de 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 (*e.g.* mulheres, comunidade originárias, deficientes, comunidade LGBTQIA+, militantes de direitos humanos, vítimas da ditadura), cada um desses pleitos sociais encontra uma condição particular de limitação, seja ela estrutural ou simbólica.⁴⁷

A fim de dar prosseguimento à pesquisa, o terceiro e último capítulo desta dissertação se ocupa, portanto, de perscrutar o extrato de análise eleito pelo pesquisador: o processo de transnacionalização de identidade constitucional no Brasil pós-1988, com enfoque nas expressões identitárias relacionadas à transição política no país e que tiveram por instrumento de dinamização a jurisprudência interamericana direcionado ao instituto da anistia. Uma vez que devidamente respondido como se dá a interferência do Outro externo na formação da identidade constitucional, este pesquisador agora se ocupa de visitar, enfim, o questionamento: Como a hipótese da “identidade constitucional transnacional” se traduz ao processo de (re)construção da identidade constitucional no Brasil pós-1988?

4 RECONSTRUIR SEM LEMBRAR? – A EXPERIÊNCIA NACIONAL E LATINO-AMERICANA DE RECONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL PÓS-DITADURA

O capítulo II se aprofundou na discussão da identidade narrativa da constituição, incluindo ao espectro de análise o elemento do processo transnacional. Atestou-se, na oportunidade, que o percurso evolutivo da normativa internacional produziu um Direito Internacional consistente e uma comunidade internacional minimamente consciente da necessidade de segurança jurídica para a consecução dos objetivos e proteção dos valores

⁴⁷ Isto fica evidente quando se observa que julgados como a ADPF 132 – que promoveu ampliação material de direito à identidade de gênero – trata-se de experiência de reconstrução constitucional viabilizada por variáveis contextuais (reiteração do pleito social na arena jurídica interna, como os Recurso Especial Nº 889.852 – RS 2006, Ap. Cível. Nº 1.0470.08.047254-6/001/MG, Ap. Cível 582499-9/PR, Resp. 648.763/RS, Resp. 1.026.981/RJ, 238.715/RS, Apelação Cível n. 0007309- 38.2003.8.19.0204/RJ), socioculturais (ampla discussão na esfera pública, com acadêmicos, sociedade civil e imprensa reforçando a relevância do tema) e transnacionais (positivação do tema no contencioso da CtIDH Atalla Rифо v. Chile). 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 estavam em jogo – fornecem um momento severamente menos positivo à reconstrução da identidade constitucional. Neste particular, a oportunidade perdida de transnacionalização da identidade constitucional na ADPF 153 é demonstrativo cabal de como atuam as limitações estruturais e simbólicas. A opção do STF, no julgado da ADPF, em ignorar a argumentação esposada pela CtIDH sobre leis de anistia, não apenas é consequência do continuísmo autoritário no fenômeno constitucional pático, como também da movimentação de atores com poder de veto às propostas de reforma do discurso constitucional. Aqui importa destacar o forte apelo político da ADPF 153, que envolveu reuniões entre o então Presidente Luís Inácio e os ministros do STF.

compartilhados. A norma global se desloca de uma perspectiva antinômica e hierarquizante para ser pensada dentro de uma dimensão heterárquica e multidimensional de criação e afirmação de direitos. Não se negou, no entanto, a gerência dos atores estatais no êxito e nível de cogêncio da normativa internacional no plano doméstico. Em última análise, concluiu-se, os Estados têm sua vinculação a tratados, cumprimentos de obrigações e interações multilaterais definidas por sua identidade e interesses.

Defendeu-se, ainda, o engajamento entre a ordem constitucional e a norma global. Assim, o fenômeno constitucional é compreendido como um *locus* de articulação entre o direito doméstico e as fontes e práticas jurídicas transnacionais. Nesta abordagem, a jurisdição internacional dinamiza a inclusão de expressões identitárias ao *corpus* constitucional, pois permite que grupos obstados na vocalização de seus direitos no âmbito doméstico, usem a jurisdição internacional como *locus* transnacional de afirmação de direitos. Sem embargo, importa repetir, a reconciliação do *self* constitucional com cognições jurídicas extrassistêmicas – e a consequente internalização dos princípios e valores jurídicos dos direitos humanos – acontecerá desde que o contexto social de onde medram os interesses e a identidade do Estado, seja uma ambiência que reconhece os direitos humanos como pedra de toque das democracias constitucionais modernas.

Esta experiência de reconstrução da identidade constitucional mediada pelo diálogo com o Outro externo é satisfatoriamente observada no contexto latino-americano, onde a CtIDH tem desempenhado um efeito pedagógico e performativo nas identidades constitucionais dos Estados-membros. Como anota Armin Von Bogdandy (2019), ao abordar problemas estruturais próprios da América Latina a CtIDH consolida um *ius commune* latino-americano em direitos humanos, no qual podem as constituições estatais se ancorar. Dos exemplos citados ao largo do capítulo II se depreende que a transnacionalização das identidades constitucionais do âmbito do SIDH acontece precisamente pela comunicação transjudicial e aplicação do controle de convencionalidade, bem como pela recepção da CADH com *status supraconstitucional*.

Desta conclusão parcial pode-se abstrair uma ponderação central ao termo final desta pesquisa, qual seja: o processo transnacional visualizado no SIDH entrelaça inconsistências na temporalidade da ordem constitucional de Estados latino-americanos com a colaboração ofertada pelo discurso jurídico internacional à reconstrução da identidade constitucional, como demonstram as experiências de Argentina, Peru, Uruguai e Chile, onde o engajamento ao discurso interamericano que afirma a ilegitimidade e invalidade de leis de anistia, dinamizou processos políticos e jurídicos de refiguração da

memória e ruptura com o passado pré-constitucional. Nestes e outros países que conduziram seu processo justransicional por meio do instituto das leis de anistia, a internalização do discurso interamericano favoreceu a nulificação da anistia, responsabilização por gravações dos direitos humanos, ausculta das vítimas da ditadura e afirmação do direito à verdade, à memória.

Nesta senda, o terceiro e último capítulo desta dissertação se propõe a problematizar a introjeção do elemento anistia na diáde memória/promessa, resgatando a leitura ricoeriana sobre o tema. Neste momento concludente, dado o adequado amadurecimento teórico alcançado pela pesquisa, sugere-se o enlace da hipótese de uma identidade constitucional narrativa e transnacionalizada com o caso prático. Em seu capítulo final esta pesquisa alcança seu ponto máximo de contextualização, permitindo-a aplicar as aporias e conclusões dos capítulos predecessores à realidade nacional de (re)construção e transnacionalização da identidade constitucional pós-ditadura. Logo, avalia-se criticamente os diálogos institucionais do Brasil com a CtIDH na expectativa de adensar os estudos sobre identidade constitucional no Brasil e responde aos questionamentos de como a anistia entrava a temporalidade da identidade constitucional e como essa experiência é visualizada no caso brasileiro.

Problematizando as implicações de uma ampla institucionalização instrumento da anistia, questiona-se Ricœur se esse esquecimento formal não tem por consequência um apagamento nocivo à comunidade política. Assim, esboça a pergunta retórica: a anistia não “[...] apaga da memória oficial os exemplos de crimes suscetíveis de proteger o futuro dos erros do passado e [...] de condenar memórias concorrentes para uma existência subterrânea doentia?” (RICŒUR, 2006b, p. 455). Desta indagação exsurge uma nova interrogação: tendo a memória coletiva função profícuia no sistema jurídico-constitucional, estruturando o aporte normativo e axiológico a partir do qual uma identidade constitucional se constrói e se transforma, qual o impacto sobre o *self* constitucional de uma narrativa juspolítica pautada no instituto da anistia?

Tomando o questionamento de Ricœur como ponto de partida, o que se procura constatar neste terço final da pesquisa é que a identidade constitucional pós-ditadura não se construiu sobre um espaço vazio, senão sobre um sistema formado por elementos normativos, institucionais e valorativos que reverenciam um passado pré-constitucional ainda vivo, na medida em que, ficará demonstrado, o processo de constitucionalização do país se procedeu ao alvedrio de uma revisita crítica do passado e da ausculta de atores e atrizes centrais a transição política – as vítimas da ditadura. Neste capítulo, interessa, pois,

“[...] não o que se poderia ter acontecido no passado, mas o efeito da invenção do passado na construção da realidade nas sociedades do presente” (ARAGONESES, 2018, p.12).

Daí o necessário recuo historiográfico e a expectativa de, ao fim e ao cabo, desvelar no passado autoritário do Brasil, respostas à difícil aquisição evolutiva da identidade constitucional pós-1988 no que se refere à sua transnacionalização, isto é, à abertura do fenômeno constitucional à cognição jurídico-axiológica abstraída da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Aqui, portanto, os meandros da transição à democracia e da constituinte são perscrutados, os antecedentes e consequências da condenação em Gomes Lund v. Brasil (2019) e Herzog v. Brasil (2018), criticamente apresentados. Assim, a partir dessa revisita à história da constitucionalização do país, uma resposta – ainda que não conclusiva – sobre a transnacionalização da identidade constitucional é apresentada.

4.1 Entre memória e promessa, anistia – notas sobre a política do esquecimento a partir da métrica ricoeriana

Esta dissertação propôs ao largo dos capítulos predecessores uma compreensão narrativa da identidade constitucional. Apropriando-se da métrica analítica do constitucionalista Michel Rosenfeld, em diálogo transdisciplinar com a filosofia de Paul Ricœur, demonstrou-se a possibilidade e viabilidade dogmática de apreender a autoimagem jurídico-política das comunidades a partir de uma temporalidade não linear, onde o passado (memória) está suscetível à dinâmica das interpretações e modulações na forma de institucionalização nas formas documentais (normas, constituições, livros) e não documentais (memórias, história oral, costumes) de organização comunitária. O horizonte de expectativa do *self* constitucional, destarte, não é tomado nesta pesquisa como um espaço de incerteza, mas opera sob a égide do compromisso (promessa) de justa inclusão da alteridade e coerente transformação e sua dimensão jurídica.

Ficara demonstrado, assim, uma noção de identidade constitucional dinâmica e aberta, cuja essência (*identidade-idem*) é contrabalanceada por uma ipseidade – disposição criativa à mudança e reforma, sem desnaturação de sua singularidade. Interage o *self* constitucional com o Outro, inclui variadas expressões identitárias ao seu espectro normativo-axiológico – normatizando pleitos e movimentos discursivos normalizados no tecido social – mas não se trai a estrutura pré-narrativa (ou os pré-compromissos) inerente à construção da ordem jurídica estatal. A transformação da identidade constitucional,

funciona, portanto, entre memória (lembrar o passado, cristalizando-o em texto e discurso constitucional prospectivos) e promessa (cumprimento e reafirmação dos compromissos juspolíticos firmados coletivamente após elaboração da memória).

Como sintetiza Alfons Aragoneses (2018), a identidade jurídica de um *self* coletivo é indistinta da narração e revisão crítica do passado e dos signos e valores memorizados em estruturas jurídico-discursivas. Mas a determinação de um futuro pretendido (o referenciamento a um contrafactual, se se retomar os termos aplicados por Michel Rosenfeld) é igualmente indispensável, pois cristaliza na ordem constitucional competências às organizações estatais, fins e programas de ação pensados para concretizar a igualdade, cria objetivos e concede previsibilidade ao conviver juspolítico. Resulta daí que “[...] a formação de uma identidade constitucional ao longo do tempo se assenta entre a ideologia e a utopia, ou melhor, entre a integração numa tradição político-constitucional e a reabertura das promessas criadoras” (COSTA JUNIOR, 2014, p. 52).

As memórias eleitas ou enquadradas fundam, assim, a ideologia constitucional ou as estruturas pré-narrativas que guiam os movimentos de interpretação e reinterpretação da norma, de forma que detêm as memórias coletivas função integradora à constituição. Pela memória cumpre-se o dever de não esquecer, de fazer uso responsável das conquistas do passado. Pela promessa, completa-se o ciclo narrativo com o concretizar de expectativas sedimentadas em função das experiências. Texto e discurso constitucional se colocam, assim, como mecanismos de memória, espaços linguísticos que “canonizam” no campo normativo aspectos valorativos e de interesse relevantes à comunidade política. O fenômeno constitucional, porquanto, “[...] tem precisamente uma função de memória do sistema jurídico: ela desenvolve estruturas de significados, acúmulo de experiências e seleciona e mantém latente os argumentos não escolhidos pelo sistema” (KIRSTE, 2008, p. 137).

Enquanto o ato de enquadrar a memória num arcabouço jurídico-normativo serve para “[...] certificar os fatos acontecidos, garantir a origem dos títulos, das regras, das pessoas e das coisas (OST, 2005, p. 49)”, a refiguração dessa identidade (a reforma ou mutação constitucional) atuará na ressignificação do passado e consequente contingenciamento do futuro, limitando a materialização das expectativas dos múltiplos *selves* no esquadro político-institucional dessa comunidade, bem como combatendo a função negativa (esquecimento). Em outros termos, a (re)construção da história pelo direito tem a dupla função de: (a) legitimar-se, gerar consenso social e influenciar a construção de uma cultura ou identidade coletiva, bem como de gerar valores

comunitários por meio daquele que impõe a norma e (b) reforçar ou concretizar uma promessa, mantendo a ordem jurídica previsível, assegurando expectativas e permitindo posterior controle jurídico da ação política (ARAGONESES, 2018, p. 18; KIRSTE, 2003, p. 3).

Por isso tem-se argumentado que, no trajeto narrativo da identidade constitucional, a memória enquadrada na norma fundamental é temperada por uma promessa de coesão e coerência jurídica. Na temporalidade constitucional, “se o futuro é aberto incerto, não se pode confiar na experiência [...] dessa forma, as normas, tal como dispositivos técnicos, não desempenho nada além de uma função no contexto da ‘colonização do futuro’, da garantia atual em contraposição à sua imprevisibilidade” (KIRSTE, 2003, p. 4). Essa dimensão temporal inerente à identidade constitucional, satisfatoriamente destrinchada a partir do pensamento ricoeriano, permite antever que tanto a ambição de estabilidade, quanto de reforma da ordem jurídico-constitucional são solucionadas a partir de um regresso crítico-reflexivo da construção do quadro de referências normativo-axiológicas sentado nos momentos constitucionais – isto é, nos processos constituintes ou de revisão judicial (OLIVEIRA, 2006, p. 27; ACKERMAN, 1991, p. 41).

A lógica narrativa da identidade constitucional, assim, trata-se de entender a autoimagem jurídica das comunidades políticas modernas como um conceito (KOSELLECK, 2006) ou retórica holística (CANDAU, 2011) que possibilita reafirmação de compromissos e responsabilidades fundadoras na concomitância com que renova e amplia materialmente essas mesmas dimensões identitárias. Isso solicita, tem-se defendido, instituições democráticas engajadas em torno de um *ethos* pluralista – uma narrativa universalista, ainda que aberta a ampliações, a partir do qual é calculada a legitimidade das manifestações sociais que pleiteiam inclusão ao esquadro constitucional. Consequência da vinculação institucional ao *ethos* pluralista é um *self* comprometido com o reconhecimento de lutas e pleitos sociais justos, com a ampliação material de direitos e com a valoração da alteridade (HONNETH, 2012; RICŒUR, 2006b),

Esse *ethos*, reitera-se, é aqui entendido como o discurso dos direitos humanos, na medida em que transpostos para o âmbito das narrativas coletivas, a promessa – ou, o compromisso internacional – de proteção, promoção e garantia dos direitos humanos podem ser interpretados como a estrutura pré-narrativa que abrevia a ideia ricoeriana de humanidade e reconhecimento mútuo, pois materializa normativa e discursivamente as condições ao elo direto entre *self* e *other* ao estabelecer e nomear o que em minha pessoa

e na de outrem é digno de respeito (RICŒUR, 2019, p. 253). A vinculação institucional ao *ethos* pluralista antecipa, assim, a visada ética do *self* constitucional, a ideia de partilha justa e igualitária de uma vida justa em comunidade.

A identidade narrativa solicita, sem embargo, atestação, isto é, reconhecimento de seu fundamento ontológico objetivo e a reorientação das institucionalidades democráticas em favor do *ethos* pluralista, garantindo confiabilidade à promessa e fidedignidade à memória enquadrada. Nas palavras de Paul Ricœur, a atestação é o momento de mediação objetiva da linguagem e da narrativa, onde a própria ipseidade é reconhecida e realizada pelos sujeitos de direito. Não pode haver suspeita quanto à condição do si-mesmo como um Outro ou da viabilidade prática do *ethos* pluralista. Essa confiança, continua o filósofo, se constrói em conjunto, pelo reconhecimento mútuo e pela conclusão do ciclo narrativo, que engendra uma verificação não científica, mas dialógica e reflexiva da condição cambiante da identidade (RICŒUR, 2019, p. 351-356; SALLES, 2014, p. 222-224; CARVALHO, 2002, p. 44-47).

No plano da diáde memória/promessa, essa atestação existe no espaço de compreensão não linear e aberto à refiguração do tempo passado. A dúvida ou desconfiança que é desfeita quando uma identidade narrativa é atestada, se traduz aqui no entendimento do passado e da memória como um “ter-sido absoluto”, portanto, fechado ao ato de re-narrar e revisar crítico. A memória, enquanto eixo indispensável da construção identitária, não estará objetivamente atestada sem a conclusão do ciclo narrativo de figuração, configuração e refiguração. Por meio desta não apenas se dá fidedignidade à memória, como também se reconta pontos controvertidos, esquecidos ou suprimidos do passado coletivo. Importa, pois, uma evocação plural do passado, um testemunho, um referencial para o processo de confirmação da veracidade do que foi evocado.

Paul Ricœur (2006b) destacará, conquanto, que o perigo que orbita a diáde memória/promessa está especialmente nos abusos das memórias e no consequente esquecimento de lutas e pleitos do passado que se refletem no presente – em especial de atores e atrizes silenciados, impedidos de narrar ao seu modo (n)a vida política. O que se processa nessas circunstâncias é uma manipulação da função prática da memória, a qual sofre intervenção de um fator que se intercala entre a reivindicação da identidade e as expressões públicas da memória. Assim, a memória não atua como estrutura pré-narrativa da reconstrução identitária, mas como legitimadora de um sistema coercitivo de poder através de uma condução silenciosa da memória em direção a uma identidade sem

ipseidade, impondo-se ao coletivo uma questionável “história oficial” ou uma inflexível essencialidade juspolítica que não admite contrapontos na alteridade (RICŒUR, 2006b, p. 80-86).

Isto é, numa não atestação do processo coletivo de narrar o passado. Contra a atestação se coloca o sempre ideologizado campo intersubjetivo de construção da identidade, onde a ipseidade é colocada em dúvida por práticas e discursos que pretendem suprimir narrativas, delineando uma identidade coletiva (e constitucional) distante da alteridade. Paul Ricœur (2006b, p. 85) pensa esse “abuso da memória” como uma lembrança social forçada, que – ainda que se institucionalize e passe a compor a identidade coletiva de um grupo ou o discurso político de uma nação – não acontece de modo orgânico. A memória aqui é, pelo contrário, uma história ensinada, aprendida e, em certos casos, mesmo celebrada pelos atores políticos. Há, nestas hipóteses, um esquecimento comandado, não pensado como forma de organizar o sistema juspolítico e abrir espaço para a evolução, mas interessado em conduzir a narrativa social, pondo sombra sobre certos atores e fatos.

Dessa forma, a memória opera no terreno jurídico-político das comunidades históricas como um discurso justificador de uma relação coercitiva de dominação, mobilizando uma narrativa desvinculada da expectativa de sedimentação de instituições justas. O que se coloca, ao reverso, é uma política de esquecimento pela qual fatos do passado ou personagens históricos são intencionalmente evacuados se não da memória coletiva, pelo menos na memória oficial, avalia o professor de Ciências Políticas, da *Université de Poitiers*, Johann Michel (2010, p. 24). À sua fala pode-se acrescentar que a política de esquecimento desmonta, ainda, a dimensão normativa da memória, pois, na medida em que prejudica a atestação de parcela das narrativas juspolíticas, impede a juridificação do passado e memorização de expectativas e valores comunitários. Se parte do passado não é narrada, não se cria consenso social e a geração de valores comunitários é incompleta, logo, desigual e não pluralista. Por isso, destaca Olivier Abel (1996), escrevendo sobre a filosofia de Paul Ricœur:

[...] a narração comporta, é certo, uma parte de memória, mas que só é viva pela diversidade todos os gêneros narrativos e pela pluralidade das próprias memórias. É a aproximação de pontos de vista narrativos e divergentes, percebidos na mesma intriga, que faz da narração não só uma crônica resignada, ou uma compilação das identidades já estabelecidas, mas o lugar onde se imagina outras relações consigo, com o tempo, com os outros, em suma, outros mundos possíveis” (ABEL, 1990, p. 27-28).

Não se está a falar no movimento seletivo, sistematizado e justificado de esquecimento a que se referem Niklas Luhmann (2020, 2006), Stephan Kirste (2003) e Raffaele de Giorgi (2006). A manipulação da memória advertida por Ricœur é o alijamento injustificado de atores e atrizes sociais, levando à sua exclusão do espectro identitário coletivo e impedindo que suas experiências e expectativas se sedimentem no campo do Direito. No regime político onde as instituições não existem com o propósito de formação de uma identidade comum e de uma comunicação dirigida ao entendimento mútuo, os espaços de poder nunca procurarão a reconciliação, a ausculta do Outro, de suas memórias, traumas e anseios. Nesse sentido, importa lembrar que o primeiro passo no caminho do domínio total, dirá Arendt (2017), “[...] é matar a pessoa jurídica do homem. Por um lado, isso foi conseguido quando certas categorias de pessoas foram excluídas da proteção da lei” (ARENDT, 2017, p. 597).

Nas sociedades democráticas, doutro lado, é admitido um pluralismo de expressões memoriais e testemunhos, pois o Estado renuncia a ser o único depositário de uma memória coletiva e deixa à sociedade civil a possibilidade de se expressar livremente. Assim, diferentes leituras e experiências do passado comum se encadeiam, permitindo uma avaliação crítica de responsabilidades e obrigações, a escuta de testemunhos de vítimas e algozes, bem como a deliberação quanto ao que será memorizado, o que será esquecido e se haverá responsabilizações cíveis ou penais pelos erros e crimes cometidos no passado. Essa prática desfaz as incongruências e diferenças inerentes às comunidades complexas, colocando as memórias em disputa num espaço de mediação – que pode ser tanto um processo judicial que procura a responsabilização de um crime ou a reparação de uma vítima, como um *locus* político de diálogo ou o campo simbólico dos lugares materiais onde a memória social se ancora e pode ser apreendida pelos sentidos (MICHEL, 2010, p. 23; POLLAK, 1992, p. 3-8).

Em última análise, nas sociedades onde o passado é revisitado conjuntamente, as institucionalidades operam no sentido da reconciliação, proporcionando “[...] relações subjetivas justas entre os sujeitos jurídicos que, em virtude de seus compromissos normativos conflitantes, tendem a se relacionar como estranhos” (ROSENFIELD, 1998, p. 299). A justiça, continua Michel Rosenfeld (1998), sobretudo aquela que se procura instaurar em sociedades plurais, “[...] parece requerer conceituação do âmbito de transações intersubjetivas em um nível de abstração que otimize a percepção do que os estranhos têm em comum [...]”. É neste espectro que se coloca o sentido do passado

compartilhado, elaborado e, por vezes, enquadrado em dimensões juridificadas de memorização coletiva.

Da manipulação da memória deflui, por exemplo, a narrativa totalitária e nacionalista da Alemanha nazista, que legou ao mundo Pós-II Guerra um espectro de ódio à diferença e ao pluralismo ou a narrativa de anistia e conciliação nacional nos projetos justtransicionais na América Latina entre 1970 e 1985, que produziram instituições frágeis, desvinculadas do eixo da justa memória. Pode-se citar, ademais, as ocultações memoriais da comunidade afro-brasileira, despojada do corpus político e jurídico de identidade coletiva do mito da democracia racial brasileira. Não bastasse, pode-se citar também as minoritárias expressões identitárias de gênero, afastadas do desenho institucional por organizações oficiais estatais que “[...] por meio da lei, institucionaliza o poder masculino sobre mulheres através da institucionalização do ponto de vista masculino na lei” (MACKINNON, 1991, p. 169).

O que aproxima esses exemplos é a forma como o direito de certos atores e atrizes de narrar e de posicionar-se – discursivamente ou não – no espaço público é demovido, retirado das mãos dos sujeitos que, no entendimento de Ricœur, teriam, acima de outros atores, o direito de serem lembradas dadas suas condições de vítimas. Em respeito às vítimas do passado caberia um dever de depurar o trauma em um projeto que busca a justiça. Entende, assim, o filósofo francês que “[...] ser vítima lhe dá o direito de reclamar, protestar e fazer exigências. Essa posição engendra um privilégio exorbitante, que coloca todos os demais em posição de devedores” (RICŒUR, 2006b, p. 86). Resulta daí que o ato de lembrar é um dever da comunidade política, pois “[...] lembrar de contar previne o esquecimento e, mais importante, impede que a história de vida das vítimas se torne banais, que sejam explicadas por causas históricas, culturais ou sociais” (DUFFY, 2009, p. 48).

Esse dever de lembrar e garantir a vocalização das vítimas ocupa o nível ético-político ou institucional da memória e se relaciona com a ideia de não repetição de erros do passado. A palavra-chave é, portanto, esclarecimento (*Aufklârung*). Não é sacralização ou idealização das narrativas do passado que o *self* constitucional deve prescrutar, mas uma insistência no seu esclarecimento racional e deliberado, importando sobremodo a maneira pela qual o passado é tornado presente. Assim, a dinâmica de rememoração e refiguração do passado somente será justa se os espaços públicos de cristalização do passado em lugares de memória ou em discursos e estruturas normativas (como uma constituição ou uma decisão judicial) estiverem encadeados com o testemunho e a

narrativa de uma pluralidade de agentes. O trabalho de esclarecimento e elaboração do passado está entrelaçado, portanto, com a prerrogativa ricoeriana de justiça e construção de uma comunidade política igualitária pela reconciliação das diferenças – de construção de uma identidade coletiva pautada na ipseidade (GAGNEBIN, 2006, p. 101; RICŒUR, 2006b, p. 81).

Se a interpretação ricoeriana estiver correta, o eixo da memória na construção das identidades narrativas cumpre uma dupla função: (a) narrar o passado como realmente foi e enquadrá-lo em objetos simbólicos ou não de memorização e (b) re-narrar o passado como poderia ter sido, cristalizando ou talvez de uma avaliação crítico-reflexiva uma expectativa de futuro, uma promessa. Ambas as funções, no entanto, dependerão de um justo esclarecimento e elaboração do passado. Nenhum ator ou atriz político poderá ser desconsiderado e o testemunho daqueles que têm a experiência de serem alijados e violados em seus direitos precisa compor a assembleia (*e.g.* Assembleia Constituinte instaurada após ruptura com regime autoritário) ou organização decisória chamada à função memorizadora.

Em resumo, o débito social de memória é operacionalizado não por um recordar inócuo, mas por uma exigência de análise esclarecedora dos fatos do passado, da necessidade de responsabilização e reparação, bem como da viabilidade prática de reconciliação. Do contrário,

[...] quando há um enclausuramento fatal no círculo vicioso da culpabilidade, da acusação a propósito do passado, não é mais possível nenhuma abertura em direção ao presente: o culpado continua preso na justificação ou na denegação, e quer amenizar as culpas passadas; e o acusador, que sempre pode gabar-se de não ser ocupado, contenta-se em parecer honesto, já que enuncia a culpa do outro. mas a questão candente, a única que deveria orientar o interrogatório a pesquisa, a saber, evitar que “algo semelhante” posso acontecer agora, no presente comum ao juiz e ao réu, não é nem sequer mencionada (GAGNEBIN, 2006, p. 101).

Uma narrativa jurídico-política que orienta a decantação de uma identidade coletiva não deve se dar, portanto, ao alvedrio daqueles que no passado foram vítimas – comunidades tradicionais, população LGBTQIA+, mulheres, minorias étnicas, combatentes da ditadura, emigrantes e tantos outros. A reconstrução narrativa da identidade constitucional, porquanto, se sedimenta sobre um débito social de reconhecimento e um imperativo dever de memória à qual se contrapõe o viés negativo do esquecimento, a ideologização da memória que manipula a coletividade e desapossa os atores políticos do poder de recordar e recontar sua vida política. À vista disso, recorda

Michel Rosenfeld (2003b) que nem todos os produtos da imaginação contrafactual resultam em uma reconstrução útil e aceitável da norma. Um contrafactual que somente justifique o *status quo* a todo o custo ou uma reconstrução que não pense a ampliação de direitos ou não coteje a narrativa das vítimas representaria um uso impróprio da reconstrução da identidade constitucional (ROSENFELD, 2003b, p. 46).

A identidade constitucional, importa lembrar, fabrica-se pelo entrelaçamento do passado do constituinte com o presente do poder constituído e com o futuro das gerações vindouras, num contexto sociopolítico de pluralismo de fato (múltiplas percepções de bem) e de direito (mais de uma ordem jurídica legitimada a decidir e legislar), de sorte que “[...] o sujeito constitucional e a identidade constitucional tornam-se intrigantes, problemáticos e desafiadores quando alguns vínculos identitários colidem com as reivindicações de dar à singularidade o que é devido” (ROSENFELD, 2012, p. 28). Daí resulta a proposta de uma identidade coletiva cuja angulação jurídica permanece perpetuamente em aberto e cujo processo de interlocução com a diferença não existe enquanto um esforço de autolimitação, mas de máxima inclusão e de exclusão justificada (ROSENFELD, 2000, p. 346).

A prática manipulatória da memória pode ser compreendida como uma espécie de injusta exclusão de testemunhos importantes à (re)construção de identidades coletivas, em especial da identidade constitucional, a qual mantém relação direta com o reconhecimento de pleitos sociais de grupos historicamente alijados do debate público ou em situação de vulnerabilidade. Essa exclusão dos campos de elaboração do passado ganha, avalia Ricœur (2006b, p. 452), uma forma institucionalizada na figura da anistia – o pacto político de negação da memória, que despoja parcela dos atores sociais do seu poder original de contar suas próprias ações, fragilizando suas lutas por reconhecimento ao destituir-lhes da tutela constitucional. Para se compreender os riscos à identidade constitucional incutidos na institucionalização do esquecimento pela anistia, importa que se destrinche sua pretensa função política de reconciliação.

A solução encontrada por Paul Ricoeur para realizar uma identidade coletiva não dissociada da coerente refiguração do passado é, portanto, institucionalizar essa ação numa formal mediação da relação *self/other*, demovendo do plano institucional e intersubjetivo a lógica da vingança ou da violência. No afã de agrupar uma pluralidade de perspectivas e expectativas socioculturais divergentes sob uma mesma identidade política (identidade nacional) ou jurídica (identidade constitucional), o *self* coletivo organiza a interação com a alteridade na Regra de Ouro da solicitude e da justiça – a qual,

já ficara demonstrado neste estudo, alberga uma noção de legalidade essencialmente incrustada na lógica democrática moderna. No entendimento do filósofo, a trajetória de uma comunidade igualitária e justa trespassa, portanto, movimentos coletivos e institucionais de sanção, restauração e perdão. (RICŒUR, 2019, p. 257-273).

Presume-se, nessa senda, a presença de um terceiro agente – o Estado-juiz – a quem é atribuída a competência de abrir e mediar o espaço público de discussão e da elaboração conjunta do passado e eventual sanção ou perdão. Ao Estado caberia a função, portanto, de ofertar à vítima seu espaço de ausculta e vocalização, adotando uma posição de neutralidade e pré-compreensão dos valores de justo e do injusto, para, ao fim e ao cabo, formalizar um veredito que define – ou não – uma culpabilidade e um direito de reparação. Esta “audiência” forneceria a estrutura através da qual uma experiência pode passar de um lugar de incerteza (o que aconteceu no passado? quem é a real vítima?) para de certeza (isto aconteceu, a estes atores cabe um dever de memória e àquele, um débito). Essa certeza é prelúdio da equalização das condições, pois viabiliza a restauração do sujeito de direito, ofertando-lhe capacidades ou um *status* legal que houvera sido perdido ou nunca concedido no curso do tempo jurídico-político (DUFFY, 2009, p. 78-81).

Conquanto, a separação que posiciona de um lado a vítima e de outro, o culpado, não conclui a reconciliação, nem garante em absoluto o reconhecimento da alteridade. Importa uma resposta institucional que “[...] possa alcançar um significado para além da simples interrupção das ofensas e da violência, ou ainda, da restituição de um dano material ou moral, contribuindo para um reconhecimento positivo do outro” (GUBERT, 2018, p. 144). Repousa aí, defende Paul Ricœur (2000, p. 144-145), a lógica da reconciliação pelo perdão e anistia. Enquanto a justiça decidida pelo Estado aponta um dever e um débito de memória, o perdão – ato que não pertence ao campo jurídico – trata-se de um movimento de superação do antagonismo entre vítima e agressor e de uma decisão bilateral e recíproca. O propósito do perdão não é instaurar uma política de esquecimento, mas libertar o *self* coletivo do peso da dívida da memória.

Interpretando a filosofia ricoeriana, Vereno Brugiatelli (2012, p. 125) destaca que o perdão se trata de um gesto de amor à convivência em paz com o Outro, seja no plano estatal ou internacional. Diferentemente da decisão que separa e distingue vítima e culpado, o ato de perdão – que se perfaz pelo pedido do culpado e concessão pela vítima – liberta o culpado de sua dívida, concedendo-lhe a possibilidade de, juntamente da comunidade política, recomeçar e reconstruir a identidade coletiva. Fora do perdão, continua o professor italiano, erros e crimes do passado são compreendidos como um

“mal original”, que não admite sobrevida no novo desenho juspolítico da comunidade e solicitam, mais que mera reparação das vítimas, a punição de seus algozes. É pela sanção – não pela reparação – que se nomeia uma postura institucional e um discurso jurídico ou político como incoerente com a nova identidade constitucional e, portanto, necessariamente objeto de exclusão.

A despeito de sua defesa do perdão como o caminho da reconciliação e da paz, Paul Ricœur, ressalva, que sua ocorrência no plano político dos Estados modernos é raro e destaca que não podemos tomar o perdão como produtor absoluto de manifestações de compaixão e boa vontade, “[...] como se a justiça [...] não buscasse em sua própria esfera aquele termo extremo que desde Aristóteles chama de justiça ou equidade” (RICŒUR, 2000, p. 145). Não bastasse, só pode ser perdoado o que pode ser lembrado, pois esse ato político envolve a assunção de um ato passado (por vezes, um crime) mas a opção por superá-lo em conjunto, conduzindo os esforços coletivos para outros fins. O *self* coletivo opta por não transformar a refiguração do passado num espaço de litígio, em prol de um futuro (ou de um presente) mais estável. Como em Ost (2005), pelo perdão o passado é desligado para se antever um futuro mais coeso.

Em última análise, conquanto, o que importa ao êxito do *self* coletivo é que o dever de memória não seja suplantado por interesses individualistas e que os atores e atrizes em situação de vulnerabilidade disponham de um espaço de vocalização e ausculta de seus pleitos e reivindicações sociais, pois em uma comunidade política que se pretende igualitária e democrática “[...] aquele que poderia ser vítima não deveria ser sacrificado nem mesmo em benefício do bem comum” (RICŒUR, 2019, p. 268). Seja pelo perdão ou por uma decisão institucional formulada num *locus* público de discussão e deliberação, imperioso é que o ato de narrar a vida política seja uma empreitada coletiva, aberta à diferença e ao antagonismo. É nesse sentido que, interpretando o processo temporal de (re)construção da identidade constitucional pelas lentes ricoerianas, o perdão é uma possibilidade de reconciliação, ao passo que a anistia, não.

A anistia, doutro lado, trata-se do perdão sem memória e está mais relacionado com um esquecimento institucionalizado, movimentado pelas organizações do Estado e validado por suas instituições formais e informais. Pela anistia o Estado estabelece o que deve ser lembrado e o que deve ser esquecido, conduzindo a construção de uma narrativa sobre fatos pretéritos ao mesmo tempo em que impede que certas formas narrativas ganhem espaço de vocalização (PACHECO; SANTOS, 2019, p. 72). Logo, da anistia sucederá, no mais das vezes, uma identidade coletiva privada da lúcida e crítica

reapropriação do passado e de seus traumas, construída não sobre a reconciliação, mas a partir da suspensão das disputas políticas, culturais e judiciais, obstando que as vítimas do passado reivindiquem o cumprimento das promessas sentadas em nome da democracia constitucional e da ideologia dos direitos humanos.

Na anistia não há, como no perdão, uma decisão bilateral que, buscando a pacificação, liberta o *self* do dever de memória. Sequer há o movimento institucionalizado a partir do qual o Estado aponta o culpado e dá fim à disputa narrativa de releitura do passado. A anistia é, em verdade, precisamente uma etapa da política de esquecimento a que se refere Johann Michel (2010), pois pretende o apagamento da história política e jurídica de grupos identitários e caminhos interpretativos. Não é um esquecimento ativo, mas passivo, pois diglacia com o direito das vítimas de contar o “seu” passado. O trajeto narrativo do *self* coletivo, desse modo, é completamente dissociado da dimensão da ipseidade, vez que a identidade coletiva é organizada ao redor de *uma* narrativa, a qual opera segundo uma “herança de violência fundadora” (RICŒUR, 1988a, p. 82), que procura suprimir outras possibilidades de pensar o passado.

No terreno da (re)construção da identidade constitucional o trato indevido da memória cria uma narrativa sem referencial, de maneira que as reformas e estratégias de reconstrução escapam à raia do *ethos* pluralista, sendo movimentadas por um discurso constitucional não integrado ao programa normativo ou aos dados reais da vida sociopolítica. O *self* constitucional resta, assim, desconectado da dimensão teleológica do constitucionalismo ocidental, vez que o reconhecimento de conquistas do passado (e.g. a reivindicação da condição de sujeitos de direito de expressões identitárias acometidas de discriminação racial e sexual) ou sua refiguração a fim de ampliar direitos não acontece. O discurso constitucional, furtado em sua referencialidade normativa e axiológica voltada à implementação do Estado Democrático e ampliação de direitos, desenvolve-se ao alvedrio de qualquer cálculo de adequabilidade e aprimoramento da identidade constitucional ao tempo social.

Em consequência, qualquer orientação ao futuro pensando a mobilização de forças de transformação social fica comprometida e “[...] o próprio aprendizado social contido na dinâmica das lutas progressistas por direitos que são travadas em torno dos significados da Constituição” (OLIVEIRA; COSTA JUNIOR, 2021, p. 218) é reprimido. Daí, se a comunidade política esquece deliberadamente a memória que respalda significantes normativos que cristalizam, por exemplo, o direito à reparação, o direito à vida digna, à autodeterminação dos povos tradicionais, o direito à inviolabilidade da intimidade, da

igualdade de gênero ou da proibição contra detenções arbitrárias e execuções extrajudiciais “[...] o texto constitucional não se concretiza como mecanismo de orientação e reorientação das expectativas normativas e, portanto, não funciona como instituição jurídica de legitimação generalizada do Estado” (NEVES, 2018a, p. 185).

A identidade constitucional fica, então, estagnada à narrativa apresentada pelo Estado e outras leituras da vida política – como as das vítimas dos conflitos internos ou dos grupos opositores ao regime vitorioso no campo da transição – são sumariamente extirpados do esquadro constitucional. Resulta daí, um *self* constitucional cuja reconstrução está pautada na reafirmação constante de uma única possibilidade interpretativa do passado pré-constitucional, negando a principal característica da identidade constitucional moderna – sua condição plural e transformativa. Prejudica-se, dessa forma, a introdução de novos elementos à identidade constitucional, bem como sua influência na composição da autoimagem jurídico-axiológica do *self* coletivo (ROSENFELD, 2003b, p. 46).

A harmonização entre novos elementos com os anteriores sequer é considerada, pois possibilidades narrativas outras são precocemente excluídas do *locus* deliberativo e decisório a partir do qual a identidade constitucional se (trans)forma. Pela anistia nega-se, portanto, a condição cidadã a uma parcela expressiva da comunidade política, de maneira que os discursos e expressões identitárias tolhidos em seu débito de memória e impedidos de enquadrar suas expectativas na elaboração e concepção de um projeto constitucional, encontrarão reverberação e apoio apenas em discursos extrassistêmicos, fortemente respaldados na ideologia dos direitos humanos, conforme expor-se-á adiante. Por isso, argumenta Ricœur (1988b, p. 444) que o instituto da anistia cria esquecimento ao inventar impedimentos que bloqueiam o acesso aos tesouros enterrados na memória.

Desse modo, em identidades constitucionais que nascem sob a égide da anistia duas problemáticas se elevam: (a) a anistia, ao restringir a vocalização de determinados grupos políticos ou expressões identitárias vencidos no processo de transição, elimina qualquer viés pluralista e democrático da etapa de criação da identidade constitucional; (b) na medida em que a anistia senta uma narrativa hegemônica sobre o passado, silenciando outras propostas, não se cria um contexto de refiguração e novas irritações do meio ou alterações no plano juspolítico (*e.g.* condenações internacionais reconhecendo a responsabilidade do Estado por crimes no passado) acabam tendo efeito reduzido na aquisição evolutiva do fenômeno constitucional, o qual não reconhece como

“desatualizado” ou “incoerente com a estrutura narrativa vigente” dotações jurídico-políticas salvaguardadas pela narrativa oficial.

Tem-se, por consequência, a fixação de uma identidade constitucional essencialista (somente identidade-idem, sem ipseidade), incapaz de uma leitura crítica do passado histórico e, portanto, impossibilitada de distinguir, quando da refiguração do tempo histórico, condutas tidas enquanto incoerentes com a estrutura pré-narrativa que se abstrai do *ethos* pluralista (RICŒUR, 1988a, p. 82). É tanto o eixo sincrônico de unificação (estabelecimento de similaridades e equivalências, ampliando a aplicação da norma de modo a albergar mais sujeitos de direito), quanto o eixo diacrônico de diferenciação (contextualização e restrição da norma, valorizando as singularidades e limitando direitos constitucionais) que ficam inoperantes, pois a anistia impede a ampliação material e concreção das expectativas das vítimas (função do eixo sincrônico), bem como obsta que condutas que reforçam erros do passado ou que são negacionistas, sejam excluídas do esquadro constitucional (função do eixo diacrônico).

As implicações da anistia no trajeto narrativo da identidade constitucional confirmam, assim, que sua temporalidade não é linear e calculável, nem isenta de deturpações ideológicas que advêm de ambições discursivas hegemônicas, que procuram a supressão de narrativas das vítimas do passado. O espaço público de reconstrução das identidades nunca será eticamente neutro, de forma que presumir uma moralização da política e uma compreensão linear e evolutiva do tempo histórico não é acertado. A anistia é exemplo profícuo de como o *self* coletivo pode conduzir a reconstrução de suas identidades por caminhos não democráticos, suprimindo a diferença e projetando sobre a pluralidade de gêneros narrativos uma pretensa “memória oficial” ou “essência da constituição”.⁴⁸ Ost (2005) completa essa hipótese ao dispor que o esquecimento ofertado pela anistia poderá incidir sobre os fatos ou sobre as penas e condenações. Quanto ao esquecimento dos fatos, aduz que “neste ponto, o efeito do desempenho jurídico atinge seu ápice: agimos como se o mal não tivesse ocorrido; o passado é reescrito e o silêncio é imposto à memória” (OST, 2005, p. 172).

No plano jurídico-constitucional a organização temporal, importa recordar, trata-se de equilibrar coerentemente lembrança e esquecimento e de refigar o passado com

⁴⁸ Sobre a não linearidade do tempo histórico das comunidades políticas, Cf. *supra* nota de rodapé 25. Ainda, quanto à possibilidade de condução da identidade constitucional por caminhos hermenêuticos e performativos antagônicos ao *ethos* pluralista e aos valores do constitucionalismo ocidental moderno, Cf. *supra* nota de rodapé 22.

coesão e justeza. O fenômeno constitucional pode, por exemplo, ao esquecer uma dada memória política (e o fato que a produziu) apaziguar uma sociedade dividida. Da mesma forma, apagar das estruturas que identificam a complexidade do sistema jurídico certas condenações, pode ampliar uma situação de desigualdade e reanimar situações-problema já pacificadas. É desta forma que, pela opção de lembrar ou esquecer um dado estrato do tempo, de enquadrar ou não dado discurso ou valor no *design* constitucional ou de reler ou não uma certa base normativa que o *self* constitucional organiza reiteradamente uma narrativa fiel às conquistas do passado e promessas do presente, comprometendo-se com sua adequação ao contexto sociopolítico vigente. É dos escritos de Hannah Arendt que se abstrai igual propositura:

[...] nenhuma lembrança está a salvo, a menos que se condense e se destile num quadro de noções conceituais em que ela pode se exercer ainda mais. As experiências e mesmo as histórias do que são e do que sofrem os homens, dos acasos e acontecimentos, recaem na futilidade intrínseca da palavra viva e do gesto vivo, a menos que sejam comentadas constantemente. O que salva os assuntos dos mortais humanos à sua futilidade intrínseca não é senão o comentário incessante a respeito deles, que por sua vez é fútil a menos que dele surjam certos conceitos, certos pontos de referência para uma futura lembrança e mesmo uma simples menção” (ARENDT, 2011, p. 280).

Pela decisão de lembrar ou esquecer um passado autoritário, por exemplo, “[...] o direito pode harmonizar uma sociedade no que diz respeito a uma história ditatorial [...] ou pode apoiar coercitivamente a justiça para as vítimas da ditadura, da segregação e da discriminação racial ou sexual” (KIRSTE, 2008, p. 140). A anistia atua, con quanto, em prol da primeira opção, pois, diferentemente do perdão, coloca-se como uma ação unilateral, pensada para sobrepor um caminho discursivo sobre outras formas de interpretar e enquadrar o passado. Nessa senda, questiona-se Paul Ricœur se o esquecimento institucionalizado ofertado pela anistia não tem por consequência um apagamento nocivo à comunidade política. Assim, levanta a seguinte indagação retórica: a anistia não “[...] apaga da memória oficial os exemplos de crimes suscetíveis de proteger o futuro dos erros do passado e [...] de condenar memórias concorrentes para uma existência subterrânea doentia?” (RICŒUR, 2006b, p. 455).

Com esse questionamento o filósofo deixa assente que anistia não pode ser associada ao perdão, mas ao injusto esquecimento e ao descumprimento do dever de memória. Paul Ricœur acompanha, nesse sentido, a interpretação de Hannah Arendt (2020, p. 298), admitindo que o exato oposto do perdão é a sanção. Assim, se impossível o perdão como caminho de reconciliação da dialética *self/other* e de refiguração do

passado, não será a anistia a opção, mas a sanção. Do mesmo modo que o perdão, a punição atua como uma reação à ofensa inicial. Essa última, no entanto, não se pauta numa racionalidade de respeito e declaração de paz, mas de justiça e afirmação de uma necessária reparação. Nas palavras de Ricœur, “[...] a decisão da justiça coloca um fim ao processo e ao combate de argumentos; a decisão cai como uma palavra que separa, colocando de um lado o queixoso, declarado vítima, e de outro seu adversário” (RICŒUR, 2006a, p. 237).

A sanção compõe, assim, a mediação da relação *self/other* pelo Estado a partir do valor Justiça. Impossível se faz uma refiguração – e, naturalmente, uma reflexão crítica do passado – sem uma justa decisão do conflito. A definição de uma condenação aos erros e crimes do passado é, como anota Ost (2005, p. 40), uma resolução da lógica compulsiva da dívida de memória. Ao se apontar um culpado, tipificar essa ação do passado como um injusto no presente e uma ilegalidade face às instituições modernas, o débito de memória está satisfeito e a disputa é decidida. O *self* coletivo, dessa forma, organiza sua temporalidade ao excluir do esquadro constitucional as manifestações discursivas e identitárias associadas aos crimes do passado autoritário – como a tortura, a desaparição forçada, execuções sumárias, discursos de ódio e restrições injustas à liberdade de expressão.

Este pesquisador, no entanto, discorda da interpretação ricoeriana que aduz que a sanção, embora decida a disputa, não gera um estado de paz, pois a violência institucionalizada da pena e da definição de uma culpabilidade é tão violenta quanto a vingança. A punição contra crimes e erros do passado que deflui dos espaços públicos de deliberação mediados pelo Estado-juiz não pode estar associada à violência que se abstrai, por exemplo, da vingança privada. A punição é resultado de embates argumentativos, avaliados por um terceiro agente imparcial e conhecedor dos *standard* jurídico-políticos de justiça e equidade, num espaço institucional onde acusador e acusado dispõem do direito de fala e da responsabilidade de escuta. A sanção é, portanto, consequência de uma justa e legal elaboração e enquadramento da memória, concedendo voz a todos os atores e atrizes envolvidos.

Paul Ricœur ignora, por demais, que o estado de paz e reconciliação se estabelece também pela sanção, pois, ao se reconhecer publicamente o sofrimento das vítimas e recriminar atos do passado, taxando-os de ilegais ou injustos, apazigua-se um luto e se valoriza uma luta social. Como anota Todorov (2009, p. 455), mesmo que nenhum julgamento traga os mortos de volta à vida ou que, por vezes, a condenação não leve ao

cárcere os culpados, o objetivo primal desta punição é sobremodo inscrever a condenação na memória coletiva, estigmatizando os crimes do passado e chamando atenção para os signos, discursos e ações que, no presente do *self* coletivo, já não podem ser admitidos. Portanto, tal qual o perdão, a sanção – parafraseando Ricœur (2006a, p. 257) – abre o espaço de esperança no horizonte de expectativas do direito, no plano pós-nacional e internacional, desencadeando uma irradiação que contribuirá para o avanço da história rumo à paz global.

Essas leituras acerca da nocividade da anistia e do esquecimento ao traçado narrativo das identidades constitucionais se decantaram nos últimos cinquenta anos no discurso jurídico internacional, após uma experiência transnacional de enquadramento da memória em leis internacionais que procuram evitar que crimes contra os direitos humanos ocorridos durante as I e II Guerra Mundial tornem a ocorrer (MARTINS FILHO, 2022, p. 243-246). Assim, na matéria responsabilização penal por violações aos direitos humanos em contexto justransicional ou conflitivo, o Direito Internacional tem advogado pelo estabelecimento de mecanismos que pretendem garantir a prestação de contas, servir à justiça e alcançar a reconciliação. A norma global entende, destarte, pela ilegalidade e ilegitimidade de leis de anistia, aduzindo que esse instituto impede o direito ao devido processo legal, o direito à memória e o direito à reparação sempre que obsta que violações aos direitos humanos sejam levadas ao escrutínio do Judiciário estatal.

Assim, propugna a ONU (2010), por exemplo, que não se pode endossar disposições dos acordos de paz que impedem a responsabilização por genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e graves violações dos direitos humanos. A natureza responsabilizadora se consubstancia, ainda, nas disposições normativas da Convenções de Genebra de 1949 e no Protocolo Adicional I de 1977, onde se determina que os Estados Partes são obrigados a impor sanções penais eficazes para as pessoas que cometem, ou ordenam que sejam cometidas, qualquer uma das violações graves durante um conflito armado internacional. Estas proposições se decantam na inadmissão internacional de leis de anistia ou mecanismos legislativos que possam obstar a perseguição e responsabilização penal por graves violações aos direitos humanos, em especial durante transições políticas ou contextos pós-conflito.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU, neste sentido, reitera em *Rodríguez v. Uruguay, Human Rights Committee* (1994), que a prática de conceder anistia em relação a atos ilícitos é incompatível com o dever dos Estados de investigar violações aos direitos humanos, não estando os Estados em transição eximidos da obrigação de investigar

violações cometidas pelo regime anterior. A nível de adjudicação internacional, as cortes regionais mantêm uma jurisprudência firme, admitindo a anistia apenas em circunstâncias muito restritas. Neste sentido, a CtEDH, por exemplo, já dispôs em julgados como Jelić v. Croácia (2014), Margus v. Croácia (2014), Lexa v. Eslováquia (2011) e Ould Dah v. França (2009), que é obrigação estatal processar autores de violações dos direitos humanos, sendo o principal objetivo das condenações a retribuição às vítimas mediante afirmação categórica da justiça.

Essa postura responsabilizadora exsurge, entende este pesquisador, da concepção de democracia delineada internacionalmente, que pressupõe uma “democracia além dos Estados”, onde a ideia de “governo da maioria” perde centralidade e as institucionalidades democráticas passam a construir-se sob a lógica prefigurada pelos mecanismos internacionais, como um entrelugar dos espaços estatais de representação política e administração da justiça e a arena internacional. Repisando discussões do capítulo anterior, pode-se dizer que a representação e a garantia de direitos políticos não se dissolvem, mas a legitimidade democrática se torna *dual*, ou seja, emergem tanto da assembleia constituinte e dos representantes políticos, quanto do respeito e vinculação à normativa internacional de proteção aos direitos humanos (VENZKE; VON BOGDANDY, 2014, p. 145).

A legitimização democrática de certos atos em uma sociedade global, portanto, é limitada por padrões internacionais e obrigações para a proteção de direitos humanos. Logo, um regime democrático não garante *per se* o respeito ao direito internacional, de modo que a legitimização do Estado democrático se vê limitada pelas normas e obrigações internacionais para aplicação dos direitos humanos. Neste sentido, a democracia a nível internacional é compreendida como “[...] um meio de alcançar a paz e a segurança internacional, o progresso e o desenvolvimento econômico e social e o respeito pelos direitos humanos” (ONU, 2005, p. 4). Na visão de Chris Thornhill (2018a, p. 22), uma vez que a democracia contemporaneamente é promovida como parte de uma ordem global de direitos, altera profundamente o *layout* constitucional, influenciando o enquadramento no qual os direitos fundamentais são articulados.

Esta concepção se decanta na Carta Democrática Interamericana (2001), onde se lê que a democracia é indispensável para o exercício efetivo das liberdades fundamentais e dos direitos humanos, em seu caráter universal, indivisível e interdependente, consagrados nas respectivas constituições e nos instrumentos internacionais de direitos humanos. Ao largo da Conferência de Viena de 1993, há, também, ampla correlação do

regime democrático à proteção e garantia dos direitos humanos. Assim, a democracia no discurso jurídico internacional é idealizada menos como uma expressão política da comunidade nacional, e mais como a materialização estrutural da justiça política e social. Vincula-se, pois, à efetivação e pluralização material de direitos, segundo uma obrigação inerente de respeito à dimensão deontológica dos direitos humanos.

A despeito do discurso internacional majoritário, que reconhece uma carência de normatividade às leis de anistia, uma discussão acadêmica coerente do tema não pode deixar de destacar que contextos justransicionais ou pós-conflito nem sempre estão abertos a rupturas absolutas ou reconciliações pacíficas. Transições políticas se caracterizam, em verdade, por concessões profundas. Assim, é importante compreender que, ignorando o discurso internacional, leis de anistia têm habitualmente assomado em contextos justransicionais e pós-conflitivos em, por exemplo, África do Sul, Afeganistão, Itália, Grécia, Albânia, Brasil, Uruguai, Argentina, Quênia, Nepal, Libéria e República Democrática do Congo. Como instrumentos auxiliares de concessão e negociação política, as anistias exsurgem no campo juspolítico moderno como pretenso compromisso necessário à pacificação e encorajamento ao desarmamento ou à transferência de poder para líderes democraticamente eleitos.

A eventual legitimidade de uma lei de anistia face à ordem jurídica internacional encontra resguardo normativo mormente do art. 6.5, do Protocolo Adicional II das convenções de Genebra. Aduz o artigo expressamente que ao fim das hostilidades, as autoridades no poder se esforçarão para conceder a mais ampla possível anistia a pessoas que tenham participado do conflito armado, ou privadas de sua liberdade por motivos relacionados ao conflito armado, quer estejam internadas ou detidas. Leitura similar se abstrai do *Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity* (E/CN.4/2005/102/Add.1) editado pelo Escritório do Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos. Em seu artigo 24 se lê que, por ser interpretada como uma admissão de culpa, a anistia não pode ser imposta a indivíduos processados ou condenados por atos relacionados à liberdade de expressão e de opinião durante períodos de conflito. Ou seja, tal instituto não pode substituir um julgamento balizado pelo devido processo legal, pois sua concessão presume a culpabilidade do anistiado.

Confirma-se, pois, a complexidade política e jurídica desse instituto e a necessidade de uma avaliação caso a caso, ponderando os fins da anistia, suas condicionantes de concessão e as particularidades sócio-históricas do Estado que a

concede. Logo, a postura responsabilizadora que baliza o atual discurso jurídico internacional sobre leis de anistia não pode se apresentar como a única abordagem viável de reconciliação nacional e atores transnacionais não estatais não podem se constituir como óbice a projetos de transição que pretendem, dado o contexto político e histórico da transição, trilhar caminhos de negociação e métodos não conflitivos de retorno ou constituição de um regime democrático. A opção política de conduzir processos de redemocratização ou pacificação por negociações e pactos de anistia, sem embargo, não impede os Estados de, por outros mecanismos – comissões da verdade, reparações materiais e simbólicas, por exemplo – garantir às vítimas o direito à justiça, verdade e memória.

Quanto à inderrogável obrigação internacional de persecução e responsabilização penal das violações aos direitos humanos, Louise Mallinder (2008, p. 214) argumenta que eventuais leis de anistia não suprimem a obrigação estatal de responsabilização penal de atores e atrizes estatais que incorreram em graves violações a direitos humanos (tortura, execução sumária, desaparição forçada, por exemplo) durante o período de transição política. Isto se dá, pois o instrumento legislativo da anistia pode ser manejado de modo a, por exemplo, considerar a responsabilização apenas de determinados crimes (não anistiando crimes de sangue, terrorismo e graves violações aos direitos humanos, *e.g.*). Assim, coexistiria a anistia com a garantia de justiça às vítimas, mantendo um projeto de transição pautado no perdão e reconciliação nacional.

Esta abordagem, sem embargo, trata-se invariavelmente de uma divergência ao discurso internacional responsabilizador, solicitando uma justificação consistente para o reconhecimento de sua legitimidade. Isto é, na medida em que a edição de uma lei de anistia viola formalmente o compromisso internacional de persecução penal de crimes cometidos durante conflitos armados ou transições políticas, é imperioso que o instituto em questão esteja justificado a nível democrático e teleológico. Em outros termos, a lei de anistia organizada pelo Estado precisa respeitar as balizas de uma decisão democrática e majoritária, consolidada e delimitada por previsão normativa e justificada moralmente – ou seja, a modulação e operacionalização da lei de anistia não pode escapar à eticidade formal cristalizada na filosofia dos direitos humanos e estruturante do discurso emancipatório de igualdade e dignidade humana para todos.

As leis de anistia, nesse sentido, ofereceriam, aduzem seus defensores, as condições para a cooperação entre agentes da transição política e a promoção dos direitos das vítimas da repressão. É esse argumento que baliza as anistias geridas pelos projetos

justransicionais latino-americanos em voga entre 1980 e 1990. Neste prisma, a interpretação da CtIDH em casos focados nas leis de anistia e na obrigação internacional de responsabilização por crimes de graves violações aos direitos humanos fora particularmente instrutiva à desestabilização dos resquícios dos regimes ditoriais na América Latina e à reconstrução da identidade constitucional destes Estados. A jurisprudência da CtIDH é patente quanto à ilegalidade das leis de anistia e o direito das vítimas ao acesso à justiça e a serem ouvidas nos processos relacionados a suas violações está amplamente consolidado. Daí que a internalização deste discurso tem se colocado como contraponto à política de esquecimento veiculada pela maioria dos Estados-membros SIDH. É o que se passa a analisar no tópico seguinte.

4.2 O discurso interamericano sobre leis de anistia – experiências latino-americanas de transnacionalização da identidade constitucional

Antes de continuar a evoluir esta dissertação e, alcançando seu termo final, abordar o caso brasileiro, é prudente, ademais de útil, discorrer, acerca da decantação das discussões até aqui avançadas na ambiência da “transição constitucional” (COLÓN-RIOS, 2018) não revolucionária e sensivelmente permeada pela intervenção direta e indireta de atores transnacionais pela qual a América Latina passa no final do século XX. Isso exige deste pesquisador situacionar a discussão no campo teórico da justiça de transição, expor o discurso jurídico interamericano que dinamiza as experiências justransicionais na América Latina e, ao fim e ao cabo, apresentar como a transnacionalização de identidade constitucional se coloca nesse contexto. Para suprir esta última demanda, optou-se pela exemplificação de casos que confirmam a hipótese que este tópico procura cristalizar.

A justiça de transição, importa dizer desde já, refere-se à construção de uma concepção distinta de justiça associada com períodos de mudanças políticas radicais após governos opressivos e se pauta nos eixos da efetivação do direito à justiça, à memória, à verdade e à reforma das instituições nacionais. José Maria Gómez (2012, p. 262) reconhece que estudar a justiça de transição induz versar sobre um conjunto heterogêneo de discursos políticos, normas e mecanismos que operam em diferentes escalas espaciais (nacional, regional e global) e temporais (presente, passado e futuro), perseguindo os propósitos de fazer justiça às vítimas do passado, alcançar a paz social e evitar a repetição de catástrofes ocorridas durante períodos de conflito. Experiências justransicionais

ocorrem em três distintos momentos históricos: (a) entre 1820 e 1926, (b) entre 1922 e 1942 e (c) entre 1974 e 1990, período em que se observou movimentos de redemocratização na América Latina e Europa Oriental.

Os fatos jurídicos que se pretende agora perscrutar – a jurisprudência da CtIDH em matéria de memória e anistia – estão diretamente relacionados à terceira onda de redemocratização, isto é, às transições na América Latina entre 1974 e 1990 (HUNTINGTON, 1991). Neste período a maior parte dos países da região vivenciavam o encerramento de regimes autoritários pautados na monopolização, pelo regime militar, do poder político e dos meios tradicionais de coerção. As transições que se processaram na América Latina, no entanto, caracterizaram-se por uma saída conciliatória do regime ditatorial, favorecendo a proliferação de propostas transicionais focadas no instituto da anistia, na permanência indiscreta de agentes do regime militar nas estruturas democráticas, bem como na sobrevida de seus interesses no *corpus* constitucional da recém-formada ordem democrática.⁴⁹

Nestas transições negociadas o processo de redemocratização do Estado exige concessões profundas em ambos os espectros políticos envolvidos no conflito. Nesta modalidade de projeto justransicional, portanto, o regime autoritário inicia a transformação e fixa alguns limites para a mudança política, permanecendo como uma força eleitoral relativamente importante durante a transição, desde que respeitando as regras do jogo democrático. Consequência deste modelo de transições políticas na América Latina fora, sem embargo, a consolidação de um *establishment* militar forte e ativo politicamente; por vezes envolvido em movimentos que procuram calcar o debate

⁴⁹ A continuidade das instituições formais de matriz autoritária no corpo democrático, destacam Albertus e Menaldo (2020), podem ser distinguidas em três variantes. A primeiro trata-se daquelas *holdover constitution* que se mantêm estáveis e inalteradas, mesmo após a democratização (Constituição mexicana de 1917, *e.g.*) devido o bloqueio contra mudanças institucionais promovidas pela antiga elite política (*outgoing elites*). Essa elite incorpora restrições formais que criam uma estabilidade política autoimposta – como o limite supra majoritário para a emenda constitucional – a fim de evitar a supressão de seus privilégios. Assim, este modelo de *holdover constitution*, ponderam os autores, “[...] contém as sementes de sua própria perpetuação, dando início a uma série de verificações e balanços que aumentam dramaticamente os custos de transação e ação coletiva necessários para formar uma ampla coalizão para a mudança” (ALBERTUS, MENALDO, 2020, p. 63). O segundo modelo de *holdover constitution*, por outro lado, trata-se do exemplo da constituição chilena de 1980, onde há ruptura com o passado pré-democrático, mas os privilégios e interesses da elite de saída subsistem cristalizados nas instituições democráticas. Por fim, o terceiro modelo de continuidade constitucional é aquele dos regimes democráticos fracos, onde a herança autoritária sequer é suprimida. Neste modelo as reformas e mudanças institucionais promovidas pela transição política some derrubadas logo após a primeira eleição livre e justa que inaugura a democracia. não há, pois, continuidade de privilégios e interesses da elite de saída protegidos pelas novas instituições jurídico-constitucionais formais, mais uma nova ruptura que reintegra o regime autoritário ou oligárquico. Isso se dá, pois, as instituições democráticas geram fatores que sustentam a fragilidade institucional.

democrático moderno em oposições desleais⁵⁰ e nos embates à efetivação do direito à verdade e à memória.

Essa proposta não conflitiva de conciliação entre as partes sociais envolvidas numa transição política alberga a preocupação de que eventuais respostas judiciais contra os crimes do regime ditatorial pudessem reanimar uma retomada do poder por parte dos militares. Sustentam-se, portanto, os projetos justransicionais latino-americanos (com em Uruguai, Brasil e Peru) em negociações diretas, formulações de anistias bilaterais e na supervalorização dos eixos do direito à verdade e à memória, dirigidas por comissões da verdade e mecanismos simbólicos de reparação das vítimas, em detrimento do julgamento e sanção dos crimes do passado. No mais das vezes, portanto, os Estados latino-americanos optaram por projetos justransicionais que supervalorizavam o eixo da *acknowledgement* (decidir lembrar ou esquecer os abusos aos direitos humanos cometidos no passado) e minorando a *accountability* (julgar e impor sanções aos perpetradores dessas violações).

Essas redemocratizações se situam em um momento no qual “[...] soluções exógenas para transições políticas tornam-se menos viáveis dada a ausência de consenso abrangente na ordem internacional que caracteriza os anos da Guerra Fria” (TORELLY, 2015, p. 147). Assim, é natural constatar nesses projetos justransicionais uma aversão à assimilação de valores axiológicos e principiológicos ditados pela normatива internacional, como, por exemplo, o discurso de ilegalidade de anistias. Sem embargo, a CtIDH, instigada por denúncias apresentadas pela CIDH, imiscui na controvérsia juspolíticas produzidas pelas anistias latino-americanas, construindo, ao longo de quase 20 anos de atuação, uma racionalidade jurídica sobre o tema que, internalizada por alguns Estados-membros, influenciou na ruptura definitiva com o passado autoritário.

A criação e operacionalização de projetos justransicionais na modernidade não se perfazem sem a intervenção direta (condenações perante o TPI ou atuações de *peace biulding* da ONU) ou indireta (aplicação pelos Estados de padrões internacionais de reparação de vítimas, *e.g.*) do sistema jurídico internacional (MCGREGOR, 2008). Daí, destaca Marcelo Torelly (2013, p. 316), a importância do *link* entre o processo de

⁵⁰ Estruturação político-partidária de grupos minoritários que buscam fortalecimento nos processos de decomposição do regime democrático. Em certa medida, os regimes democráticos são capazes de depurar oposições desleais, mas quando estes pequenos partidos extremistas ganham apoio e se infiltram no regime democrático, passando a controlar grandes grupos de interesse, tornam-se um elemento das atuais experiências de erosão democrática. Na América Latina a politização do *establishment* militar constituído pós-ditadura tem se colocado como atores centrais de reforço ao populismo autoritário e de políticas de oposição desleal.

desenvolvimento das normas globais e o planejamento dos eixos justransionais da *acknowledgement* e *accountability*. No plano doméstico, escreve o pesquisa, as normas legais internacionais atinentes ao processamento de crimes atrozes desempenharam um papel importante permitindo aos países superar barreiras de outras maneiras intransponíveis para a persecução e responsabilização de graves violações aos direitos humanos durante o período conflitivo.

Uma comunidade que, no contexto de transição, estrutura a reconstrução de sua identidade constitucional esteando-se no instituto da anistia e, por conseguinte, abdicando de uma internalização do discurso jurídico internacional, dificilmente vislumbrará uma expectativa de transformação juspolítica. Nessas hipóteses, o *self* coletivo não toma a temporalidade da constituição como um processo de aprendizagem social com o Direito, mas como uma experiência cronológica, linear, que não pode ser repensada e avaliada criticamente (OLIVEIRA, 2010, p. 51). O presente e o futuro da democracia constitucional em formação são, desse modo, tomados como continuação orgânica do passado pré-constitucional, ignorando-se a necessidade de rupturas, exortações de posturas institucionais e discursivas de antanho e nomeação e reafirmação de valores e memórias basilares ao desenho jurídico-político que se procura estabelecer.

Logo, “para os Estados em transição, as expectativas normativas globais relacionadas a justiça de transição desafiam um desejo de sustentar a continuidade do *self* coletivo conhecido” (MALKSOO, 2019, p. 378). Por isso, esse tópico se ocupa de diagnosticar e apresentar a *ratio iuris* que permeia a jurisprudência da CtIDH em matéria de anistia, bem como, a título de exemplificação, algumas experiências latino-americanas em que a internalização desse discurso jurídico induziu a transnacionalização da identidade constitucional do Estado pela ruptura com seu passado pré-constitucional autoritário. Para expor o discurso jurídico interamericano sobre leis de anistia, esta pesquisa retoma os casos Barrios Altos v. Peru, La Cantuta v. Peru, Almonacid Arellano v. Chile e Gelman v. Uruguai.⁵¹ O foco é a diagnose dos elementos essenciais que formam o entendimento da CtIDH sobre a temática e pontuais considerações sobre sua internalização por Estados-membros do SIDH.

⁵¹ Considerando os objetivos específicos de cada tópico optou este pesquisador por adiar a análise dos casos em que o Brasil é réu (Gomes Lund v. Brasil e Herzog v. Brasil) para os tópicos finais desta dissertação. Portanto, para considerações sobre como os citados julgados reformam o discurso jurídico da CtIDH, remate-se o leitor ao tópico 3.3 desta dissertação.

De início importa pontuar que a dupla de casos peruanos é basilar à construção argumentativa da CtIDH sobre as leis de anistia. Embora já houvesse previsto a necessidade da realização de um exame de compatibilidade entre a normativa doméstica e os padrões interamericanos de garantia, proteção e promoção dos direitos humanos, em sua Opinião Consultiva n. 14/94, somente em Barrios Altos v. Peru (2001), a CtIDH reforça esta obrigação internacional no exercício de sua competência contenciosa. O caso chega à CtIDH por denúncia da Comissão Interamericana, que alega que o estado peruano violou a CADH ao não garantir o direito à integridade pessoal, à vida e às garantias judiciais e processuais os moradores do edifício Barrios Altos, assassinadas pelo “Grupo Molina”, desdobramento estatal-militar responsável pela perseguição aos supostos integrantes do Partido Comunista do Peru.

O Estado peruano assumiu sua responsabilidade internacional, reconhecendo, em audiência pública, como verídico os fatos narrados pelos reclamantes e destacando os obstáculos que as leis de anistia representavam para a solução das controvérsias *sub judice*. A CtIDH admite a aceitação estatal de violação dos artigos 1, 2, 4, 5, 8 e 25 da Convenção Americana. Sem embargo, sustenta que o caso é uma oportunidade inédita histórica para avançar consideravelmente nos mecanismos de proteção dos direitos humanos e na discussão sobre a temática da anistia. Assim, aduz que, quando o Congresso peruano aprovou, sem qualquer deliberação pública, a Lei n. 26.479 (que isentou de responsabilidade os militares, policiais e civis que tivessem cometido, entre 1980 e 1995, violações de direitos humanos ou participado dessas violações) e a Lei n. 26.492 (anistiando agentes estatais envolvidos com o caso Barrios Altos e declarou a lei isenta de revisão judicial) tolheu as garantias judiciais e processuais das vítimas, abrindo vazão para que atos como tortura, execução sumária e desaparição forçada não fossem contraditos pela ordem estatal.

Daí o entendimento de que tal lei seria incoerente com os valores jurídicos entronados na CADH. Dos votos dos juízes Cançado Trindade e Garcia Ramírez abstrai-se, ainda, que a anistia afronta o direito à verdade e à justiça quando furta dos familiares das vítimas um esclarecimento dos fatos, dispondo-se com uma lei que carece da essência esperada das normativas que medram do Estado de Direito. Daí, não têm qualquer validade jurídica à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos e são fonte de um ato ilícito internacional. Um ordenamento jurídico que edifica tal lei, porquanto, não satisfaz as obrigações assumidas por um Estado parte da CADH (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001). Importa notar, por demais,

que a anistia peruana obsta, ao impossibilitar a condenação de agentes do regime militar, o enquadramento da memória, pois impede que a narrativa das vítimas se cristalize em normas ou discursos jurídicos que afirmem a ilegalidade dos atos do Grupo Molina.

A questão da anistia, no entanto, torna a ser discutida pela CtIDH após nova denúncia contra o Peru. Em *La Cantuta v. Peru* (2006) a CtIDH reafirma a incompatibilidade da lei de anistia com os padrões normativo-axiológicos que conformam o SIDH. A sentença destacou, na ocasião, que a interpretação emitida em *Barrios Altos v. Peru* facilitou a busca por justiça em casos similares no Peru, de sorte que “[...] o fato de as leis de anistia não terem sido formalmente revogadas não impede que os juízes investiguem e punam os responsáveis, já que no Peru todos os juízes têm o poder constitucional de preferir a Constituição às leis e, portanto, desaplicar a leis de anistia” (CORTE INTERAMERICANA..., 2006, p. 23). Destacou a CtIDH, ainda, que, a despeito do reconhecimento de responsabilidade internacional pelo Estado, emitir uma sentença na qual se determinem os fatos e todos os elementos do mérito “[...] constitui uma forma de contribuir para a preservação da memória histórica, de reparação dos familiares das vítimas e, ao mesmo tempo, contribuir para evitar a repetição de eventos semelhantes” (CORTE INTERAMERICANA..., 2006, p. 13).

Quando da supervisão do cumprimento de sentença de *La Cantuta v. Peru*, a CtIDH declarou que o Estado não deu cumprimento total à obrigação de investigar, julgar e sancionar as violações aos direitos humanos diagnosticadas em ambos os casos em que o Estado peruano é réu. Pontuou que o Estado não abriu processo judicial para apurar o cumprimento da obrigação internacional de persecução e responsabilização penal dos culpados pelas violações aos direitos humanos que envolveram os casos *La Cantuta* e *Barrios Altos*, mas que concedeu “indulto por motivos humanitários” ao ex-ditador Alberto Fujimori. Da leitura dos informes de supervisão de cumprimento de sentenças pode-se abstrair que, na avaliação da CtIDH, o indulto a Fujimori e a inércia estatal quanto à persecução e responsabilização dos violadores é demonstrativo de uma indisposição das organizações democráticas peruanas em condenar seu passado autoritário – postura institucional que, nas palavras de uma das vítimas, é um insulto a sua memória e à de seus pares (CORTE INTERAMERICANA..., 2022).

Os casos peruanos se colocam no espectro da jurisprudência interamericana como uma oportunidade de afirmar a inadmissibilidade de que Estados-membros do SIDH alberguem na sua ordem jurídico-constitucional leis de anistia, instituto que instaura uma política de esquecimento direcionada a violações dos direitos humanos e que prejudica a

definitiva concreção das garantias processuais das vítimas – ou seja, um instituto que se antagoniza à concreção das promessas sedimentadas no esquadro constitucional e à revisita crítica do passado, interrompendo a elaboração de uma memória que, reforça Gomes Canotilho (2018), detém função preventiva-libertadora no cânones constitucional, pois

[...] desdobra-se em dois segmentos: (i) um virado para as experiências passadas (“absolutismo nunca mais”, “fascismo nunca mais”, “comunismo nunca mais”, colonialismo nunca mais, “apartheid nunca mais”, “ditadura nunca mais”) e (ii) outro direcionado ao futuro, justificando-se a existência de normas programaticamente preceptivas das dimensões básicas da democracia política, econômica e social [...] A libertação significa superação das iniquidades provadamente transportadas por determinados esquemas do poder político: (i) arbitrariedade e despotismo, com a consequente falta de segurança jurídica, que levou a instauração do estado liberal, (ii) autoritarismo e exclusão política, o que justificou a luta pelas liberdades instalação do estado de direito democrático; (iii) a exclusão social neutralizadora do acesso à participação política (ex: regimes censitários) e causadora da negação e do direito dispositivos, de natureza econômica social e cultural (CANOTILHO, 2018, p. 23-24).

A CtIDH julgaria, ainda, o caso Almonacid Arellano y otros v. Chile (2006), adensando seu entendimento sobre o instituto da anistia. O caso se refere à responsabilidade internacional do Chile pela execução extrajudicial, em 1973, de Luís Alfredo Almonacid Arellano, militante do Partido Comunista. Segundo narraram os demandantes, em 1978 foi adotado o Decreto-Lei n. 2.191, concedendo anistia a pessoas que haviam cometido os delitos entre 1973 e 1978, de modo que o assassinato de Arellano não fora investigado. A CtIDH reconheceu que, em função do padrão sistêmico e generalizado dos atentados do regime Pinochet contra a população civil, poderia o assassinato de Luis Alfredo Almonacid Arellano ser entendido como crime de lesa-humanidade, violando o Direito Internacional consuetudinário. Reforça, então, sua tese de que os Estados-membros não podem se eximir do dever de investigar, identificar e punir os responsáveis pelos crimes de lesa-humanidade aplicando leis de anistia ou outro tipo de normativa interna.

O caso é paradigmático, ademais, por conta da observação sobre o controle difuso de convencionalidade. Na sentença argumentou a CtIDH que os juízes e tribunais nacionais estariam obrigados a aplicar as disposições da CADH. Apontou, assim, que o Poder Judiciário estatal deve exercer, de forma primária, o controle de convencionalidade entre normas jurídicas internas que aplica nos casos concretos. A manifestação da CtIDH deixa evidente a pretensão de estimular comunicações transjudiciais dentro do SIDH, a

fim de estruturar uma jurisprudência mais coesa e comprometida com o fomento de uma cultura jurídica desvirtuada de noções limitantes à prevalência do princípio da dignidade humana. O caso, portanto, reitera a necessidade de uma postura proativa dos agentes estatais na consolidação da normativa protetiva dos direitos humanos por intermédio da recepção dos precedentes da CtIDH, bem como da normativa da CADH.

Assim, Almonacid Arellano y otros v. Chile (2006) pode ser interpretado como a decisão que, a um só tempo: (a) expande de normatividade de Barrios Altos, ao qualificar as graves violações como crimes contra a humanidade e (b) convoca a existência de uma sociedade aberta de intérpretes da CADH, na medida em que encarrega expressamente os juízes nacionais de realizar um controle difuso de convencionalidade, condicionando a validade na normativa estatal ao respeito aos valores interamericanos. A CtIDH reforça sua jurisprudência, ainda, ao destacar na sentença que a anistia, ao criar uma situação de impunidade, protraí no tempo o atentado aos direitos e garantias fundamentais, criando uma condição de violação contínua dos direitos humanos. Logo, não importaria que a circunstância fática que deu vazão à denúncia contra o Estado tenha ocorrido antes do Chile reconhecer a jurisdição contenciosa da CtIDH, pois a violação aos direitos humanos continua enquanto a impunidade vigorar (LEGALE, 2020, p. 153; CALABRIA, 2018, p. 108).

A construção de um discurso jurídico fortemente antagônico ao instituto da anistia ganharia novas camadas em Gelman v. Uruguai (2011). As circunstâncias fáticas que balizam o caso se iniciam em 1976, em meio à ditadura de Pinochet, quando Maria Claudia Iruretagoyena de Gelman, então grávida, e seu esposo Marcelo Ariel Gelman Schubaroff são detidos na Argentina e levados a uma detenção clandestina. Ali Marcelo Gelman seria morto após tortura e sua filha recém-nascida entregue a um casal de policiais argentinos (CORTE INTERAMERICANA..., 2011). Em 1999, o poeta Juan Gelman, irmão de Ariel, publiciza que colhera indícios de que sua nora, desaparecida na Argentina, havia sido levada em 1976 para o Uruguai. O caso, contudo, não reverberou nacionalmente e precisou ser içado, com auxílio do Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O Uruguai, importa dizer, encaminhou a reconstrução de suas institucionalidades democráticas negociando anistias e a manutenção de cargos de antigos agentes da repressão ditatorial. Neste país, portanto, a devolução do poder aos civis esteve condicionada à negação de qualquer etapa de revisionismo e conhecimento da verdade dos fatos envolvendo o passado. Logo, como parte desta transição negociada, o

Parlamento editou a Lei n. 15737/1985, que previa a anistia e a libertação de todos os prisioneiros políticos – exceto aqueles que cometaram “crimes de sangue”. No ano seguinte, contudo, o então presidente Sanguinetti sancionou a Lei n. 15.848/1986 (Ley de Caducidad). Essa anistia encerrava a possibilidade de processos judiciais por violações de direitos humanos no passado. Seu artigo 1º suspendeu a capacidade punitiva do Estado em relação aos crimes cometidos durante a ditadura por militares e policiais no cumprimento de suas funções ou cumprimento de ordens – dentre eles, o caso do sequestro e execução do casal Gelman.

Após a edição da Ley de Caducidad, contudo, campanhas pró-direitos humanos arrecadaram 3 mil assinaturas solicitando um referendo para inquirir a sociedade civil sobre a legalidade da anistia aos agentes da ditadura. Em abril de 1989 o referendo ocorreu em todo o território uruguai. Na capital Montevidéu apenas 42,5% da população votou pela manutenção da anistia, enquanto no restante do país a porcentagem de votantes que validaram a decisão de anistiar os militares responsáveis por crimes contra os direitos humanos foi de 54%. Em 2009 houve um plebiscito, organizado pela Frente Amplia, propondo anular e declarar inexistentes os 4 primeiros artigos da Lei n. 15.848/1986. Mais uma vez, no entanto, aproximadamente 52% da população optou pela manutenção da anistia aos crimes cometidos durante a ditadura por militares e policiais (LESSA, 2013, p. 134-138; GALAIN, 2014, p. 394-397).

Dada a aparente legitimidade democrática que orbitava a lei de anistia uruguai – variável inexistente nos casos anteriores julgados pela CtIDH – quando remetido o caso à CtIDH pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o tribunal internacional sente a necessidade de se manifestar acerca da legitimidade da Lei n. 15.848/1986. Em sua sentença declara, pois, que a mera existência formal de um regime democrático não garante *per se* o respeito ao direito internacional, de modo que a legitimação democrática de certos atos e fatos no Estado se vê limitada pelas normas e obrigações internacionais para aplicação dos direitos humanos. Logo, para que haja em definitivo um regime democrático é necessário o respeito às características formais e substanciais do DIDH e o cumprimento integral das obrigações internacionais firmadas. O caso, assim, abre vazão para a avaliação de possíveis limites à interferência do discurso internacional nos projetos justransicionais pautados em “anistias legítimas” (CORTE INTERAMERICANA 2011, p. 68-69).

Repisando a normatiava sobre o direito à verdade, abstraído do Relatório do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, a CtIDH

observa, ainda, que – nos termos dos artigos 1.1, 8.1, 25, bem como em certas circunstâncias o artigo 13 da CADH – toda pessoa, sobremodo os familiares das vítimas de graves violações de direitos humanos, tem o direito de conhecer a verdade dos fatos que envolvem as vítimas dos períodos de conflito e guerra civil, de forma que as famílias e a sociedade como um todo devem ser informadas pelo Estado em vias de redemocratização do que aconteceu com vítimas do passado. Pondera a CtIDH, assim, que o Estado deve preservar os arquivos e outras provas sobre violações de direitos humanos e facilitar o conhecimento de tais violações, como medida que visa preservar a memória coletiva do esquecimento e, em particular, evitar o surgimento de teses revisionistas e negacionistas de erros e crimes das gerações anteriores (CORTE INTERAMERICANA 2011, p. 72).

A CtIDH tornaria a densificar seu corpo jurisprudencial sobre o tema em *El Mozote v. El Salvador* (2012), quando mais uma vez é instada a julgar fatos relacionados a controvérsias envolvendo desaparição forçada e lei de anistia. O caso envolve execuções massivas realizadas com apoio das forças armadas de El Salvador durante o conflito civil-militar no país – o qual se encerra quando é firmado lei de reconciliação nacional entre El Salvador e a guerrilha. Após a publicação da lei de reconciliação, contudo, a assembleia legislativa decreta uma lei de anistia que obstaculiza a responsabilização pelas execuções citadas. Embora El Salvador tenha reconhecido a sua responsabilidade, a CtIDH pondera necessário dar prosseguimento às investigações, a fim de deslindar controvérsias fáticas que, no entendimento dos magistrados, restavam ambíguas.

Nisto, a CtIDH faz uma importante ressalva que pode ser reconhecida como inovação jurisprudencial. Dirá a CtIDH que como os fatos se deram em um contexto de conflito armado e a lei de anistia se instrumentalizou como parte do acordo de paz, haveria a hipótese de que esta anistia fosse legítima do ponto de vista do direito internacional humanitário. Isso decorre do fato de que o artigo 6.5 do Protocolo II adicional às Convenções de Genebra de 1949 prevê referida legitimidade. Merece realce, contudo, dirá a CtIDH, que apesar dos próprios acordos de paz terem previsto a anistia, o Estado amplia seu escopo material, tornando-a geral e irrestrita. Conclui a CtIDH, portanto, pela necessidade de declarar sem efeitos a anistia de El Salvador, à luz do que foi estabelecido pela Convenção de Genebra de 1949 e pela CADH.

O *corpus jurisprudencial* sobre leis de anistia da CtIDH comporta, ainda, os casos *Gomes Lund v. Brasil* (2010) e *Herzog v. Brasil* (2018), que serão adequadamente apresentados nos tópicos seguintes. Sem embargo, a apresentação dos cinco casos aqui

expostos já permite uma compreensão do discurso interamericano em matéria de anistia e esquecimento. Destes casos, no entendimento deste pesquisador, se faz possível perceber a *ratio iuris* que norteia o discurso da CtIDH nesta temática e organizá-la em 6 pilares fundamentais. O primeiro deles é a inadmissibilidade da impunidade. A CtIDH concede especial atenção à *accountability* nos processos justransicionais, pois avalia que “[...] a impunidade tem efeitos penetrantes tanto na sociedade quanto nas vítimas, permitindo ao mesmo tempo a repetição de violações de direitos humanos e acentuando a condição indefesa das vítimas” (CALABRIA, 2018, p. 113).

O segundo pilar se refere à sua competência *ratione temporis* para julgar casos de violação de direitos humanos obstados pelo instituto da anistia. Como a impunidade impede que o ciclo de persecução e responsabilização penal pelas violações se feche, a CtIDH entende que há uma continuidade temporal das violações. O terceiro pilar é notado quando o discurso interamericano sustenta que a anistia viola o direito à verdade e à memória não apenas das vítimas e seus familiares, mas de toda a comunidade política, pois impede que erros e crimes do passado sejam avaliados criticamente e enquadrados no discurso que os condena e exclui do esquadro constitucional. O quarto pilar, por demais, refere-se à natural incoerência deste instituto com a normativa internacional. A impunidade, a violação continuada a direitos e garantias individuais e coletivos não se coaduna com a “razão pública global” (COHEN; SABEL, 2005) operacionalizada pela comunidade internacional moderna, é o entendimento percebido nos pronunciamentos oficiais da CtIDH.

O quinto pilar diagnosticado se comunica diretamente com seu antecessor e se refere ao entendimento da CtIDH sobre a eventual legitimidade de uma anistia. A interpretação da CtIDH, nesse sentido, reforça o entendimento do Direito Internacional moderno sobre a democracia como uma “ordem institucional globalmente sustentável”, cuja legitimidade medra não apenas de questões procedurais afeita à representação popular, dependendo em parte também de como a ordem juspolítica do Estado é integrada substancial e formalmente à arena transnacional, pois a normativa internacional, uma vez internalizada pelos Estados e compondo o escrutínio democrático no plano legislativo e judicial, retroalimenta as precondições propícias à afirmação dos direitos humanos no plano doméstico e ao fortalecimento das instituições democráticas (TORNHILL, 2018a, p. 169; KUMM, 2016, p. 703). Resulta daí que, na leitura da CtIDH, a validação democrática por plebiscito ou referendo

de uma lei de anistia não lhe concede um matiz de legitimidade e legalidade face à normativa e aos valores que sustentam a Convenção Americana.⁵²

Um último pilar se refere à consideração do princípio da inafastabilidade da justiça. Embora a CtIDH, anota a pesquisadora Carina Calabria (2018, p. 117), reconheça a relevância de mecanismos como comissões da verdade e ações de reparação simbólica, “[...] a Corte enfatiza que nada pode obviar o direito da vítima a uma resposta judicial [...] os processos penais formais são um componente indispensável do dever de investigar, processar e sancionar, e não podem ser substituídos por outros mecanismos”. A construção da memória coletiva e reconciliação nacional depende substancialmente, entenderá a CtIDH, da sanção dos violadores dos direitos humanos e fundamentais. A *accountability* não pode, portanto, ser uma dimensão do projeto justransicional dos Estados-membros da SIDH colocada ao revés, sob pena de faltar à redemocratização uma devida elaboração da memória pela ausculta e enquadramento da narrativa das vítimas, bem como da efetivação de justiça material.

Esse discurso jurídico interamericano em matéria de anistia faz parte do que se convencionou chamar nesta dissertação por “identidade interamericana do sujeito de direitos humanos”, experiência regional de uma identidade jurídica transnacional. A internalização desta expressão identitária tem efeito real na modulação da normativa doméstica dos Estados e na transnacionalização de suas identidades constitucionais. A ruptura com o passado pré-constitucional autoritário pela nulificação das leis de anistia – este instituto do passado que se continua perniciosamente no presente constitucional – é percebido nas experiências de reconstrução de identidade constitucional na Argentina, Uruguai, Chile, Colômbia, Peru e El Salvador. Essas experiências, no entanto, nem sempre foram lineares e definitivas, pois, como pontua Bruno Galindo (2015, p. 100), a transição da ditadura à democracia é um processo político eivado de tensões e acomodações, dependendo de variáveis juspolutícias e sociais.

Na Argentina, por exemplo, malgrado a promulgação de três leis de anistia ao longo de um período de três anos – inclusive com respaldo jurídico da corte constitucional – o discurso jurídico que se fortaleceu após a reforma constitucional de 1994 possibilitou

⁵² Neste sentido, o caso das anistias de Uruguai e El Salvador são exemplo profícuo da possibilidade de normativa estatal divergir legitimamente do *standard* internacional. Recuperando algumas ideias já avançadas nesta pesquisa, tem-se que a norma ou discurso constitucional será tida como legitimamente antagônica ao universo de significações transnacionais nas hipóteses em que for validada a nível democrático (ser a expressão da vontade popular e não de uma elite política) e institucionalmente justificada (respeitar o direito moral à justificação que fundamenta os direitos humanos), isto é, se pautar em: (a) não concessão de privilégios ou sobreposição de interesses (reciprocidade) e (b) não exclusão de interesses e objeções de matriz política ou cultural (generalidade). Quanto a isto, Cf. *supra* tópico 2. 2.

que se extirpassem do corpo democrático as leis de autoanistia, aproximando o discurso constitucional do país da condição criativa e produtiva prefigurada pela visagem transconstitucional. A reforma constitucional de 1994 remodela o artigo 75 da Constituição Nacional, atribuindo a um rol de 11 instrumentos internacionais *status* constitucional e permitindo que os outros tratados internacionais fossem constitucionalizados pelo Legislativo (GONZÁLEZ-SALZBERG, 2011, p. 121-124). Essa experiência de reconstrução constitucional facilitou sensivelmente a internalização do discurso interamericano e consequente transnacionalização da identidade constitucional Argentina.

Segundo Maués *et al.* (2021, p. 118), entre 1994 e 2019 a *Corte Suprema de Justicia de la Nacion* (CSJN) evocou a normativa da CADH mais de 730 vezes. No que se refere à temática da anistia ganham destaque os casos Simón (2005) e Mazzeo (2007). No caso Simón (2005), à exemplo, a CSNJ reconhece o dever democrático do Estado argentino de declarar a invalidade das leis de anistia do país, dada sua condição de empecilho à responsabilização dos crimes de lesa-humanidade cometidos no território argentino. Para tanto, a CSJN faz longa referência à jurisprudência interamericana, especialmente ao caso Barrios Altos vs. Peru. Segundo a suprema corte argentina as conclusões da CtIDH em Barrios Altos são imperativas, mesmo para a Argentina, de forma que as decisões de referida Corte internacional devem ser interpretadas de boa-fé como diretrizes jurisprudenciais legítimas (CSJN, 2005, p. 40).

Em 2007, quando do julgamento do caso Mazzeo, a CSJN – aplicando o controle de convencionalidade e fazendo referência a Barrios altos v. Peru e Almonacid Arellano v. Chile – declara a inconstitucionalidade da concessão de indulto a agentes estatais responsáveis por crimes contra os direitos humanos. A sentença, escreve Calabria (2018, p. 135), contribuiu para acelerar investigações e condenações de ex-agentes da ditadura militar. Até 2010, aponta a pesquisadora, “[...] quase 1500 indivíduos estavam enfrentando processos criminais por crimes contra a humanidade perpetrados durante a ditadura incluindo oficiais militares de alto nível”. A despeito da evidente aquisição evolutiva ao fenômeno constitucional argentino, essa transnacionalização não é linear, como atestam julgados recentes da CSJN.

Nos recentes casos Fontevecchia (2017) e Muiña (2017), a CSJN principia uma construção argumentativa que põe em questionamento a doutrina do efeito imediato e do *status* constitucional atribuído anteriormente à normativa interamericana. No caso Muiña, desconsiderando as normativas internacionais, a CSJN possibilita a redução do período

de privação de liberdade de militares condenados por crimes contra os direitos humanos cometidos durante a ditadura militar. Em Fontevecchia, ademais, argumenta a CSJN que, como a jurisdição Internacional estabelece um mecanismo subsidiário de proteção aos direitos humanos, determinações da CtIDH de “deixar sem efeitos” sentenças domésticas seriam ilegítimas, pois estariam situando o discurso jurídico interamericano como uma instância revisora das jurisprudências municipais.

Como anota Julieta Rossi (2017), resta observar se esses julgados se colocam como precedentes isolados ou se marcam um giro permanente na identidade e discurso constitucional do país. Fato é, no entanto, que a experiência argentina em Fontevecchia (2017) e Muiña (2017) ele é demonstrativo de como tanto a experiência de transnacionalização de identidade constitucional, quanto a operacionalização de um projeto justransicional comprometido com a *accountability* são experiências contingenciais, sensivelmente dependentes de variáveis estranhas à dogmática constitucional. Confirma-se, também, a hipótese avançada anteriormente nesta dissertação de que a postura do Estado face ao processo transnacional é definida no curso de uma aquisição evolutiva que sedimenta e reforma sua identidade jurídica e seus interesses políticos, bem como os significados que orientarão suas ações e omissões no plano internacional.

Não havendo que se falar em engajamento ao processo transnacional sem que a ambiência sociopolítica se faça auspíciosa à interação *self* constitucional/*self* transnacional. A interação que dá azo ao processo transnacional somente existiria, no curso deste pensamento, quando os atores estatais colaboram para construir entendimentos compartilhados e reafirmar uma prática de legalidade coerente com a proteção dos direitos humanos. Daí a instabilidade do discurso constitucional argentino na internalização da identidade interamericana o sujeito de direitos humanos em matéria de anistia. Se nos anos subsequentes à reforma de 1994 o contexto político e o desenho institucional da Suprema Corte eram favoráveis a essa transnacionalização, contemporaneamente já não é. Igual acomodação é percebida no Chile e Uruguai.

No Uruguai, o Judiciário entendeu que a análise da lei de anistia não poderia deixar de considerar sua transcendência do âmbito doméstico, na medida em que fora constantemente contestada pela CIDH, em seus relatórios anuais sobre o Uruguai, bem como pela Corte IDH, em casos similares já julgados. Assim, no julgamento do caso Nibia Sabalsagaray (Sentencia n. 365/2004), a Corte Suprema de Justiça do Uruguai (CSJU), revisando a constitucionalidade e legitimidade democrática da Lei n.

15.848/1986, pontua que nas democracias constitucionais a jurisdição constitucional e internacional se configura como limite à democracia política. Na democracia constitucional, portanto, existe uma esfera substantiva do “não decidido” que é acordada em subtrair da decisão da maioria. E o limite da decisão da maioria reside, considera a CSJU, essencialmente na proteção dos direitos fundamentais (CSJU, 2004, p. 31).

Pontua a suprema corte uruguaia, ainda, que a querela juspolítica da anistia é uma questão que transcende o âmbito interno, pois o instituto *sub judice* já houvera sido observado, por exemplo, pela CtIDH em Barrios Altos v. Peru, oportunidade na qual o tribunal internacional declarou ilegítima e ilegal leis de anistia que, como a *Ley de Caducidad*, impedem a punição de graves violações aos direitos humanos (CSJU, 2004, p. 48). Decide, então, por reconhecer a inconstitucionalidade da Lei 15.848/1986. Essa aproximação do discurso constitucional com a *ratio iuris* interamericana em matéria de anistia é, contudo, minorada quando, em julgados recentes, a CSJU reforma seu entendimento, refreando uma transnacionalização de identidade constitucional ofertada por comunicações transjudiciais com a CtIDH.

Em 2013, a CSJU reforma o entendimento construído na Sentencia n. 365/2004. Entre 2017 e 2018 emite sentenças declarando que é inconstitucional a imprescritibilidade de crimes de lesa-humanidade cometidos durante a ditadura. O que se observa no país, então, é a interrupção da cadeia de práticas de legalidade indispensáveis a articulações do *self* constitucional com a identidade interamericana dos sujeitos de direitos humanos. Ainda hoje o país se depara com o continuísmo de um projeto de transição centrado na impunidade e cego ao eixo de responsabilização penal, como evidencia o recente caso Diana Maidanik y otros v. Uruguai (2020), onde a *Ley de Caducidad* – ainda que reformada pela Lei n. 18.831/2011 – servira de óbice à investigação da desaparição forçada de Luis Eduardo González González e Oscar Tassino Asteazu. A despeito, portanto, de pontuais decisões de juízes estaduais que reafirmam a decisão do caso Nibia Sabalsagaray, o engajamento do Uruguai com a normativa interamericana reduziu-se e modulações normativas que garantiriam uma aquisição evolutiva à identidade constitucional tornam-se mais escassas.

O Chile é também exemplo de como o campo político influencia profundamente a transnacionalização de identidade constitucional no que toca à ruptura com o passado pré-constitucional autoritário. Após condenação em Almonacid Arellano v. Chile, o tribunal constitucional chileno, no julgado Rol n. 559-4, citando a jurisprudência da CtIDH, qualifica as relações aos direitos humanos como crimes de lesa-humanidade e

reconhece sua imprescritibilidade. Reflexos de uma eficácia multidimensional da normativa interamericana são, ainda, os julgados Rol n. 38-683 e 37.860. No julgamento do Rol n. 288-2012, no entanto, percebe-se um retrocesso na construção argumentativa do tribunal com a criação do instituto da prescrição gradual da pretensão punitiva de crimes ocorridos durante a ditadura, entendimento que se replica nos Rol n. 5789-07, Rol n. 925-09, Rol n. 2596-09 e Rol n. 8939-09.

A despeito da instabilidade do discurso constitucional chileno em recepcionar a normativa interamericana, o impacto da jurisprudência interamericana na ordem jurídico-constitucional doméstica é paradigmático. Como destacam Lessa *et al.* (2014, p. 120), a experiência chilena é ilustrativa de como a interação do fenômeno constitucional com sua contraface transnacional é modulada por fatores causais, de forma que resultados diferentes no que toca à nulificação ou não dos efeitos da anistia são percebidos em distintos países. Destacam os pesquisadores que, embora as tentativas judiciais legislativas de minar a validade da anistia não tenham sido bem-sucedidas, desde 1998 as contestações judiciais que contornam o alcance da anistia têm se mostrado eficazes em produzir uma diminuição substancial da impunidade oferecida pelo instituto. “[...] Como resultado, uma onda de processos começou no início dos anos 2000; até fevereiro de 2012, 1.342 casos de direitos humanos foram abertos no país e os perpetradores considerados culpados estão agora na prisão”.

Encontra-se no Peru uma dinâmica similar de transnacionalização da identidade constitucional e consequente ruptura com o passado autoritário, mas obstaculizada por um contexto sociopolítico que induz retrocessos na interlocução com a CtIDH e na construção de um discurso constitucional engajado com a proposta transnacional. Sendo o único Estado a cumprir integralmente com a determinação da CtIDH de adequação normativa, o Peru poderia ser um exemplo primoroso de desmonte dos entulhos autoritários deixados por um projeto justransicional negociado. Entre 2005 e 2012, por exemplo, o Judiciário peruano proferiu 46 decisões em julgamento relacionados a violações aos direitos humanos durante a ditadura – 9 condenações, 26 absolvições e 11 sentenças onde ao menos um réu fora absolvido. Em 2001, após condenação perante a CtIDH, a Corte Suprema do Peru ordenou que a lei de anistia não poderia mais ser aplicada em julgados domésticos (LESSA *et al.*, 2014, p. 122).

No entanto, o fortalecimento de uma comunicação transjudicial do órgão de cúpula do Judiciário peruano com a CtIDH e a subsequente fragilização dos efeitos jurídicos e políticos da anistia não produziram no Estado uma ambiência institucional de

estímulo a práticas reiteradas de recepção da normativa interamericana. Assim, a despeito de movimentos do Judiciário, as demais esferas democráticas ainda resistem à definitiva ruptura com o continuísmo autoritário, *vide* o indulto concedido a Alberto Fujimori. Por isso, argumenta-se que

[...] certos aspectos das leis do Chile e do Peru – mesmo aqueles que não respeitam os padrões internacionais de direitos humanos – permanecem legalmente válidos e bloqueiam alguns processos judiciais. Além disso, a não substituição da lei significa que ela ainda mantém certa validade simbólica. Por um lado, isso pode apazigar aqueles que continuam apoando a anistia e se opõem aos julgamentos. Por outro, ilustra um impedimento significativo na forma de uma sociedade civil dividida para superar as leis de anistia. Apesar dos esforços vigorosos de uma comunidade local de direitos humanos mobilizada, um judiciário receptivo e uma forte pressão internacional, essas leis continuam válidas (LESSA *et al.*, 2014, p. 123).

O caso da Colômbia, doutro lado, é um exemplo de vivência positiva de transnacionalização da identidade constitucional mediante internalização do discurso jurídico sobre anistia. Aqui a ambiência sociopolítica favoreceu a construção compartilhada e reafirmação de prática de legalidades coerentes com a proteção dos direitos humanos. Destacam Thornhill e Calabria (2020, p. 161) que os direitos humanos começaram a produzir impactos na Colômbia na década de 1980, durante a extrema crise da democracia causada pela escalada de conflito e repressão estatal. Nesse período os conflitos políticos são alçados à jurisdição internacional. Assim, as organizações internacionais se tornaram cada vez mais engajadas com as causas e consequências da violência na Colômbia, levando a uma maior penetração doméstica de instrumentos globais como meio de resolução de conflitos.

Em 1995, na ocasião do julgamento do C-225/95, a Corte Constitucional Colombiana (CCC) adensa interações com a CtIDH ao construir a lógica jurisprudencial do bloco de constitucionalidade – entendimento que seria reforçado no julgamento da C-191/98. A partir de então, a noção de bloco de constitucionalidade passa a albergar a normativa doméstica delineada pela Constituição de 1991, bem como as normas de *jus cogens* que possuem incorporação automática no sistema colombiano. Nesse mesmo período, a ordem jurídica estatal recepciona o Estatuto de Roma e passa a se apoiar com mais frequência na jurisprudência interamericana. Resulta daí, a construção argumentativa do caso C-010/200 (onde a CCC atribui a jurisprudência da CtIDH critério interpretativo singular e prioritário no que concerne a direitos humanos e fundamentais)

e do C-228/02 (o que consolida o entendimento de que o artigo 93 da Constituição de 1991 seja interpretado de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos).

Consequência dessa transnacionalização da identidade constitucional colombiana é uma modulação de seu discurso constitucional, adequando a padrões normativos e axiológicos organizados pela CtIDH. Resulta daí o caso C-370/06 (onde o CCC julga a constitucionalidade da lei que regula o julgamento de paramilitares que participaram de crimes de lesa-humanidade, avocando a jurisprudência interamericana para destacar o dever estatal de prevenir, investigar e punir os direitos de vítimas do passado conflitivo). Na avaliação de Calabria (2018, p. 136), por demais, os julgados C-577/14, C-579/13, C-695/02 e C-578/02 são produtos desta transnacionalização, colocando-se como momentos em que o Estado colombiano se apoia na jurisprudência interamericana para fazer reivindicações contra a anistia, argumentando que tais leis devem seguir os critérios de legalidade estabelecidos pelo Direito Internacional e, logo, não podem se colocar como instituto a serviço do esquecimento e impunidade.

A título de síntese do pensamento – e recuperando algumas ideias já expostas nesta pesquisa – pode-se, então, ponderar que a interpretação da CtIDH que tem sido internalizada pelos Estados é corolário da lógica jusfilosófica que permeia o pensamento ricoeriano sobre anistia e memória. A anistia é fonte de ato ilícito e sua validade não pode ser reconhecida, seja à luz do Direito ou da filosofia. Ao suprimir do principal partícipe do processo de reconstrução de identidade constitucional pós-ditadura, seu direito de narrar a si mesmos e de contribuir na (trans)formação da autoimagem jurídica da comunidade, esse instituto – e essa hipótese é atestada pela jurisprudência da CtIDH – impede a depuração de um recurso jurídico-narrativo que estigmatize os erros do passado, aponte e condene infratores, bem como compromete direitos e deveres que, no passado, foram ignorados.

Convergem, pois, a filosofia ricoeriana e o discurso jurídico da CtIDH na conclusão de que o movimento de reconstrução de identidade constitucional posterior à transição política não poderá subsidiar-se do instituto da anistia, sob pena de faltar ao desenho institucional que se pretende a formação uma disposição jurídico-política à nomeação de erros e crimes do passado, punição de seus perpetradores e exclusão do esquadro constitucional de discursos concorrentes ao *ethos* autoritário e antidemocrático que se procura demover da nova identidade constitucional em formação. A aplicação da métrica analítica ricoeriana à temporalidade da identidade constitucional permite ao pesquisador, desse modo, considerar criticamente o que Costa Junior (2014) chamou por

uma “apreensão retrospectiva da constituição”. Isto é, a observação se os textos normativos e discursos jurídicos que enquadram memórias compartilhadas da comunidade política, são, no percurso de ruptura com o passado pré-constitucional, reforçadas ou esquecidos pelas novas gerações.

A anistia opera precisamente interrompendo esse olhar retrospectivo e furtando das vítimas do passado um lugar no presente – e no futuro – das democracias constitucionais que se procura erigir com as transições políticas. Nisto, o que precisa estar em evidência nesse ponto da pesquisa é a atenção concedida à forma com que as construções jurídico-políticas e lutas sociais legadas pelo passado pré-constitucional são atualizadas e aplicadas ao presente da comunidade “constitucionalizada”, bem como de que forma o discurso jurídico internacional se situa nesse momento singular de reconstrução de identidade constitucional. Em última análise, o que se buscou evidenciar nos escritos deste tópico como normas internacionais pode ser usado para atingir determinados objetivos políticos e jurídicos, moldando o conteúdo do fenômeno constitucional de Estados em vias de redemocratização.

Confirma-se, então, a hipótese de que a internalização do discurso jurídico da CtIDH pelas institucionalidades democráticas densifique e problematize as (re)construções de identidade constitucional na América Latina ao fornecer ao Estado limites axiológicos aos debates democráticos sobre direitos humanos e sobre consolidação da memória coletiva no âmbito do processo de (re)construção identitária. Esta internalização, importa repetir, seria veiculada pela recepção da CADH com *status constitucional*, pelo controle de convencionalidade, pelas comunicações transjudiciais, bem como pela alteração normativa em função de sentença condenatória. Paralelamente, a inclusão da identidade interamericana ao processo de reconstrução constitucional concede credibilidade à argumentação dos agentes políticos e jurídicos, servindo de referencial paradigmático através do qual se conduz a argumentação na esfera jurídica.

Isso pode ser observado no caso de Colômbia e Peru, onde a recepção da CADH com *status constitucional* e o uso reiterado da jurisprudência interamericana produz práticas reiteradas de transnacionalização do fenômeno constitucional, seja pela nulificação das leis de anistia e de seus efeitos jurídicos e políticos, seja pela readequação do discurso constitucional, o qual passa a ser desenvolvido partindo de uma racionalidade construída pela CtIDH e que presume uma primazia sócio-ontológica dos direitos humanos e fundamentais. A internalização no discurso interamericano sobre leis de anistia, desse modo, permitiu ao processo constitucional desobstruir o eixo da memória,

ofertando à identidade constitucional um caminho evolutivo pautado na correção das inconsistências do passado juspolítico do país, como ressaltado, em maior ou menor grau, na Argentina, Peru e Colômbia.

Contudo, como a arena transnacional trata-se de um processo social, onde o poder discursivo importa tanto quanto às disposições normativas, a construção social da realidade doméstica influí substancialmente numa eventual negação da identidade cristalizada no discurso jurídico interamericano. Em outras palavras, a contextualidade sócio-histórica do Estado – aí incluído, *e.g.* a forma de transição à democracia, as narrativas políticas operantes durante a criação ou reforma constitucional, a defesa pública ou não da anistia e o grau de valorização dos direitos humanos no discurso constitucional – funciona como elemento de consistência-divergência balizar à dialética *self* constitucional/*self* transnacional. A experiência da Argentina e Uruguai, onde os êxitos da transnacionalização foram posteriormente refreados devido a mudanças sociais e institucionais, são exemplos disto.

Partindo das considerações e exemplificações até aqui avançadas, pode-se concluir que mesmo a internalização do discurso jurídico internacional se vê impedida pela anistia, pois – como consolidado no capítulo anterior – a identidade constitucional denota uma identidade coletiva e, portanto, permeada por elementos socioculturais. Logo, sua reconstrução é limitada por heranças sócio-históricas que fornecem o material que deve ser remodelado.⁵³ A interação *self* constitucional/*self* transnacional seria, por demais, dependente da história estatal, pois a postura do Estado é substancialmente definida pelas experiências adquiridas no curso da aquisição evolutiva que sedimenta a identidade (jurídica e política), os interesses e os significados (*e.g.* soberania, colaboração internacional, democracia) que orientarão as ações e omissões estatais no plano internacional (HOPF, 1998, p. 176). Preferências institucionais pelo engajamento, resistência ou convergência ao *standard* internacional – retomando a gramática de Vick Jackson (2010) – é, em última análise, uma decisão que depende da ambiência social.

Como assevera Alexander Wendt no seminal “*Anarchy is What State Make of it*”, uma instituição é um conjunto relativamente estável de identidades e interesses, por vezes codificadas em regras e normas formais, mas cuja força motivacional se anima apenas em virtude da socialização e participação dos atores no conhecimento coletivo. Daí que as instituições são fundamentalmente entidades cognitivas que não existem apartadas das

⁵³ Nesse sentido, Cf. *supra* nota de rodapé 45.

ideias dos atores sobre como o mundo funciona. A ambiência social e bagagem sócio-histórica do *self* coletivo delimitam sua identidade constitucional e por ela são delimitadas (WENDT, 1992, p. 399). Por isso, “[..] se uma instituição como um regime internacional não concorda com os previamente assentados identidades e interesses dos atores envolvidos no contexto social que se procura regular, elas estão destinadas a falhar” (SOUZA; LEME; SCHERF, 2018, p. 185).

Tal consideração teórica fora atestada pelos exemplos delineados ao largo desse tópico. A ruptura com um passado autoritário pela transnacionalização da identidade constitucional não é uma experiência linear ou equânime. Cada Estado vivencia um contexto distinto de reconstrução de sua identidade constitucional no permeio de um processo de redemocratização e criação de institucionalidades democráticas engajadas com a normativa internacional. Como observado nas experiências de Argentina, Chile e Uruguai, ao demover determinadas narrativas do campo de refiguração e enquadramento da memória, a anistia dificulta o engajamento do Estado a discursos jurídicos dissonantes desta pretensa “verdade”, pois retroalimenta valores e interpretações incoerentes com a razão pública global performada na normativa da CADH, bem como na jurisprudência da CtIDH. Por isso, destaca-se que

para operacionalizar a busca de um Estado por seu contínuo senso de identidade na sociedade internacional, um exame minucioso da formação e representações da narrativa biográfica do Estado nos discursos políticos, acadêmicos e públicos deve ser realizado primeiro. A narrativa biográfica é de importância central para a identidade do Estado “porque é o *locus* através do qual os agentes ‘trabalham’ sua compreensão dos ambientes sociais e a colocação de seus *selves* nesses ambientes”. Como os processos endógenos de formação de identidade no nível doméstico estão profundamente entrelaçados com o engajamento e a reflexão sobre os enquadramentos discursivos pertinentes por parte dos atores externos, a configuração do “*i*” e do “*me*” de um Estado é emaranhada na medida em que não justifica uma tentativa em sua distinção analítica. As narrativas biográficas dos Estados emergem assim em interação perpétua com a sociedade internacional, pois a continuidade biográfica dos “*selves*” estatais é incompleta sem algum senso de afirmação externa, suporte intersubjetivo e reconhecimento (MALKSOO, 2019, p. 379).

No Brasil, a hipótese de transnacionalização da identidade constitucional repete o equívoco habitual dos demais Estados-membros do SIDH ao alijar tanto do projeto justransicional, quanto do processo de reconstrução constitucional o discurso jurídico internacional que, uma vez internalizado, colaboraria na ruptura com o enquadramento da memória e concretização da promessa constitucional. À diferença dos demais Estados-membros, enquanto, no Brasil o instituto da anistia segue operando efeitos e a identidade

constitucional pouco se afastou de seu passado autoritário. Assim, importa indagar: a identidade constitucional que se sedimenta em 1987/1988 transformou-se? Em outras palavras, a identidade constitucional brasileira se reconstruiu em termos de adequação de sua dimensão normativo-axiológica aos padrões de normatividade e justiça material sedimentados pelo processo transnacional gerido no SIDH? É o que se passa a analisar no tópico derradeiro desta dissertação.

4.3 Avaliação do caso brasileiro – construção e possível transnacionalização da identidade constitucional no Brasil pós-ditadura

A identidade constitucional não está dissociada – e tal observação encontra respaldo teorético ao largo desta dissertação – da seleção de narrativas que são exaltadas e ignoradas no curso histórico da nação, das memórias que são auscultadas e daquelas que continuam subterrâneas, passando desapercebidas dos *loci* de (re)criação da identidade coletiva em sua angulação jurídica. As narrativas construídas e replicadas por um Estado acerca de sua história oficial induzem consequências concretas, podem alterar a percepção da autoimagem jurídico-política da comunidade e enviam à comunidade internacional sinais de suas intenções frente ao desenvolvimento da democracia e afirmação dos direitos humanos. Por isso, importa à pesquisa que pretende diagnosticar e avaliar a identidade constitucional do Brasil, um recuo historiográfico que permita a inferência de narrativas e memórias atreladas à constitucionalização do Brasil.

Neste tópico final, portanto, as experiências de redemocratização e constitucionalização do país são analisadas no afã de evidenciar as narrativas e memórias nas quais se incrustam a identidade constitucional do Brasil pós-ditadura. À guisa do ensinamento de Francisco Tomas y Valiente (1997, p. 2587 *apud* CLAVERO, 2014, p. 133), tem-se que não há dogmática constitucional sem história constitucional, pois “[...] os conceitos e as instituições não nascem de um vazio puro e atemporal, senão em lugar e data conhecidos e como consequência de processos históricos que arrastam uma carga invisível, mas condicionante”. Empreender uma apreciação do processo de construção e transnacionalização da identidade constitucional do Brasil demanda, pois, uma apreciação não apenas do processo constituinte de 1987/1988 e das reformas constitucionais – em especial dos efeitos imediatos auferidos pela Emenda n. 45/2004 – mas igualmente do que foi, à nível jurídico, a ditadura militar instaurada em 1964.

Não se entende a identidade constitucional pós-1988, sem compreender o passado autoritário nacional e as tentativas de elaboração das memórias. A Constituição Federal

de 1988, é inescusado dizer, alberga uma história política própria de redemocratização latino-americana, onde se condensam discursos e pleitos de lutas coletivas e individuais de combate ao passado autoritário. É essa memória que orientou a institucionalização de previsões como “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, inciso III), “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, inciso IV) ou “a República Federativa do Brasil rege-se nas ações internacionais pela prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, inciso II). A anistia que vicejou no projeto de redemocratização nacional, no entanto, antagoniza com as promessas constitucionais sentadas na constituinte de 1987/1988 e afasta do espaço de reconstrução da identidade constitucional e refiguração da memória a auspícios influência prefigurada pela CtIDH.

A ditadura militar que vigorou no Brasil 1964 e 1986 nasce de confrontações políticas e interesses sociais gestados durante a ditadura Vargas e recrudescidos na gestão democrática de João Goulart. Entre 1937 e 1945, esteve em desenvolvimento uma empreitada modernizadora que contrapunha inclusão social e reformas institucionais, como concessão de direitos à classe trabalhadora, a uma forte regulação estatal da esfera pública, com censura da mídia, tortura e tutela dos espaços culturais pelo Estado. O chamado Estado Novo nasce de um golpe de Estado que significou a derrocada política da oligarquia rural e de grupos ligados às finanças e a profissionais liberais. Contradicoratoriamente, contudo, a ditadura varguista combinou a repressão a movimentos de esquerda e o fortalecimento de pautas conservadoras à aspectos progressistas e ao impulso à industrialização (SOLA, 1990, p. 282; PAIXÃO, 2011, p. 148-155).

É por isso que a interpretação corrente dos historiadores e estudiosos da história constitucional pátria tem sido de que o fim do Estado Novo em 1945, com a promulgação da Constituição Federal de 1946, significou ao país um hipotético retorno às práticas democráticas. Produto de uma assembleia constituinte ideologicamente plural, mas majoritariamente composta pela oligarquia rural e pelas elites urbanas – representados na figura de representantes do Partido Social Democrático (PSD) e da União Democrática Nacional (UDN) – a Constituição de 1946 refaz a coerência democrática e, muito embora a estrutura social mantivesse uma lógica social de subintegrados/sobreintegrados, estabelece uma série de direitos sociais (direito à greve, à educação, ao ensino primário obrigatório e à aposentadoria facultativa, *e.g.*) e valores democráticos (como a proibição de organização de partidos políticos ou associações cujo programa de ação contrariasse o regime democrático) (BONAVIDES; ANDRADE, 1989, p. 400).

Neste prisma, anota Marcelo Neves (2020) que a Constituição de 1946 dispunha de uma função simbólico-ideológica, não ameaçando, portanto, o *status quo* uma vez que a realização das promessas sociojurídicas ali entronadas eram adiadas para um futuro distante e indeterminado, devido à vigilância do sistema constitucional pelos militares, à polarização da administração e à situação social incompatível com o estado de bem-estar social. Essa mesma constituição, nada obstante, não dispunha de mecanismos constitucionais satisfatórios para combater o movimento que ameaçava o *status social*. Daí, “em conformidade com essa situação, os militares romperam com a Constituição nominalista de 1946, para o desenvolvimento de um sistema constitucional instrumentalista” (NEVES, 2020, p. 196).

O interregno entre a promulgação da Constituição Federal de 1946 e o golpe civil-militar de 1964, sem embargo, fora accidentado e a insatisfação do *establishment* militar e elitista com possíveis reformas sociais são paulatinamente recrudescidas durante os governos subsequentes. Após o fim da ditadura varguista experenciou o Brasil apenas uma única conclusão de mandato presidencial (Juscelino Kubitschek), pois Vargas comete suicídio em pleno mandato e Jânio Quadros, após expressiva votação popular, renuncia em 1961. A renúncia de Jânio Quadros significou a ocupação de João Goulart na cadeira da presidência e a intensificação de atritos com setores das Forças Armadas e de parcela da elite política cujos interesses antagonizavam com as reformas de base que o novo presidente pretendia instaurar. Juntamente da posse de Goulart tem-se, então, um acirramento e radicalização das disputas políticas.

Assim que assumiu o mandato Goulart é acossado por reivindicações históricas de variados grupos de esquerda – o PCB, as Ligas Camponesas, o bloco parlamentar Frente Parlamentar Nacionalista, o movimento sindical do Comando Geral dos Trabalhadores (CGT), organizações de subalternos das Forças Armadas, a UNE e o Partido Operário Revolucionários (POR-T) – que reivindicavam o estabelecimento de justiça social pela alteração das estruturas econômicas, sociais e políticas do país. Essa coalizão radical pró-reformas seria posteriormente corporificada na figura da Frente de Mobilização Popular (FMP). A FMP, liderada por Leonel Brizola, esforçava-se para que o presidente assumisse o compromisso das reformas de base, sobretudo a reforma agrária, ainda que às custas de uma política de confronto com a direita e com a ala política conservadora. Tal proposta provar-se-ia, no futuro, equivocada (FERREIRA, 2006, p. 86-94).

Jango, no entanto, dificilmente conseguiria implementar esses projetos reformistas. O sistema parlamentarista que vigorava no país restringia os poderes do presidente e – embora grande parte dos oficiais das Forças Armadas fossem adversos à ideia de derrubar um governo legítimo – logo nas primeiras semanas do governo começou a gestar-se uma conspiração civil-militar articulada pelos grupos políticos conservadores. A princípio, a estratégia do presidente era desarmar os seus opositores conservadores, procurando ampliar sua base política com o apoio do centro, sobretudo com o PSD. Criou-se então um gabinete de conciliação nacional, chefiado por Tancredo Neves (FERREIRA, 2006, p. 97). Conciliação, sem embargo, era termo não condizente com as expectativas da coalizão pró-reformas. O grupo, em crescente radicalização, atacava o Congresso Nacional e exigia as reformas sociais “na lei ou na marra” – como defendia a liderança pernambucana de Francisco Julião⁵⁴.

Esses atritos ideológicos e a insatisfação da elite política com Jango se intensificam com o surgimento do Plano Trienal. O plano, em apertada síntese, tinha por objetivo obter o apoio político dos grupos conservadores da opinião pública e ganhar a confiança de credores externos. No entanto, o projeto implicava restrições salariais, limitação do crédito e dos preços, bem como cortes nas despesas governamentais, afetando assim interesses de capitalistas e de assalariados, pontua Jorge Ferreira (2006, p. 103). Encastelado entre as cobranças por reformas sociais da FMP e as ameaças golpistas da direita e das Forças Armadas, o presidente é aconselhado a dar um golpe de Estado, ideia que é descartada. Contudo, quando teve de decidir entre vincular seu governo às iniciativas da Frente Progressista de Apoio à reforma de base (a ala moderada da esquerda, liderada por San Tiago Dantas) ou ao FMP (ala radical da esquerda), Jango optou por este último.

De uma posição defensiva e legalista em 1961, passa o governo Jango para uma estratégia ofensiva e de flerte com um rompimento institucional. Daí – é a avaliação de Jorge Ferreira (2006) e Argelina Figueiredo (1993) – em 1964 quem defendia, em tese, a ordem legal eram os conservadores com o argumento de que a Constituição de 1946 era intocável e que a democracia precisava ser protegida dos arroubos autoritários oriundos

⁵⁴ O lema de Francisco Julião ficaria eternizado na história política do Brasil durante o 1º Congresso Nacional de Lavradores e Trabalhadores Agrícolas, em novembro de 1961. No congresso estiveram presentes João Goulart, Tancredo Neves e João Pinheiro Neto, à época presidente da Superintendência de Política Agrária (Supra). O evento gerou na coalizão pró-reformas a esperança de concreção de suas expectativas, enquanto alimentou a desconfiança das Forças Armadas, já insatisfeita com o governo Jango. Para uma compreensão aprofundada deste momento fulcral, Cf. ASSEMBLEIA DE MINAS GERAIS, 2014.

do governo João Goulart. Assim, a recusa da Frente Progressista projetada por San Tiago Dantas colocou Goulart em estado de equilíbrio instável. Suas possibilidades de escolha eram ceder às radicais reivindicações por reformas ou aceitar os limites impostos pelo PSD e pela Ala Militar. Daí, conclui Argelina Figueiredo (1993), o comportamento hesitante e ambíguo de Goulart em relação a vincular-se à Frente Progressista ou ao FMP de Brizola tem consequências imediatas, que dialogam com o golpe militar de 1964:

[...] a primeira foi a de estreitar a sua margem de escolha, empurrando-o inexoravelmente para a radicalização — a alternativa do "risco sem previsão". Essa alternativa, além de ser supostamente contra sua inclinação política pessoal, era também contrária a seu interesse político, devido ao risco que representava para a continuidade de seu governo. Em segundo lugar, o comportamento vacilante de Goulart impediu o sucesso de uma solução negociada para a crise. Sua guinada final para a esquerda alimentou a suspeita de seus opositores em relação à sua intenção de permanecer no poder, e, com isso, reduziu os custos para que eles mesmos rompessem as regras democráticas (FIGUEIREDO, 1993, p. 169).

A maior crise encontrada por Jango em seu governo – e que seria o estopim para o golpe militar de 1964 – no entanto, dar-se-ia quando o presidente orientasse o ministro da Marinha a não atacar e repreender os marinheiros e fuzileiros navais que, junto do Sindicato de Metalúrgicos do Rio de Janeiro, rebelaram-se por melhorias das condições de trabalho e, no caso do Sindicato, reconhecimento oficial da entidade. Sentindo-se feridos em sua dignidade profissional – que envolvia disciplina e hierarquia incondicional – as Forças Armadas, antes relutantes em golpear as instituições democráticas, começaram a ceder aos argumentos de uma minoria golpista. Em 31 de março de 1964 os jornais já defendiam a deposição de Goulart. No mesmo dia o Senado manifesta o rompimento com o governo.

Juntaram-se à conspiração golpista dos governadores Ademar de Barros, Carlos Lacerda, Magalhães Pinto e Ildo Meneghetti. No dia seguinte Goulart apresenta à nação manifesto denunciando a existência de forças reacionárias e economicamente poderosas que reagiram à implementação das reformas de base e viaja a Porto Alegre, em busca de apoio. Na madrugada daquele dia Auro Moura Andrade, presidente do Senado, declara ao Congresso Nacional a vacância da Presidência da República. Numa conivência silenciosa com o golpe o STF, na figura de seu presidente Álvaro Ribeiro da Costa, vai ao Palácio do Planalto para legitimar a posse de Ranieli Mazzilli na presidência. Estava

dado – com apoio das Forças Armadas, da direita, da mídia e de forças estrangeiras⁵⁵ – o golpe civil-militar de 1964. “O esboço de uma política reformista [...] seria substituído por um regime militar anticomunista e antirreformista, pautado por uma política desenvolvimentista e sem contrapartida distributivista” (NAPOLITANO, 2011, p. 210).

Justificativas para o golpe civil-militar de 1964 são variadas na historiografia e na ciência política. Teóricos como Wanderley Guilherme dos Santos (2003) defendem que o golpe de Estado de 1964 é resultado da dispersão dos recursos de poder em atores radicalizados e pouco dispostos a negociações. Doutro lado, a corrente de pensamento capitaneada por Argelina Figueiredo (1993, p. 200) recusa o argumento de que o golpe nasce da incompetência e paralisia decisória do governo de João Goulart. No entender da autora o golpe fora consequência de radicalizações à esquerda, num momento em que o governo não dispunha de apoio e ferramentas. Numa leitura mais economicista, Rodrigo Patto Sá Motta (2021, p. 55) e Caio Navarro Toledo (2006, p. 40) destacam que o principal objetivo do golpe era depor um presidente considerado inconveniente aos grupos sociais dominantes. Ademais, a esquerda não dispunha de estrutura e organização suficiente para se contrapor às ambições golpistas das Forças Armadas.

Na avaliação de Rodrigo Patto Sá Motta (2021, p. 45), o que de mais significativo ocorre na política interna entre 1961 e 1964 é o crescimento de movimentos sociais demandando reformas para reduzir as desigualdades e garantir justiça social. Os grupos de esquerda procuravam essencialmente distribuição de terras, melhores condições de trabalho e de moradia e sua aceitação como agentes políticos – isto é, a concreção de suas expectativas sociais, a normatização de suas demandas e a consequente reforma das instituições. Esses pleitos foram lidos, conquanto, pelas Forças Armadas e pela ala conservadora como recrudescimento de um movimento comunista no Brasil. Por isso, o golpe de 1964 seria o coroamento das iniciativas de setores políticos e militares que, desde 1950, opunham-se, de forma sistemática, à consolidação e ao alargamento da democracia política no Brasil. Neste prisma, chamar de “comunista” ou “golpista” os movimentos sociais reivindicativos era apenas uma maneira de expressar o medo em relação às mudanças sociais (MOTTA, 2021, p. 27; TODELO, 2006, p. 42).

⁵⁵ “Inquestionavelmente, os Estados Unidos tiveram um papel de destaque na campanha anticomunista, fazendo pressões políticas e estimulando os grupos locais com suporte material ideológico [...] os representantes norte-americanos no Brasil apoiaram a derrubada de Goulart: prepararam-se, inclusive, para suprir os golpistas com combustíveis e armas no caso de uma guerra civil” (MOTTA, 2021, p. 53). O governo norte-americano legitimaria, posteriormente, no plano internacional o regime militar – muito embora este apoio tenha arrefecido quando as Forças Armadas intensificaram o viés autoritário do regime, com a instauração do Ato Institucional n. 5 (MOTTA, 2021, p. 73-96).

Em todo caso, importa aos propósitos desta pesquisa deixar assente que o momento pré-golpe de 1964 não era de conciliação e abertura à alteridade, sequer possuía caminhos abertos à concreção de expectativas sociais dos grupos em situação de vulnerabilidade. Por isso, argumenta-se que “Jango caiu por ser um negociador em um momento em que não havia sustentação à esquerda, nem à direita para tal” (NAPOLITANO, 2011, p. 214). Em verdade, o país geria desde o Estado Novo um latente sentimento golpista, não prosperando a lógica democrática. À época, tanto direita conservadora, quanto esquerda progressista “[...] aceitavam a democracia apenas como meio que lhes possibilitava a manutenção de privilégios. Ambos os grupos subscreviam a noção de governo democrático apenas no que servisse às suas conveniências” (FIGUEIREDO, 1993, p. 202). Nenhum estrato político-ideológico aceitava, conquanto, a incerteza e o pluralismo inerente ao conviver democrático.

No movimento juspolítico que deu azo à ditadura militar brasileira, portanto, não há que se falar em democracia constitucional, sequer em identidade constitucional. Essas noções se afirmariam apenas em 1987/1988, após um prolongado período de violências institucionais, autoritarismo e aversão à legalidade. O fenômeno constitucional e as institucionalidades democráticas não eram compreendidas como instituição que sedimenta um compromisso legal e coordena suas reconstruções a partir da consonância com uma estrutura pré-narrativa cristalizada no discurso dos direitos humanos. Não havia, ainda – nem haveria durante os 21 anos de ditadura – a consolidação de uma ordem constitucional pautada no aceite de um marco juspolítico comum a partir do qual se deduzem os efeitos civis e morais do compartilhamento de uma narrativa política (VERDÚ, 1978, p. 24).

O contexto jurídico-político do Brasil a contar de 1964 tomaria caminho similar, erigindo uma ordem constitucional absolutamente descolada dos padrões normativos e axiológicos do constitucionalismo liberal moderno. Dentre a já exaustivamente discutida experiência autoritária no Brasil, o que interessa a este pesquisador é destacar o afastamento de toda legalidade e pluralidade jurídica e cultural ao qual o regime militar procurou subscrever a ordem constitucional brasileira em nome da segurança nacional, da restauração da ordem e de uma pretensa “democracia restrita”. Logo, para uma compreensão desse período cabe, em respeito aos propósitos desta dissertação, a pontual apresentação de fatos e narrativas associadas ao que Glenda Mezarobba (2010) definiu como primeira e segunda fase da ditadura militar brasileira – isto é, período que vai do golpe de Estado, em 1964, até a instauração do Ato Institucional n. 5, em 1968.

Como destacam Boris Fausto e Fernando Devoto (2004, p. 395-403), diferentemente de outras experiências ditatoriais na América Latina, no Brasil há uma continuidade institucional bem mais acentuada, pois durante seus 21 anos o *establishment* militar esteve presente na edição e instauração de atos normativos, na escolha e vetos de candidaturas à presidência e no encaminhamento de crises políticas. Desse modo, pela constante interferência das Forças Armadas, “a ditadura de fato no Brasil [...] construiu um conjunto de regras que lhe deu estabilidade e, muitas vezes, desempenhou o papel de válvula de escape para as pressões mais políticas do que sociais” (FAUSTO; DEVOTO, 2004, p. 399). É, pois, pela genealogia dos atos institucionais e pela movimentação da ideologia da segurança nacional, que a ditadura apreendeu os conflitos políticos e jurídicos da época, reorganizando o desenho institucional e cultural do país em nome de uma falsa ordem democrática, mais preocupada em salvaguardar privilégios, que em expandir direitos e reconhecer diferenças.

Daí, reforça Cristiano Paixão (2011), uma das principais características do regime militar brasileiro foi a preocupação com a elaboração de normas jurídicas que sustentassem as medidas de arbítrio, armadas de sofisticadas exposições de motivos que procuravam legitimar a adoção de medidas de exceção a partir de argumentos jurídicos controversos (PAIXÃO, 2011, p. 158). Não se colocando à margem da legalidade, mas edificando uma “legalidade autoritária” (CAMARA, 2017), o regime ditatorial brasileiro cria, então, um arcabouço legal que mantém o regime inserido em um padrão de legalidade que mescla alterações da ordem constitucional vigente à construção de um “ordenamento revolucionário e excepcional” que procurava validar os expurgos autoritários, legitimar o golpe de 1964, bem como justificar, no plano jurídico, supressão de direitos e ruptura da ordem democrática.⁵⁶

Esta legalidade autoritária que conduziu a ordem jurídico-constitucional brasileira por 21 anos é percebida, conquanto, não apenas nos efeitos jurídicos e políticos dos Atos Institucionais, como também na preocupação do regime ditatorial em conduzir a construção de uma identidade nacional – e, indiretamente, de uma identidade

⁵⁶ Em texto datado de 1985, período de intensas discussões sobre a possibilidade de uma nova constituição ao Brasil, bem como de uma transição à democracia, Raymundo Faoro critica o que chamou de “retórica liberal do regime fardado”, que defendia a desnecessidade de uma Constituinte. Assim, recorda a tentativa de legalizar o autoritarismo e pontua: “[...] se a ordem constitucional não passa de um palavreado de bacharéis, por que editaram, com dureza e violência, os inúmeros atos institucionais e as dezenas de outros atos complementares, sobrepostos ao instrumento tido por inútil? mandatos não se casariam, juízes não seriam expulsos dos tribunais, prisões arbitrárias seriam impossíveis sem que, previamente, fosse anulada a estrutura constitucional. a conduta desmentiu, ontem, a grosseira afirmação de hoje” (FAORO, 2018, p. 123).

constitucional – desassociada do que se entendia enquanto ideologia comunista e não nacionalista. A ideia do regime de validar o regime autoritário, portanto, perpassou também por uma tentativa de redesenho das narrativas sociais. Após o golpe de Estado, o passado democrático passa por um contínuo processo de desqualificação, sendo taxado pela elite política e pelas Forças Armadas de uma época de populismo, de líderes carismáticos de esquerda e de operários e cúpulas sindicais destituídas de consciência. A ideia que se procurava sustentar era de que a “revolução de 1964” teve o propósito de purificar a democracia, saneando o sistema democrático e livrando da demagogia de personagens como Vargas e Goulart.

A direita civil-militar que tomou o poder, na ambição de legitimação jurídica e política, passa a argumentar, então, que o rompimento institucional visava livrar o país de um passado ameaçador, subversivo, corrupto e demagógico que se incrustava no fantasma de uma esquerda influenciada pelo comunismo internacional. Nada obstante, o que houve, em verdade, fora a substituição dos dirigentes políticos e a mudança das regras do esquema de comando, sem uma transformação social ou econômica. A nota de atuação desse movimento se traduziu pela autonomia com que um segmento político dominante procurou, em nome da segurança nacional, reformar a estrutura jurídico-política e cultural do país, mudando-a dentro de padrões conservadores (FERREIRA, 2006, p. 126; FAORO, 2022, p. 157-160). Essa tentativa de validar o golpe pautou-se fortemente na Doutrina de Segurança Nacional (DSN), noção recrudescida à época pela Escola Superior de Guerra (ESG) e que pregava técnicas “contrarrevolucionárias” de combate ao comunismo.

Segundo Roberto Martins (1979, p. 31 ss.), na América Latina a DSN se desenvolveu especialmente a partir da preocupação dos aspectos psicológicos da guerra contrarrevolucionária. A preocupação das Forças Armadas, portanto, envolvia o pretenso emprego de propaganda e de ações no campo político, econômico, psicossocial e militar com a finalidade de influir ou provocar opiniões e emoções contrárias à consecução dos “objetivos nacionais”. Esses objetivos eram definidos pela ESG e se refeririam resumidamente à integridade territorial, integração nacional, democracia, progresso, paz social e soberania. Tais signos, no entanto, são por demais abstratos e facilmente podem ser manipulados conforme interesses escusos de uma elite política com capital social para tanto. Daí, natural que essa proposta ideológica fosse movimentada, como se deu no Brasil pós-1964, para reprimir um inimigo imaginário.

Pela DSN que movimentava o regime militar brasileiro, o professor universitário que enfatiza certos aspectos da ciência social ou jornalista que descreve atos de corrupção na administração pública e líder sindical que condena as injustiças sobre uma categoria são contrários aos “interesses e objetivos nacionais” e merecem repressão, pois sua existência atenta contra a unidade e integridade nacional. Para Renato Ortiz (1994, p. 82), a noção de integração trabalhada pelo pensamento autoritário serve de premissa a uma política que procura condenar as diferenças, submetendo-as aos chamados objetivos nacionais. Ao definir a integridade nacional enquanto comunidade, aponta o antropólogo, a ESG retoma o ensinamento de Émile Durkheim e mostra a necessidade de a cultura funcionar como cimento de solidariedade orgânica da nação. “Isso significa que o Estado deve estimular a cultura como meio de integração, mas sob o controle do aparelho estatal [...] daí a busca incessante pela concretização de um Sistema Nacional de Cultura” (ORTIZ, 1994, p. 83).

O período 1964-1980 no Brasil é de uma expansão no nível de produção, distribuição e consumo de bens culturais no plano da telecomunicação, com destaque para a criação da Embratel, do Ministério de telecomunicação, da Telebras, da Funarte, do Conselho Federal de Cultura e da consolidação dos meios de comunicação de massa, como a TV Globo e a Editora Abril. Nada obstante, é também um período de controle ideológico e político dessa instância. O espaço de atuação das empresas privadas se encontrava delimitado pelos critérios que orientavam a atividade do Estado autoritário. Havia uma censura que atuava enquanto repressão seletiva de obras artísticas e uma série de leis e portarias ministeriais foram promulgadas na ambição de controle de áreas sociais e de extinção de atividades culturais e pedagógicas consideradas subversivas, como a Comissão de Cultura Popular, o Programa Nacional de Alfabetização e o Conselho Consultivo de Serviço Nacional de Teatro (ORTIZ, 1994, p. 79 ss.).

Reflexo direto da DSN, a censura e o controle das criações culturais se organizaram ao redor da ideia de que o Estado funciona como guardião da memória e cultura brasileira e “[...] da mesma forma que defende o território nacional contra as possíveis invasões estrangeiras, preserva a memória contra a descaracterização das importações ou das distorções dos pensamentos autóctones desviantes” (ORTIZ, 1994, p. 100). Cultura Brasileira estaria a significar nesta narrativa a segurança e defesa de uma expressão sociocultural definida pelo regime militar. É o discurso nacional oficial que define qual a autoimagem da comunidade política. Assim, o Estado manipula a categoria de memória nacional no interior de um quadro de racionalização da sociedade, erigindo

uma noção elitista, desenvolvimentista, conservadora, nacionalista, despolitizada e anticomunista de identidade política e jurídica, conclui Ortiz (1994, p. 124).

O Estado, na figura do Executivo comandado pelas Forças Armadas, colocava-se como uma totalidade que transcende e integra os elementos concretos da realidade social e cultural do país, delimitando o quadro de construção e reconstrução de sua identidade. Por isso, entender a identidade coletiva (em sua angulação política ou jurídica), no contexto ditatorial, envolve menos questionar se a proposta narrativa do regime expressa verdadeiramente ou não o Brasil, mas ponderar, como apontou Ortiz (1994, p. 139) em sua pesquisa, quem são os artífices ou mobilizadores dessa identidade e memória que se pretendem nacionais e coletivas, questionando a que grupos sociais se vinculam as narrativas que são definidas como oficiais durante o regime militar instaurado em 1964.

A repressão e controle das narrativas sociais, conquanto, não fora apenas cultural. Após o golpe civil-militar, 20 generais e 102 oficiais foram rapidamente transferidos para a reserva, o Comando Geral dos Trabalhadores (CGT) foi fechado, todas as demais entidades de coordenação sindical e centenas de sindicatos, colocados sob intervenção, e as Ligas Camponesas foram extintas. Também deixaram de funcionar a União Nacional dos Estudantes (UNE) e a União Brasileira dos Estudantes Secundaristas (UBES). Só nos primeiros meses de arbítrio, estima-se que 50 mil pessoas tenham sido detidas (MEZAROBBA, 2011, p. 8). Daí que a tentativa de legitimar o golpe e justificar as ações autoritárias do Estado precisaram se expressar também no plano jurídico. Importa, então, destacar aqui também a maquinção política e jurídica da ditadura, em especial aquelas que surgem pela edição dos Atos Institucionais (AIs) e instauração da Constituição de 1967.

Na estruturação realizada por Heloísa Câmara (2017, p. 65), a edição dos AIs pode ser organizada em três ciclos: (a) o primeiro se estende da edição do primeiro AI até a edição do AI-2; (b) o segundo é marcado pelas reformas políticas que pretendiam a manutenção do regime, alcançando do AI-2 ao AI-4; (c) o terceiro foca o momento de radicalização do regime, abarcando os efeitos gerados pela edição do AI-5 e outorga da Constituição de 1967. A descrição das consequências jurídicas e políticas de cada um desses ciclos importa substancialmente a consideração de qual identidade constitucional construir-se-á *a posteriori*, quando da transição à democracia e constitucionalização do país em 1987/1988, posto que os excessos autoritários e supressão de direitos fundamentais perpetrados por esta engrenagem jurídica do regime ditatorial seriam recordadas e elaboradas quando da Constituinte de 1987/1988.

Editado pelo autonomeado Comando Supremo da Revolução, o primeiro Ato Institucional fora decisivo para a montagem da estrutura política da ditadura e – afirmando a vitória da revolução e o Poder Constituinte do novo regime – inicia uma experiência de suspensão parcial da Constituição de 1946. Nas palavras de Motta (2021, p. 103), o texto do AI interfere autoritariamente na ordem constitucional vigente ao marcar a data da eleição indireta no prazo de apenas 2 anos e ao estabelecer que em tal eleição não haveria inelegibilidade. O Ato Institucional suspendeu mandatos e direitos políticos, bem como suspendeu as garantias de estabilidade de servidores públicos, permitindo que milhares de funcionários civis e militares fossem exonerados ou aposentados compulsoriamente. O primeiro AI estabeleceria, ainda, que o Congresso teria um prazo limite para votar projetos de lei se enviados pelo Executivo. O não cumprimento desse prazo indicaria a aprovação da proposta sem análise parlamentar.

Afora estas iniciativas que pretendiam a hipertrofia legal da competência do presidente e salvaguarda da restrição de direitos fundamentais, o AI-1 apresentou o esboço do que ficaria conhecido como cláusula de exclusão da apreciação judicial, previsão normativa que imunizava os AIs, bem como os atos complementares e demais atos baseados neles, contra eventual censura do Poder Judiciário. Assim, pelo AI-1 os três pilares do constitucionalismo liberal e da identidade constitucional dos regimes democráticos modernos (a aderência ao *rule of law*, o respeito aos direitos humanos e fundamentais e a divisão dos poderes democráticos) são violados, confirmado desde já a natureza anticonstitucional do regime instaurado no Brasil. O AI-1 é o esboço de um regime sem “ideia de direito” (BURDEAU, 2005), pois inexiste estabilidade de sistema de direitos e obrigações calcado na interação entre poderes democráticos.

Após o golpe de 1964 é o Executivo quem define *uma* narrativa jurídico-política viável, alheia a processos intersubjetivos de deliberação, superação do dissenso e reconciliações pautadas na estrutura pré-narrativa dos direitos humanos e fundamentais. No contexto autoritário criado a contar da edição do AI-1, a ordem constitucional brasileira não se recria pelo interligar das várias narrativas sociais em uma única narrativa que molda o destino nacional e a autocompreensão da comunidade política. Pelo contrário, é o Executivo quem delimita o que a coletividade entenderá como fundamental e indispensável ao conviver. Elementos estes que durante os 21 anos de ditadura nunca esteve vinculado a noções jurídicas de direitos humanos e fundamentais edificados no plano nacional e internacional, mas sim às facilmente maleáveis abstrações dos “objetivos

e interesses nacionais de paz, progresso e integridade nacional”, apresentadas por ideólogos da DSN (MARTINS, 1979, p. 34; TRIBE, 2012, p. 20).

Leonardo Augusto de Andrade Barbosa (2012), ao discorrer sobre os AIs, destaca como os direitos fundamentais (como direitos políticos e o direito à prestação jurisdicional, suprimidos pelo AI-1) se tratam de barreiras contra a ação arbitrária do poder das maiorias, bem como pressupostos para um exercício legítimo do poder em um estado democrático. Logo, “criar um mecanismo jurídico destinado a negar eficácia a direitos fundamentais e jogar o direito contra si próprio, é dissolver as condições sem as quais o exercício do poder simplesmente não pode se legitimar” (BARBOSA, 2012, p. 92). Essa maquinção de ampliação legal das práticas autoritárias continua com o AI-2, o qual possibilitou extinção dos partidos vigentes, reforma política e criação de um sistema bipartidário, instituição das eleições indiretas para Presidente, aumento do número de ministros do STF, suspensão das garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como autorizou o Presidente a suspender direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de 10 anos e a cassar mandatos federais, estaduais e municipais.

O preâmbulo do AI-2 dispõe que as reformas que a revolução procura instituir solicitam tranquilidade social e política, a qual seria garantida pelo novo Ato Institucional. Na tentativa de legitimar um golpe de Estado que extraiu o Brasil de toda legalidade, o regime militar conduzia uma narrativa pautada na promessa de “governabilidade” e “reforma das instituições”, quando em verdade alinhava a ordem jurídica estatal como uma salvaguarda contra investidas oposicionistas a práticas antidemocráticas do regime. Reduzir a oposição a um único partido, o MDB, e restringir suas conquistas políticas pelas eleições indiretas foi a forma encontrada pelo regime para tanto. O AI-2 fora, pois, instrumento pensado para dificultar o fortalecimento de uma linha política oposicionista ao regime, esvaziando o mecanismo político-partidário a um dispositivo de fachada (NEVES, 2020, p. 199).

O regime autoritário lançava tentáculos sobre o processo eleitoral e representativo, confirmando ambições de suprimir narrativas não oficiais, impedindo que “outros modos de narrar a vida política no Brasil pós-1964” fossem vocalizados e ganhassem espaço no Congresso Federal. Essa iniciativa se expande ao plano estatal, ainda determinando eleições indiretas também para os cargos de governador e vice-governador. Nesse prisma, o AI-3 constitui um novo passo na empreitada de construção das condições jurídicas e políticas para afirmação da narrativa de que o regime ditatorial operacionalizava uma

revolução democrática contra os flagelos do comunismo que se impunham ao Brasil e que solicitavam supressão de direitos fundamentais e de prerrogativas democráticas. Esse projeto conclui-se quando o AI-4 convoca a Constituinte de 1967, viabilizando a outorga da nova constituição, como ver-se-á adiante.

Além do enfraquecimento do Congresso, hipertrofia do Executivo, supressão ilegítima de direitos fundamentais e disruptão do sistema constitucional de *checks and balances*, os AIs promoveram, também, alterações nos procedimentos especiais de modificação da Constituição. O AI-2 estabelecia um rito especial para as reformas constitucionais, reduz quórum para aprovações de emendas. O regime ditatorial reivindicava um poder constituinte permanente, pautado não na legitimidade, mas no poder *de facto* (*i.e.*, poder como coerção, recordando pensamento anteriormente apresentado nesta dissertação) conquistado pela revolução. Essa promiscuidade entre normalidade constitucional e medidas de exceção que no mais das vezes contrapõem e violam a ordem constitucional vigente permitiu que o manuseio do fenômeno constituinte alcançasse seu pico de deturpação com o esboço da possibilidade de que uma nova Constituição fosse excepcionada segundo a livre vontade do Executivo (OLIVEIRA; PATRUS, 2013, p. 537-538; FAORO, 2022, p. 164 e segs.).

É a isso que se refere Emilio Peluso Neder Meyer (2021, p. 33), quando destaca que as mudanças promovidas pelos atos institucionais foram tamanhas que pressionaram o regime ditatorial a adotar uma nova Constituição. Daí, o AI-4 convoca o Congresso Nacional a aprovar o projeto de Constituição regido pelo então presidente. “Elaborada por uma comissão nomeada pelo presidente, a Carta de 1967 é submetida aos parlamentares e reafirma o sistema político autoritário prefigurado nos AIs. A partir de então, juntamente da Lei de Segurança Nacional (LSN) e da Lei de Imprensa, a Constituição de 1967 se colocava como o tripé institucional planejado pelo presidente Castelo Branco para institucionalizar o regime autoritário. Embora se apresentasse como afirmação do “poder constituinte permanente” da revolução, a nova Constituição tratava-se de violação à Constituição de 1946, que vedava apreciação de reformas constitucionais em convocação extraordinária.

Se se abraça uma leitura formal-tecnicista do evento, a Constituição de 1967 seria apenas uma ampla reforma constitucional. Interpretação essa que se confirma quando observadas algumas miudezas referentes à sua outorga. Um olhar atento deixa desvelar que, à diferença das constituições brasileiras promulgadas até então (1891, 1934 e 1946), a nova constituição não levava a firma dos constituintes ao final de seu texto, mas apenas

a assinatura da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, tal qual uma emenda à Constituição (BARBOSA, 2012, p. 119). Mais uma vez o regime vocaliza “normalidade democrática”, enquanto movimentava engrenagens autoritárias para violar a já exaurida e meramente imagética ordem jurídico-política que medrava do prisma constitucional da Constituição de 1946.

É dos ensinamentos de Gomes Canotilho que se abstrai a leitura que permite entender a Constituição de 1967 como “erosão da legalidade democrática” no Brasil. Segundo o constitucionalista português, não há que se falar em ordem constitucional legítima quando da perda da identidade da legalidade democrática. A nova Constituição fora, importa reafirmar, uma confirmação da natureza autoritária do regime e o fortalecimento do Executivo mostrou como, no âmbito desse texto constitucional, a democracia não poderia se desenvolver como integração da esfera pública. Mesmo a citada função preventiva-libertadora do cânone constitucional inexiste na Carta de 1967. Não há um texto que é reflexo da esfera pública ao projetar (ou melhor, prometer) no plano do direito expectativas do político, nenhuma estrutura normativa que procura reafirmar um esquema legitimador de organização do poder público (NEVES, 2020, p. 198-204; CANOTILHO, 2018, p. 37).

A Carta de 1967 inova ao limitar a autonomia dos estados, modificar o sistema tributário, criar instrumentos ou diplomas legais (decretos leis e as leis delegadas), reafirmar as eleições indiretas para Presidente da República, criar restrições à liberdade de pensamento a pretexto de combater atos subversivos, ampliar a suspensão de direitos políticos, garantir maior interferência estatal na economia privada, permitir a emenda constitucional por iniciativa do Presidente e estabelecer temas de sua competência exclusiva deste. Pela sistemática adotada pela nova Constituição, o presidente poderia, ainda, decretar estado de sítio antes de ouvir o Congresso Nacional (BONAVIDES; ANDRADE, 1989, p. 442; CAMARA, 2017, p. 97). A nova Constituição abrolha, então, enquanto fruto da legalidade autoritária.

Se, no entanto, pretendeu o regime golpista institucionalizar-se pela Carta de 1967, falhou ao não dispor de legitimidade, pois como anota Raymundo Faoro:

o poder não se desvia de seu círculo e não atinge a legitimidade apenas com o recurso de governar por meio das leis, ainda que as leis sejam votadas por corpos coletivos, os parlamentares e os congressos. A autocracia, nas suas modernas modalidades de totalitarismo ou autoritarismo, não perde sua característica ao se converter semanticamente no estado de direito. Há uma falácia implícita em supor que o arbítrio deixa de existir no momento em que as ordens soberanas

revestem um caráter de governo das leis e não governo dos homens, na consagrada fórmula liberal. Há alguma coisa mais que, qualificando o próprio estado de direito, dá-lhe a densidade democrática (FAORO, 2022, p. 167).

A Constituição de 1967, apontam Bonavides e Andrade (1989, p. 441), não ajudou o presidente Castelo Branco a passar à história como legislador, especialmente porque pouco depois de sua morte a neófita Constituição requereu reforma. Por se considerar que a Constituição de 67 não era suficientemente autoritária, ingressa o regime ditatorial em seu momento de maior agressividade e autoritarismo. Diante da impopularidade do regime militar e da recessão econômica provocada pela gestão Castello Branco, um documento ainda mais centralista e autoritário é produzido pela emenda constitucional de 1969. A emenda constitucional faz mudanças na estrutura dos três Poderes e restringe severamente vários direitos fundamentais (MEYER, 2021, p. 31; MOTTA, 2021, p. 111-121).

A emenda fora, entende a historiografia, resultado do Ato Institucional n. 5, editado um ano antes. A ditadura legada por Castelo Branco, avalia Motta (2021, p. 115), oferecia espaço demais para a atuação de dissidentes moderados, o que induziu a gestão de Costa e Silva a instaurar o AI-5. Pelo AI-5 ficou suspensa a garantia de *habeas corpus* para crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, o STF teve 3 membros aposentados compulsoriamente, criou-se a figura do exílio forçado, expurgos no serviço público alcançaram o Itamaraty e as universidades públicas. Uma nova lei de segurança nacional previa pena de morte e novos instrumentos para ampliar a censura cultural. Não bastasse, “a partir desta data o texto constitucional podia ser interpretado somente em associação com AI-5 e os atos institucionais seguintes” (NEVES, 2020, p. 203).

O período 1967-1969 representa, pois, o momento de maior operacionalização da chamada legalidade autoritária. “A conjunção do Ato Institucional n. 5 e da Emenda Constitucional n. 1 forneceu a visão definitiva do jogo normativo que turvava os limites entre normalidade constitucional e a adoção de medidas excepcionais” (BARBOSA, 2012, p. 141). Nesse momento a norma constitucional que estrutura juridicamente o regime passa a afirmar a possibilidade de que suas normas fossem excepcionadas conforme a necessidade de proteger as expectativas institucionais de manutenção da “revolução”. Para Barbosa (2012, p. 14) o direito nesse espectro está plenamente a serviço da política, instrumentalizado em prol de uma elite política e, portanto, funcionando como

meio para uma ditadura travestida de democracia restrita. Nesta senda, é de se observar como

[...] as Cartas de 1967 e de 69 preocuparam-se em aprovar e excluir de apreciação judicial os “atos do Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964”. Além dos atos praticados diretamente pelo “poder revolucionário”, as Cartas autoritárias ratificaram e excluíram da apreciação judicial: a) atos praticados pelo governo federal com base nos Atos Institucionais e Complementares (art. 173, I da Carta de 1967 e art. nº 181, I da Carta de 69); b) resoluções das Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores que cassaram mandatos eletivos ou declararam o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores, com fundamento nos Atos institucionais; c) atos de natureza legislativa, expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares; d) e até mesmo a correção monetária que incidiu até 27 de outubro de 1965 sobre vencimento, ajuda de custo e subsídios de componentes de qualquer dos Poderes da República em decorrência da desvalorização da moeda e elevação do custo de vida (PAIXÃO; BARBOSA, 2008, p. 2)

Mais uma vez o pensamento de Raymundo Faoro ajuda a aclarar que esta legalidade puramente formal, sem embargo, carece de seu caráter decisivo, a crença na legitimidade que a afirma. Segundo Faoro “[...] uma ordem assim constituída terá apenas a eficácia empírica, mas nunca a validade, a legitimidade que vem de baixo” (FAORO, 2022, p. 182). O Estado pressupõe, continua o jurista, “[...] a existência de valores políticos materiais, que prescindem, para se concretizar, do direito natural e para os quais é insuficiente o direito positivo”. Por tudo isso, impossível se faz atribuir às institucionalidades erigidas da ordem autoritária uma identidade constitucional, vez que carece a Carta de 1967 – sobremodo após as reformas ofertadas pela Emenda n. 1 de 1969 – de interlocução com o *ethos* pluralista e com as instâncias normogenética de legitimidade democrática – o povo, os direitos humanos e fundamentais e a deliberação pública como campo de revisita crítica do passado e projeção de um futuro possível.

A crise do regime ditatorial e a reconstrução no fenômeno constitucional brasileiro se reavivariam a contar de 1974, durante o governo Geisel. Esse período é definido por Mezarobba (2011, p. 9) como a terceira fase do regime ditatorial, momento marcado pela lenta abertura política que se estende até o fim do regime militar. Esse momento de distensão (1974-1979) e abertura política (1979-1985) coexiste com o esgotamento do modelo econômico do regime ditatorial e com o desdobramento de importantes resultados eleitorais favoráveis à oposição, recrudescendo projetos de constitucionalização do país. O contexto é complementado, ainda, pela insatisfação popular com reflexos autoritários (controvérsia do assassinato do jornalista Vladimir Herzog e adoção do Pacote de Abril,

e.g.) e fortalecimento dos movimentos pela anistia (criação do Movimento Feminino pela Anistia e do Comitê Brasileiro pela Anistia).

Finalmente em 1978 é aprovado e promulgado no Congresso a emenda constitucional que extinguiu o AI-5. Passa o regime ditatorial, então, a paulatinamente planejar um recuo organizado das Forças Armadas através de uma transição negociada com a oposição. Em apertada síntese, a transição começa em 1974, com o discurso de Geisel sobre “descompressão” do panorama político. Em 1979 é liberada a formação de partidos e em 1982 são restauradas as eleições para governadores, terminando com a eleição indireta de Tancredo Neves, em 1985. Dentro do amplo escopo investigativo que esse estrato da história constitucional oferta, quanto, interessa a esta pesquisa precisamente duas questões agora esboçadas: (a) a luta pela anistia e sua normatização em 1979 e (b) o processo constituinte em 1987/1988, em suas rupturas e continuísmos com o regime autoritário.

No Brasil, a distinção de outros estados latino-americanos, houve um processo de transição política com uma maior continuidade entre autoritarismo e democracia. Não houve expurgos no Poder Judiciário e a Constituição de 1988 corroborou a ampla anistia de 1979 (AVRITZER, 2019, p. 39-40). Paulo Pinheiro (1991) fala, portanto, em “autoritarismo socialmente implantado”, defendendo que o autoritarismo no Brasil supera o aparelho estatal institucionalizado, alcançando as microdimensões de poder. Esse continuísmo estaria relacionado, defende-se nesta pesquisa, a uma constitucionalização sem ruptura e cujo legado é uma Lei de Anistia que não satisfaz a demanda de grupos em situação de vulnerabilidade e um processo constituinte que, a despeito de múltiplas conquistas, lida com entulhos do passado autoritário – variáveis que tiveram efeito direto no insucesso da transnacionalização da identidade constitucional forjada em 1987, conforme ver-se-á adiante.

A anistia entrou em definitivo na pauta política com a criação do Movimento Feminino pela Anistia (MFPA) e do Comitê Brasileiro pela Anistia (CBA), e logo se tornou questão de preocupação do regime ditatorial, vez que envolvia questões como a reintegração dos expurgados e responsabilização dos crimes cometidos pelo Estado e pelos militantes que combatiam a ditadura. Em junho de 1979 o regime propõe ao Congresso Nacional seu projeto de Lei de Anistia. Nessa proposta se concedia anistia a todos que tinham cometido crimes políticos ou conexos (i.e., militares envolvidos na repressão e práticas autoritárias) e aos que tiveram seus direitos políticos suspensos. Nada obstante, o projeto foi considerado incompleto pela oposição. O projeto de anistia

apresentado pelo regime não previa nenhum tipo de indenização e silenciava deliberadamente sobre benefício àqueles que cometiam “terrorismo” contra o regime.

Enquanto o MDB, o MFPA e o CBA, a OAB e parte da sociedade civil advogavam por uma anistia recíproca (que atingisse tanto os militares, quanto os opositores que cometiam crimes como assaltos e sequestros), o discurso que vigorava entre apoiadores do regime era de que a anistia recíproca era impossível, pois os detentores do “poder revolucionário” não praticaram delitos, mas atos em estrito cumprimento da legalidade. Sustentava-se, ainda, que aqueles que participaram de luta armada contra o regime eram “terroristas” e seus atos deveriam ser enquadrados enquanto crimes comuns, e não crimes políticos. A distinção entre crime comum e crime político constituía pedra de toque da proposta de anistia apresentada pela ditadura. A definição imprecisa de “crimes conexos” ajudou a alimentar a interpretação informal de que “crimes políticos e conexos” eram aqueles praticados por militares e policiais.

O controle de que o regime ditatorial ainda dispunha do Poder Legislativo – especialmente após o Pacote de Abril e a inclusão de senadores não eleitos pelo voto popular, mas escolhidos pelo governo – garantiu a aprovação desta proposta de anistia. Em agosto de 1979, o Congresso sanciona a Lei n. 6683/1979. Entendia-se, entre a oposição ao regime militar, que o projeto não contemplava os anseios da nação e não alcançava os ideais de pacificação e conciliação do país. No entanto, parte dos emedebistas entenderam o projeto como uma vitória, pois argumentavam que a anistia irrestrita ainda estava por vir, no curso da luta por constitucionalização do país (RODEGHERO, 2011, p. 216; FICO, 2010, p. 328). Foi o que se sucedeu. Nos anos 1985, 1988, 1995, 2001 e 2002, a Lei n. 6683/1979 é reformada de modo a tornar anistia mais abrangente, reconhecer a existência de mortos e desaparecidos e a responsabilização do Estado nesses crimes, bem como de indenizar vítimas da ditadura.

Sem embargo, mesmo com reformas, a Lei de Anistia de 1979 continuou servindo para impedir o reconhecimento, a memória e a possibilidade de arrependimento público, estimulando, portanto, a repetição da violência pela atuação das forças de segurança pública, o negacionismo dos crimes contra a humanidade cometidos e a impunidade como cultura institucional, destacou José Carlos Moreira da Silva Filho (2011, p. 299). Prova disto é que a interpretação prevalecente hoje pelo STF é de que a expressão “crimes políticos ou conexos” se direciona não apenas aos perseguidos políticos, mas sobremodo aos agentes públicos que cometem crimes contra os direitos humanos. No Brasil, portanto, a anistia se inicia como uma conquista do regime ditatorial e – a despeito de

pontuais rearranjos políticos no governo FHC (1995-2003) e Lula (2003-2011), como a Lei n. 10.559/2002 e Lei n. 9140/1995 – se continua como um entulho de autoritarismo em tempos de democracia.

Destacam Mezarobba (2011, p. 12) e Resende (2014, p. 37), que a anistia brasileira se situou num contexto de redemocratização que procurava evitar o que se convencionou designar hoje como “mecanismos de justiça de transição”. Assim, a Lei n. 6683/1979 fez parte de um projeto de redemocratização pensado por uma elite política e em nome dos seus interesses, buscando a impunidade e a Liberdade de agentes envolvidos na repressão. Assim, como a lei de anistia brasileira, cooptada pelo regime ditatorial não atendeu às principais reivindicações dos perseguidos políticos e dos familiares das vítimas da ditadura, essa discussão jamais se encerrou, continuando em aberto não apenas durante todo o período de transição política, mas durante o período democrático que se iniciou com a vitória da oposição nas eleições indiretas de outubro de 1984.

Consequência disto é o recrudescimento – durante a transição política, o processo constituinte e o momento posterior de consolidação democrática – do retrocitado “autoritarismo socialmente implantado” (PINHEIRO, 1991). Nisto, chamam atenção o autoritarismo latente no Brasil, presente em referências públicas elogiosas a ditaduras militares, a interferências das Forças Armadas na edição do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), em 2009 ou ao apoio do *establishment* militar ao golpe contra a presidente Dilma Rousseff, sobretudo após a criação, durante o seu governo, da Comissão Nacional da Verdade (CNV).⁵⁷ Outro efeito que importa destacar é o apoio dos militares ao regime populista de extrema-direita em crescimento desde 2014 e que atenta

⁵⁷ Instituída em 2011, a CNV surge com o propósito de combater a política de esquecimento, aclarando fatos ocorridos durante o regime militar e garantindo assim o direito à verdade às vítimas e seus familiares. Embora pontue-se a responsabilidade do Estado por esses atos, a CNV não estava imbuída do poder de responsabilizar judicialmente agentes estatais. Ainda assim, parte das Forças Armadas sentiu-se traída e classificou a comissão como uma tentativa vingativa de revisitar o passado (ALMEIDA, 2021, p. 46). Antes da CNV, o Brasil já havia instituído a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos (1995) e Comissão da Anistia (2002) – esta última responsável por oferecer compensação financeira e simbólica aos perseguidos políticos do regime autoritário. Como a função institucional das comissões sempre esteve direcionada mais à reparação e ao direito à verdade – apenas tangenciando o direito à justiça e responsabilização penal de crimes do passado – sua análise nesta pesquisa limitar-se-á a estas linhas, por entender o pesquisador, conforme atestam as linhas argumentativas defendidas nos tópicos anteriores, que seus reflexos sobre a identidade constitucional são reduzidos. As comissões não são *loci* de reinterpretação e iteração dos significados e valores constitucional, logo, seus efeitos institucionais não reorganizam a normatividade jurídica, modulando-a à normalidade social. Sem embargo, importa destacar que a Comissão da Anistia ainda produz efeitos. Até Outubro de 2022 foram 254 pedidos de anistia em fase de finalização, 75.407 pedidos arquivados e 1.456 manifestações em processos judiciais, conforme dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. O sítio virtual do ministério não permite, conquanto, a discriminação de para quem são concedidas as anistias, se para ex-agentes estatais ou para ex-combatentes da ditadura.

contra as balizas do constitucionalismo democrático, aproveitando-se do desgaste dos sistemas partidários tradicionais para polarizar e calcar o debate político nacional – tudo isto a despeito da auspíciosa conquista da Assembleia Constituinte de 1987/1988 (TORELLY, 2012; ALMEIDA, 2021).⁵⁸

A ideia de estear a transição à democracia num processo constituinte que concedesse à nação uma nova ordem constitucional já se fazia presente em 1977. Se entre os apoiadores do regime ditatorial se reclamava de uma proposta de constituinte que “não aceitava a revolução”, a liderança emedebista no Congresso Nacional defendia uma nova Constituição como um “teste de imantação” para avaliar a aglutinação da comunidade em resposta à realidade autoritária que vigorava desde 1964. Pensava-se a nova constituição como um *nation-building* que criaria as condições jurídicas para a estabilização política das instituições, estabelecendo os parâmetros normativos e os instrumentos legais para a promoção das mudanças sociais e econômicas que viriam pela redemocratização (FARIA, 1989, p. 15).

Ao assumir a presidência do partido de apoio ao regime ditatorial em 1979, José Sarney procurou Ulysses Guimarães para promover uma aproximação partidária que viabilizasse uma constituinte. A despeito dos acordos e diálogos que começavam a pulular no Congresso, “[...] evitava se falar em direitos humanos e na reivindicação da anistia como pressupostos da constituinte. O documento deixava as portas abertas para o diálogo com o governo, fazendo apelo por conciliação, paz e ordem” (CERQUEIRA NETO, 2022, p. 43). A intenção do regime ditatorial era anexar o processo constituinte à órbita gravitacional da transição negociada, criando a narrativa de que a convocação da constituinte era uma benesse do governo, jamais uma conquista da oposição (BARBOSA, 2012, p. 205). Assim, em novembro de 1985, após longo processo de negociação entre MDB e Arena, promulga-se a emenda constitucional que conferia poderes ao Congresso Nacional que seria eleito em 1986 para aprovar uma nova Constituição.

A constituinte de 1987/1988, em apertada síntese, distribuiu seus integrantes em 8 grandes comissões temáticas, que se dividiu em 3 subcomissões. Após a elaboração de cada capítulo do projeto de Constituição pelas comissões, das audiências públicas com a

⁵⁸ Em seu último artigo publicado Michel Rosenfeld (2022) atualiza sua teoria à realidade dos populismos e destaca, em síntese, que à distinção de um regime democrático, onde as instituições procuram a ampliação da identidade constitucional pela inclusão da diferença, nos regimes populistas lança-se mão dos mesmos instrumentos hermenêuticos para criar uma identidade constitucional restritiva, suprimindo direitos e não ampliando-os. Para uma leitura detida sobre os movimentos populistas e seu reflexo no Brasil atual, Cf. GOUVÉA; CASTELO BRANCO, 2021; PRZEWORSKI, 2020.

sociedade civil e participação de grupos organizados se passava à fase dos debates na Comissão de Sistematização. o texto preparado pela comissão de sistematização era remetido ao plenário para posterior aprovação e redação final. Para Cristiano Paixão (2006, p. 4-5), a constituinte se caracterizou por um processo desorganizado, descentralizado e efetivamente caótico, onde um Congresso Nacional investido de assembleia constituinte produziu um texto constitucional surpreendentemente moderno e aberto ao futuro. Fábio Konder Comparato (2008, p. 3) adere à crítica e argumenta que a Constituição de 1988 foi elaborada não por uma Assembleia especialmente criada para esse fim, mas por um órgão político já existente, carecendo, pois, de um vício que a afasta da legitimidade concedida pela soberania popular.

Esse processo constituinte que começou a esboçar a identidade constitucional brasileira fora permeada de concessões mútuas entre grupos parlamentares anteriormente favoráveis ao regime ditatorial e outros oposicionistas. Assim, em vários temas importantes (votação sobre a exploração de recursos do subsolo, acordo sobre hora extra de trabalho, função social da propriedade privada, *e.g.*) não contaram com amplo apoio na constituinte, resultando em disposições que foram posteriormente alteradas por emenda à constituição ou que ainda hoje estão pendentes de regulamentação. Por ser dividida em subcomissões, a constituinte gerou um texto detalhado, mas o forte dissenso entre os constituintes cria espaços não normados e normas constitucionais que gerariam, no futuro, animosidade e reiteradas tentativas de reforma e emenda. Por isso destacam Antonio Maués e Élida Lauris dos Santos:

no modelo brasileiro, a formação de maiorias pelo critério aritmético resulta em menor indeterminação do texto constitucional, com um amplo recurso a regras, em vez dos princípios que caracterizam as fórmulas de compromisso. Contudo, essa Constituição se encontra mais sujeita a reformas caso a maioria política deixe de acatar as decisões constitucionais [...] Nesse modelo, o papel da justiça constitucional também será acentuado, considerando a variedade de argumentos que poderão ser utilizados para contestar a constitucionalidade das leis, mas a jurisprudência constitucional tenderá a exercer mais uma função de defesa que de criação do ordenamento constitucional (MAUÉS; SANTOS, 2008, p. 377).

Cláudio Couto e Rogério Arantes (2006, p. 45) argumentam, em igual sentido, que o *design* constitucional legado pela constituinte de 1987/1988 engessou formalmente a agenda governamental futura, criando um *modus operandi* de produção normativa que vincula os interesses conjunturais de governos ao marco constitucional. Resulta daí que boa parte dos dispositivos se tornariam futuramente alvo de tentativas de reforma por

parte de novas maiorias parlamentares ou de novas gestões à frente do Executivo. O baixo grau de universalismo atingido pela Constituição e a grande quantidade de dispositivos particularistas e controversos, pontuam os professores, são fatores que ajudam a entender por que a promulgação da nova carta ocorreu sob o signo de certa indefinição e provisoriaidade, tendo a própria constituinte programado uma revisão constitucional geral, conforme os termos do artigo 3º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Essa leitura se confirma ao se observar a quantidade de emendas constitucionais pelas quais passou a Constituição de 1988. Desde sua promulgação, variadas emendas são realizadas, respeitando as regras estabelecidas para a sua reforma, mas, no mais das vezes, ignorando uma pretensa reflexividade que a Constituição deve dispor. Isto é, as emendas em questão serviriam mais à governabilidade que a necessária reflexividade social do fenômeno constitucional. Em pesquisa sobre o tema Antônio Moreira Maués (2019) pontua que, afora experiências pontuais onde as emendas vieram como resposta à necessária ampliação ou operacionalização de direitos fundamentais (Emenda constitucional n. 26, n. 28, n. 54, n. 64, n. 72 e n. 90, por exemplo), entre 1995 e 2006 as emendas focaram sobremodo o controle de gastos públicos. Por demais, entre 1992 e 2017 foram 41 emendas direcionadas à tributação e orçamento (*i.e.*, governabilidade), enquanto a efetivação de direitos fundamentais se valeu das emendas apenas em 6 oportunidades.

As críticas à constituinte, conquanto, não olham apenas o futuro (o *design* constitucional que legou ineficácia material e engessamento) mas também o passado (os contragolpes e acordos que os constituintes que eram oposição ao regime militar precisaram vencer). Durante o processo constituinte a influência dos militares era intensa no espaço das decisões políticas e ainda em 1985, por exemplo, ministros militares e os chefes do Gabinete Militar da Presidência e do Estado-Maior das Forças Armadas mantinham reuniões regulares para discutir suas contribuições à futura constituinte. A tese principal nascida dessas reuniões fora a proposta de manutenção das atribuições das Forças Armadas no regime democrático a ser construído após a transição. Embora não constituíssem uma instituição política, os militares defendiam que fossem consultados em “coisas específicas de sua destinação constitucional” (CERQUEIRA NETO, 2022, p. 97).

As Forças Armadas “[...] entenderam tão competentemente a importância das restrições legais, que nomearam 13 oficiais superiores para fazerem *lobby* pelos interesses militares ante os constituintes” (ZAVERUCHA, 2010, p. 45). Nada obstante – e isso

ficará provado adiante quando esta pesquisa tratar pontualmente sobre a Constituição Federal de 1988 – os efeitos práticos dessa interferência são, no mais das vezes, mínimos. Embora o *projeto* de redemocratização tenha sido pensado enquanto uma experiência negociada e sem ruptura com uma lógica autoritária, seu *processo* foi marcadamente fragmentado, de maneira que forças políticas conservadoras e progressistas dialogaram, apresentaram contrapropostas de modos de normatizar interesses e expectativas e, acima de tudo, estabeleceram, no bojo da redação da Constituição, acordos. Assim, impossível se falar em constitucionalização conduzida isoladamente, por um único espectro político.

Em todo caso, superando interferências e críticas, a constituinte de 1987/1988 legou ao Brasil a Constituição Federal de 1988 (CF/88). Promulgada em 5 de outubro de 1988, a nova constituição nascia definitivamente como uma ruptura com parte da experiência autoritária e antidemocrática na qual o Brasil estivera mergulhado. Preocupações com segurança pública, meio ambiente, comunidades tradicionais e feminismo foram temas que influíram sensivelmente nas decisões nas eleições de 1986 e, por extensão, no processo constituinte. A CF/88 traz inovações importantes no campo dos direitos individuais e coletivos e de organização e funcionamento do sistema econômico e social. Situando-se no rol do novo constitucionalismo latino-americano esse texto é sensivelmente programático no capítulo da ordem social e econômica, embora não o seja quanto dispõe dos procedimentos legislativos e judiciais (BONAVIDES; ANDRADE, 1989, p. 473-474; FARIA, 1989, p. 20).

O texto constitucional de 1988 amplia significativamente a seguridade social e o direito à saúde, com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). O novo texto garante, ainda, salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, que não tenham meios de prover a própria subsistência. É conferida autonomia administrativa e financeira ao poder judiciário e cria-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Pela nova Carta, o Ministério Público se converte em um órgão com independência e autonomia e atribuições constitucionais bem definidas. O artigo 5º, espaço de normatização de expectativas sociais de liberdade, direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à ampla defesa e a tantos direitos suprimidos durante o regime militar, é exemplo primal de uma refiguração de memórias e lutas do passado. Nesse mesmo artigo sobressaem, ainda, as garantias do mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e o *habeas data*.

A CF/88, ainda, consolida a universalidade do sufrágio ao assegurar o direito de voto aos analfabetos e definir o limite de maioridade para votar abaixo de 16 anos. O

artigo 61, § 2º (possibilidade constitucional do plebiscito e do referendo) e 64, §4º (proteção das vidas mestras das democracias constitucionais) definem a essência democrática da nova Carta. A inclusão do direito à greve (art. 9º), da proteção do meio ambiente (art. 225), dos direitos humanos (art. 4º, inciso II) e da afirmação do direito das comunidades indígenas (arts. 231 e 232), ademais, confirmam um compromisso maximizador desta Constituição em se colocar como uma promessa de pluralização jurídica, respeito à diferença, combate à opressão e violação sistemática de direitos. Para isso, escreve Oscar Vilhena Vieira (2013, p. 18), a constituição entrincheirou direitos e distribuiu poderes. Em outros termos, apresentou uma promessa e determinou agentes e políticas públicas para a sua concreção.

Contudo, como observam José Nunes de Cerqueira Neto (2022, p. 182) e Jorge Zaverucha (2010, p. 48), se na constituinte as forças progressistas foram vitoriosas na deliberação sobre os direitos fundamentais e políticas sociais, os conservadores e apoiadores do regime militar foram maioria (ou venceram os acordos) quando se precisou definir questões relacionadas a interesses corporativos e sobre o mercado e direitos de propriedade. Resulta daí, por exemplo, os chamados entulhos autoritários. Exemplos são não apenas o silêncio sobre a anistia e eventuais reparações e responsabilizações de crimes da ditadura, mas também o art. 142, que confere às Forças Armadas – numa grafia abstrata e aberta a interpretações – o poder constitucional de garantir o funcionamento dos poderes constitucionais, da lei e da ordem.⁵⁹

Na avaliação de Zaverucha (2010), por demais, os constituintes não conseguiram se desprender do regime autoritário recém-fundo e terminaram por constitucionalizar a atuação de organizações militares em atividades de polícia (Polícia Militar) e defesa civil (Corpo de Bombeiros), ao lado das polícias civis. Consequentemente, “[...] as polícias continuaram constitucionalmente, mesmo em menor grau, a defender mais o Estado que o cidadão. Deste modo, os bens do Estado são mais importantes do que a vida e os bens dos cidadãos que sustentam o Estado com seus impostos” (ZAVERUCHA, 2010, p. 55). Ainda, como não houve expurgos no órgão de cúpula do Poder Judiciário de juízes vinculados ao regime militar, houve dificuldade em conciliar a jurisprudência do STF ao

⁵⁹ Aqui chama-se atenção para uma variável importante do processo de reconstrução de identidades constitucionais na América Latina – o modo de transição política à democracia e consequente ruptura com o passado autoritário. David Landau (2013), conquanto, faz ponderação profícua e ressalta que por vezes é necessário que os Estados preservem enclaves não democráticos para se criar as condições sociopolíticas à eclosão de uma democracia constitucional viável. Isto é, em contexto de negociação não equilibrada entre agentes políticos (uma elite política opressora e um grupo opositor minoritário, por exemplo) aceitar concessões de quem possui o poder é necessário para o êxito na transição.

novo texto constitucional – seja numa dificuldade inicial de compreender e operacionalizar o mandato de injunção, ou em uma postura reativa de supressão de direitos, como o caso da interpretação do conceito “entidade de classe” nas ADIs 275 e 378, de 1990 (CERQUEIRA NETO, 2022, p. 170 ss.).

No plano da política externa brasileira (PEB), doutro lado, teóricos como Dawisson Belem Lopes (2013), destacam mudanças apenas superficiais – quando não, demoradas – do modelo de inserção internacional do país após a redemocratização. Outros, como Pablo de Rezende Braga (2020) enxergam uma mudança meramente discursiva, instrumentalizando a agenda de direitos humanos como eixo estratégico de inserção do Brasil no plano internacional. Para Danielle Costa da Silva (2016), a democratização da PEB tem ficado sensivelmente a cargo de atores não estatais e ONGs, que influenciam, pressionam ou participam das instituições do Estado, tanto na denúncia de violações aos direitos humanos, quanto na sua fiscalização. São, pois, atores não estatais que colaboram para operacionalizar, ao menos no plano da PEB e nas vinculações a padrões internacionais de proteção dos direitos humanos, a lógica de Estado Social presente na CF/88.

Durante a ditadura a PEB viveu em essência 3 momentos. Enquanto no governo Castelo Branco houve um alinhamento automático aos Estados Unidos (abraçando a concepção ideológica da segurança nacional antiesquerdistas), no governo Costa e Silva há um retorno da política externa aos interesses nacionais. Durante o governo Geisel e Figueiredo (1974-1985), doutro lado, a PEB adotou a postura extremamente conservadora, inexistindo qualquer referência a reformas sociais internas ou a direitos humanos. A redemocratização pouco alteraria a política externa em voga durante esse período. Uma pretensa “democratização” da PEB após 1986, conquanto, parece ter alterado pouco a disposição do Estado em se engajar com os direitos humanos, como atestam alguns atritos do Estado com a comunidade internacional, mesmo nos governos Lula e Dilma (VIZENTINI, 1998; CASTRO, 2013).

No entanto, importa compreender que a emergência de um novo paradigma, a contar da promulgação do texto constitucional de 1988, jamais poderia representar imediatamente a abolição do passado autoritário. “O tipo de prática constitucional fundada no processo constituinte de 1987-1988 [...] teve (e tem) que disputar espaço com mentalidades pré-existentes, em confronto com as quais se constituiu” (BARBOSA, 2012, p. 242). Ou seja, a CF/88 – embora assinale e se pronuncie contra uma realidade sociopolítica desigual e autoritária – não a elimina de pronto. As mudanças sociais que se

sustentam no texto da Constituição serão alcançadas pela articulação da sociedade civil e das institucionalidades democráticas recém-criadas, a partir da inauguração de novas práticas e novos instrumentos de afirmação e ampliação de direito. Além disso, as forças de oposição capazes de bloquear essa potência performativa da CF/88 também tem se articulado no tempo. Se se aprofundaram as possibilidades e promessas, aprofundaram-se igualmente as investidas contra a democracia (OLIVEIRA; GOMES, 2015, p. 89; BELLO *et al.*, 2019, p. 1792).

Porquanto, a elaboração da Constituição completa a transição do instrumentalismo constitucional e do legalismo autoritário para uma ordem constitucional que desempenha papel simbólico-ideológico. Isto é, ainda não há uma perspectiva social segura para a realização do Estado de direito democrático sugerida no texto constitucional – o qual existe sob o risco constante de que suas inovações venham a ser comprometidas pelo contexto social e político disfuncional e desequilibrado no plano da representação e distribuição política. A CF/88 nasce e sobrevive na retrocitada realidade social desjuridificada, de maneira que seus mecanismos que garantem direitos e participação democrática correm o risco de serem facilmente manipulados para fins que não se coadunam com os valores constitucionais (NEVES, 2020, p. 208-209; FARIA, 1989, p. 21).

Por demais, importa destacar que as oposições sistêmicas contra qualquer tipo de alteração na Lei de Anistia de 1979 também defluem dessa contingência política na qual se inseria a constituinte de 1987/1988. Durante o processo constituinte surgiram algumas propostas de emenda à Lei n. 6683/1979, estabelecendo reparações financeiras e indenizações por danos materiais e morais para os perseguidos políticos da ditadura. Assim, dentro do texto da nova Constituição, no entanto, a temática da anistia ficara restrita ao artigo 8º do ADCT. O dispositivo aumentou a abrangência temporal da lei de 1979, que passou a ser de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição e instituiu uma reparação de natureza econômica, direcionado, no entanto, apenas aos aeronautas perseguidos pelo Ministério da Aeronáutica após o golpe de 1964 (RODEGHERO, 2011, p. 273-274).

A luta por uma anistia ampla, geral e irrestrita foi uma experiência de longo prazo na história constitucional do Brasil pós-ditadura e seus reflexos sobre a identidade constitucional criada durante a redemocratização seriam sentidos somente após a constituinte, quando outras organizações e atores (o STF, sobremodo) passam, pelo exercício de suas competências institucionais, a modular essa identidade constitucional.

Por isso, importa ressalvar que o texto legado pela constituinte é apenas o ponto de partida da experiência de construção e reconstrução de uma identidade constitucional que procura o equilíbrio democrático entre o *self* coletivo e a alteridade. A constituição, lembra Cattoni de Oliveira (2006, 2009) é um fenômeno discursivo que ganha legitimidade no curso do tempo histórico da comunidade política que a fundou.

Assim, promessas constitucionais de justiça, democracia, vinculação aos direitos humanos e combate ao autoritarismo (art. 5º, inciso III; art. 60, § 4º, inciso IV; art. 4º, inciso II, por exemplo) foram – e tem sido – conquistadas ao largo da existência da nova ordem constitucional. E aqui repousa um ponto de intersecção basilar a esta dissertação. A expectativa de transnacionalização de identidade constitucional, incrustada no art. 4º, inciso II, CF/88 – e que tem relação direta com a eventual efetivação de direitos das vítimas da ditadura, pela recepção da CADH e da jurisprudência da CtIDH – viria a ser mais bem elaborada em 2004, quando da Emenda Constitucional n. 45/2004. Pela emenda introduziu-se o § 3º do art. 5º da Constituição Federal, declarando que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, serão equivalentes às emendas constitucionais, ou seja, terão natureza de norma constitucional material e formalmente.

Tempos depois, a reconstrução de identidade constitucional no Brasil, no que se refere à sua transnacionalização e ruptura com o passado autoritário, alcançaria nova oportunidade *sui generis* quando do julgamento da ADPF 153 – momento em que era oportunizado ao sujeito constitucional, pela internalização do discurso interamericano, desfazer-se de um viés autoritário que ainda vinculada sua autoimagem jurídica à um passado não democrático mediante a transnacionalização da estrutura normativaxiológica que define o *self* constitucional. Esses casuís mos se interconectam, pois, como a lei de anistia brasileira não foi capaz de atender às principais reivindicações dos perseguidos políticos e funcionou como substrato por uma política de esquecimento, as vítimas da ditadura precisaram recorrer à instância internacional. Surgem, nesse sentido, as condenações do Brasil perante a CtIDH em Gomes Lund v. Brasil (2010) e Herzog v. Brasil (2010).

A Guerrilha do Araguaia tratava-se de grupamento civil armado, composto por militantes do partido comunista do Brasil (PC do B), que, desde 1966, escondiam-se nas matas fechadas na região sul do Pará e defendiam a luta armada contra o regime militar. Os combates à guerrilha do Araguaia se estenderam até 1975 e envolveram desaparições

forçadas, tortura e fuzilamento. O caso Gomes Lund v. Brasil (2010) principia ainda em 1995, quando o CEJIL e a *Human Rights Watch/Americas* apresentam denúncia à CIDH, destacando o desaparecimento de membros da Guerrilha do Araguaia e pedindo a reparação por violações realizadas pelo Estado brasileiro. Sem respostas satisfatórias do país, o caso é remetido à CtIDH em 2009.

Após reforçar que o crime de desaparição forçada é de natureza permanente, asseverou a CtIDH que uma investigação efetiva no âmbito interno não se perfaz sem um marco normativo adequado. É com base neste argumento que a Corte pontuou que a interpretação nacional da Lei de Anistia, ao absolver automaticamente todas as violações aos direitos humanos que haviam sido perpetradas por agentes de repressão política, obstruiu a investigação dos fatos relacionados à guerrilha, bem como a subsequente responsabilização penal dos agentes estatais envolvidos nos ataques aos militantes. A Lei n. 6683/1979, assim, obsta a narração e revisão crítica do passado e dos signos e valores memorizados em estruturas jurídico-discursivas. Se a CF/88 lembra e enquadra lutas e pleitos de uma comunidade política que viveu durante 21 anos um contexto de repressão e autoritarismo, a anistia brasileira se coloca como uma pedra no caminho da concreção dessas expectativas.

A CtIDH fora firme em recordar as manifestações recorrentes da CIDH sobre ilegalidade de leis de anistia e remonta, ainda, sua própria jurisprudência sobre a matéria, a fim de respaldar o entendimento de que leis “que impedem ou dão por concluída a investigação e o julgamento de agentes de um Estado, que possam ser responsáveis por sérias violações da Convenção ou da Declaração Americana, violam múltiplas disposições do ordenamento jurídico que sustenta o SIDH (CORTE INTERAMERICANA ..., 2010, p. 56). A CtIDH toma como embasamento o Conselho de Segurança da ONU, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, a CtEDH, bem como a Comissão Africana de Direitos Humanos para destacar que anistias e outras medidas análogas contribuem para a impunidade e constituem um obstáculo para o direito à verdade e à justiça ao se oporem a uma investigação aprofundada de crimes do passado.

Em *Gomes Lund vs. Brasil*, ademais, a CtIDH recrudesce suas comunicações com a jurisprudência doméstica de Estados-membros que mantêm uma postura constitucional mais engajada. Na decisão, portanto, a CtIDH traz como esteio jurídico a jurisprudência da Suprema Corte de Justiça do Chile (caso *Lecaros Carrasco*, onde se invalidou aplicação da lei de anistia chilena), do Tribunal Constitucional do Peru (caso *Santiago*

Martín Rivas, onde se reconheceu que leis de anistia carecem de efeito jurídico, sendo assim nulas), da Corte Suprema de Justiça do Uruguai (caso *Nibia Sabalsagaray*, onde se declarou que a edição da lei de anistia pelo Legislativo excedeu o marco constitucional e pontuou a necessidade de adequação desta ao marco dos direitos humanos) e da corte constitucional da Colômbia.

O uso reiterado da jurisprudência de Estados-membros com o argumento de autoridade para , além de lançar lume sobre a recepção da jurisprudência da CtIDH por parcela das cortes constitucionais do continente americano, rebate indiretamente a decisão do STF na ADPF 153. A CtIDH aproveita *Gomes Lund vs. Brasil*, dessa forma, como um dínamo ao fortalecimento de sua jurisprudência sobre a matéria, bem como para promover comunicações transjudiciais, ampliando, no SIDH, o rol de interlocutores sobre a matéria “anistia e esquecimento”. Nova oportunidade viria quando do julgamento de *Herzog v. Brasil (2018)*. Neste caso, a CtIDH, parecendo minorar os efeitos jurídicos da ADPF 153, determina que o Estado dê prosseguimento às investigações sobre os fatos, reafirmando, ainda, a necessidade do controle de convencionalidade – prática indispensável à concreção do direito à justiça e à verdade no plano do SIDH.

É neste cenário que em outubro de 2008 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) interpôs a ADPF 153 perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de questionar a constitucionalidade da Lei de Anistia de 1979 (Lei n. 6.683/1979), editada pelo Congresso Nacional, dentro de uma realidade de “redemocratização” e transição política. Na oportunidade o CFOAB pleiteou que fosse interpretado o §1º do art. 1º da Lei de Anistia de 1979 conforme a CF/88, de modo a reconhecer que a anistia concedida pela lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados por agentes da repressão quando do regime militar. Esteia-se, pois, no entendimento de que é a CF/88 quem deve decidir pela legalidade da anistia, pois é ela, na condição de critério de legitimidade e de validade de todo ordenamento jurídico atual, que pauta qualquer avaliação de higidez de norma jurídica (ACUNHA; BENVINDO, 2012, p. 198).

Ao apresentar a ação, argumentou o CFOAB que não se faria possível considerar válida a interpretação segundo a qual a Lei n. 6.683/1979 alcançaria as práticas de homicídio, estupro, desaparecimentos forçados e abuso de autoridade perpetradas por agentes públicos, vez que tal interpretação violaria frontalmente diversos preceitos fundamentais. Houve, portanto, fundamentação legal nos princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, caput CF/88), direito à verdade (art. 5º, XXXIII, CF/88) e da dignidade

humana (art. 1º, III, CF/88). Sustentou a CFOAB, ainda, que reconhecer a constitucionalidade da lei de anistia implicaria desrespeito aos deveres do Poder Público de não ocultar a verdade, bem como de salvaguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, corolários da CF/88 (BRASIL, 2010, p. 6).

Além da fundamentação nos novos preceitos constitucionais externados pela CF/88, o CFOAB sustentou a invalidade da Lei de Anistia também na jurisprudência da CtIDH ao pontuar que o tribunal internacional já reconhecia em pelo menos cinco julgados que é nula e de nenhum efeito a anistia criminal decretada por governantes, muito embora tenha se limitado a citar os casos, sem aprofundar a fundamentação neste quesito. Não houve, também, referência à normativa da CADH. A despeito da fundamentação superficial do CFOAB no direito internacional, a controvérsia acerca da lei de anistia não poderia ignorar este fator. Sendo a questão da legislação de anistia elemento comum nas novas democracias latino-americanas, possui a CtIDH consolidado entendimento sobre a matéria, aprimorado diretamente ao longo de sete casos, sendo o caso *Gomes Lund vs. Brasil (2006)*, seu exemplo paradigmático.

Ciente de todas estas particularidades da ADPF 153, reuniu-se o STF e decidiu pela improcedência da ação por 7 votos a 2, determinando, portanto, que a Lei n. 6.683/1979 não vai de encontro aos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, bem como que “[...] o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. [...] nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia” (BRASIL, 2010, p. 3). No voto que conduziu toda a argumentação do STF e que se constitui, ao fim, como *ratio decidendi* do acórdão, o Min. Rel. Eros Grau declarou que caberia ao Poder Legislativo a revisão da Lei de Anistia, não podendo o Judiciário imiscuir-se nesta controvérsia. O Direito Internacional teve, assim, valor interpretativo nulo na ADPF 153 e as obrigações internacionais que sobre o Brasil se impõem foram minoradas.

Se entendesse pela procedência da ação, o STF expurgaria do sistema de justiça nacional o principal argumento utilizado a favor da impunidade dos agentes estatais violadores de direitos humanos durante o regime militar. Assim, muito embora a ADPF 153 não tivesse o condão de eliminar outros argumentos judiciais a favor da absolvição penal dos agentes violadores – prescrição dos crimes e ofensa ao princípio da legalidade estrita penal, a exemplo, sua importância na efetivação da responsabilização penal de agentes da repressão era inconteste. (TORELLY, 2012, p. 313 ss.). O orgão de cúpula do Judiciário nacional, no entanto, optou por acompanhar a narrativa política de “reconciliação” e

“transição negociada”. No entender deste pesquisador, a sentença do STF é produto da mesma contingência política e amarração histórica que leva o Brasil a cumprir apenas parcialmente as condenações de Gomes Lund v. Brasil e Herzog v. Brasil. Assim, conforme Torelly (2012),

[...] ao chancelar a interpretação próimpunidade da anistia de 1979 o STF afirma que a força política daqueles que promoveram o golpe e apossaram-se do Estado é, até hoje, maior do que a vontade democrática e os direitos fundamentais expressos na Constituição, fragilizando os mais basilares pilares de nossa democracia ao afirmar que o regime tutelou, de forma irreversível – segundo a argumentação do Ministro Gilmar Mendes – a própria Constituição. Daí a afirmação de muitos de que a democracia brasileira, desde um ponto de vista ideal, torna-se aberta e permanentemente incompleta em função de tal medida de impunidade (TORELLY, 2012, p. 316).

Um dos elementos constitutivos das democracias frágeis, nascidas de processos de transição conturbados e negociados, são o ressentimento em relação à comunidade internacional e ao discurso dos direitos humanos. Isso induz, no mais das vezes, um futuro de denúncia de tratados, recusa em participar de organismos multilaterais e não recepção da normativa internacional protetiva dos direitos humanos, assinala Brandes Hostovsky (2017). Esse pode ser um caminho interpretativo para justificar o reduzido engajamento do Brasil com a CtIDH e resistência em transnacionalizar com maior intensidade sua identidade constitucional quando teve a oportunidade. Conquanto, importa observar que a não internalização do discurso interamericano no caso da ADPF 153 está intimamente relacionada à temática em discussão (i.e., anistia e justiça de transição), de modo que importa levar em consideração a dimensão histórica para avaliar o porquê do insucesso em transnacionalizar a identidade constitucional brasileira.

Neste prisma, deve-se observar que a consolidação de democracias constitucionais na América Latina alimenta-se da composição institucional formada após a transição política. Na região, as democracias presidencialistas, escreve José Antonio Cheibub (2007), geram com frequência um *establishment* militar forte e ativo politicamente, de modo que os militares se tornam o principal agente do colapso democrático, independentemente do tipo de regime, influenciando – formal ou informalmente – decisões tomadas após a derrocada dos regimes autoritários. Neste sentido, pode-se perceber um nexo entre a derrocada de regimes autoritários-militaristas e uma fragilidade das democracias que as sucedem – especialmente nas “*elite-biased democracies*”, onde a transição à democracia foi temperada por dispositivos institucionais que codificam e salvaguardam direitos e interesses de uma elite econômica e política,

como é o caso do Brasil (ALBERTUS; MENALDO, 2018, p. 27; DIAMOND; LINZ, 1989, p. 5).

Daí abstrai-se que a constitucionalização do Brasil pós-ditadura não trouxe uma renovação mínima em relação à vigência de direitos capazes de consolidar a ordem democrática e liberal. A despeito das conquistas que a CF/88 promove, ela não consegue escapar à dinâmica de regras políticas inerentes à forma com que a democracia foi conquistada (AVRITZER, 2019, p. 27). Isto é, a democratização coexiste com o continuísmo autoritário, preservando prerrogativas militares (art. 142, da CF/88 ou existência do Superior Tribunal Militar, por exemplo) e criando um extrato político influente, capaz de 24 anos depois da redemocratização, movimentar as engrenagens institucionais a fim de proteger sua narrativa – como atesta o caso da ADPF 153, que envolveu reuniões entre o então Presidente Luís Inácio e os ministros do STF (MEYER, 2021, p. 24).

O que a ADPF 153 deixa claro, portanto, é como o efeito transformador do discurso jurídico da CtIDH depende impreterivelmente do grau de engajamento dos Estados e de seus tribunais constitucionais. O êxito de um *ius constitutionale commune* interamericano depende, pois, da capacidade e disposição dos tribunais constitucionais em reconhecerem um compromisso internacional com a integração regional do SIDH e com a consolidação democrática na região. Ainda, deve ressaltar que o discurso da CtIDH produz efeitos palpáveis apenas se encontrar terreno político adequado para se consolidar estruturalmente nas institucionalidades democráticas. O impacto positivo da CtIDH quando da redemocratização, por exemplo, somente prosperou, pois o cenário político-social, com os relatórios da CIDH e condenação de Augusto Pinochet em 1998, era favorável a um discurso pró-direitos humanos (CAVALLARO; BREWER, 2008).

Em última análise, “[...] a manutenção de graus de autonomia política pelos militares, [...] é o preço pago pelos democratas para assegurar a concordância castrense em devolver o governo aos civis” (ZAVERUCHA; FILHO, 2004, p. 2). Nesse sentido,

[...] a capacidade das elites judiciária e militar de evitar a perda de suas prerrogativas no Brasil foi máxima, e “as organizações conservadoras do Judiciário e das Forças Armadas mantiveram-se praticamente incólumes, apesar da transição para a democracia. Defendendo o *status quo*, foram determinantes para que a tônica da mudança de regime fosse ditada, por um lado, pela amnésia e esquecimento, e, por outro, por um “confesso orgulho pelo passado autoritário. Assim, prevaleceu a postura legal tradicional e positivista segundo a qual o STF deveria se ater às questões de governabilidade e exercício de poder em detrimento da proteção de direitos e do cumprimento de promessas e valores constitucionais vistos como vagos e irrealistas. Diante desse cenário de

vitória da coalizão conservadora interessada na defesa do status quo e do papel histórico do STF como instituição desenhada para facilitar o controle federal sobre a estrutura geral do sistema político brasileiro, o Supremo continuou a desempenhar a “função de governança” que havia adquirido desde a década de 1930. Nesse sentido, o tribunal privilegiou a mediação de conflitos sobre distribuição de poder institucional e a análise das implicações legais das políticas econômicas do Estado, demonstrando forte resistência para assumir suas novas responsabilidades frente à promoção dos direitos constitucionais da nova ordem democrática (BERNARDI, 2015, p. 497).

Confirma-se, assim, o argumento avançado nos tópicos anteriores de que a ambiência social e bagagem sócio-históricas do *self* coletivo delimitaram, no mais das vezes, sua identidade constitucional, de forma que interesses e ideias (das elites, sobremodo) e significados e preconceitos compartilhados pela comunidade orientam substancialmente os rumos da reconstrução constitucional, determinando “quem” e “como” é internalizado ao *corpus* constitucional. A postura do STF na ADPF 153, quando confrontada em sua competência constitucional de agente promotor de reconstrução da identidade jurídica da comunidade política, comprova essa influência do passado no presente, desvelando um tribunal desconectado das ideias de direito incrustadas no fenômeno constitucional que se constrói a contar de 1988. A identidade constitucional construída em 1987/1988, assim, a despeito de um matiz democrático e pluralista, não se transnacionaliza e, por falta de condições políticas, não rompe em absoluto com o tempo em que perdura a escuridão do autoritarismo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na obra da qual se abstrai a epígrafe que brinda essa dissertação, o químico italiano Primo Levi recorda sua experiência no campo de concentração de Auschwitz. Dentre suas memórias aponta aquela que mais lhe aturdia e incomodava: o recorrente sonho de, estando enfim em casa, não conseguir narrar aos familiares os horrores que vivenciou. Seu espanto é maior quando percebe que outros prisioneiros possuíam sonhos semelhantes. A questão central que perpassou a presente dissertação conecta-se com as leituras que o ensaísta faz de suas memórias. Ao longo desta pesquisa procurou-se adensar uma abordagem interpretativa de identidade constitucional que resgatasse sua dimensão intergeracional e narrativa. Ao fazê-lo, confirmou-se que os perigos que orbitam a construção de uma identidade são, de fato, o esquecimento e a invisibilização de narrativas basilares à construção de uma autoimagem e elaboração de traumas (individual ou coletiva), que maculam o passado do *self*.

Daí conclui-se que a diáde memória/promessa possui uma contraface negativa. Isto é, a identidade coletiva – nessa dissertação, proposta a partir da lente analítica que é o aparato teorético de Michel Rosenfeld e Paul Ricoeur – tem relação com a ameaça de constitutivos negativos diagnosticados como o esquecimento (para a memória) e a traição (para a promessa). A partir disso, restou ao pesquisador observar como essa característica é gestada quando a retórica holística da identidade constitucional é modulada sob influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos – empreitada até então carente nos estudos acadêmicos nacionais. Antes disto, con quanto, a pesquisa diagnosticou que a construção de uma identidade constitucional requer negociar convergências e divergências para construir uma narrativa coerente que seja pontuada por um conjunto de iterações democráticas e que permita uma medida suficiente de singularidade à proporção que se dá o suficiente espaço de influência à alteridade.

Essa leitura *in abstracto*, no entanto, provou-se insuficiente para um entendimento real dos paradoxos e limitações de um processo de (re)construção da angulação jurídica de uma identidade coletiva. Assume o pesquisador, pois, a ideia de que a identidade constitucional funciona entre um eixo sincrônico de unificação (estabelecimento de similaridades e equivalências, ampliando a aplicação da norma de modo a albergar mais sujeitos de direito) e outro diacrônico de diferenciação (contextualização e restrição da norma, valorizando as singularidades e limitando direitos constitucionais) precisa ser temperado pela consideração de forças exógenas ao Direito, bem como de contingências

históricas e sociais que variam no tempo e espaço (*i.e.*, cada país tem uma experiência própria de construção e reconstrução identidade constitucional).

Daí, defende-se que a identidade constitucional será, em última análise, um conceito relacional e contingente. A identidade constitucional é relacional, pois é um atributo que só é mantido em relação a um terceiro sujeito à inclusão ou exclusão. Será, ainda, contingente, pois essa abertura à alteridade poderá dar-se ou não, dependendo sua ocorrência (a) da proficiência de tal relação à materialidade do sujeito constitucional e sua aproximação ao *ethos* pluralista e (b) de casuísticos históricos ou movimentos políticos que estimulam a reconstrução constitucional. Essa alteridade passível de inclusão, no mais das vezes, será interna à comunidade política, ocupando o Outro a condição dos microcosmos sociais da comunidade política que, por condições históricas de subordinação e opressão não ingressaram a princípio no esquadro constitucional. No entanto, poderá ser também um Outro externo – um discurso jurídico gestado no âmbito internacional.

Logo, conclui-se que, ao conciliar expressões identitárias divergentes dentro de um espectro constitucional unívoco, o *self* contribui na formação de uma identidade que toma o Outro como referencial, transcendendo sua própria subjetividade para estabelecer uma constituição que reflete um pluralismo normativo abrangente, que respeita tanto os pré-compromissos consolidados pelo constituinte originário, quanto as cognições sociojurídicas que se apresentam ao *self* no curso de sua evolução. Consequência disto é a edificação de uma identidade constitucional coesa (identidade-idem), mas aberta a iterações, mutações e ampliações em prol do aprimoramento juspolítico da comunidade (ipseidade). O êxito dessa reconstrução perpassa pela movimentação satisfatória das instituições e organizações estatais, conduzindo a narrativa jurídico-político segundo a diáde memória/promessa – lembrar e institucionalizar lutas e pleitos do passado e cumprir os compromissos legados em forma de norma constitucional.

A reconstrução se daria, assim, por heteroidentificação, mediante processos através dos quais a comunidade política introjeta uma imagem oferecida de fora. Adota-se a alteridade para construir uma singularidade, pois é precisamente no Outro que se encontram similitudes necessária ao erigir de uma unidade. O Outro vê aquilo que o *self* não vê e pode narrar a constituição de uma forma a recrudescer sua teleologia pluralista e democrática, reafirmando uma promessa e valorando lutas e pleitos do passado. Portanto, somente faz sentido pensar a identidade constitucional dentro de uma “estrutura diferencial” e de uma política de reconhecimento, onde o *self* coletivo forja, por inclusão

e negação de expressões identitárias outras, um substrato jurídico que o identifica como um sujeito (*subject-matter*) coeso e decorrente de relações de reconhecimento e de deliberação pública.

Na realidade latino-americana de transição à democracia e constitucionalização, não escutar as narrativas das vítimas do passado e alijar dos espaços de construção e transformação da identidade constitucional memórias indispensáveis ao erigir de uma comunidade democrática é exemplo profícuo de como excluir injustamente o Outro equivale a abusar desse dever social de memória. A pesquisa, conquanto, diagnostica que eventuais falhas no processo de reconstrução de identidade constitucional dada a não ausculta de vítimas do passado, poderá ser corrigida pela apropriação do discurso jurídico internacional – que no âmbito latino-americano encontra cristalização na figura da CtIDH. Isto se dá, pois o discurso jurídico materializado na jurisprudência CtIDH se estrutura como receptáculo transnacional de lutas por emancipação e reconhecimento, de modo a constituir-se como ferramenta jurídica internacional da política da diferença e de ausculta de narrativas não-hegemônicas, das vítimas e grupos em situação de vulnerabilidade.

Desta forma, a inclusão do discurso jurídico interamericano (norma de decisão produto da interpretação evolutiva da CADH) ao esquadro jurídico-constitucional viabiliza a contenção na agenda política do país de pautas diferenciais de grupos em situação de vulnerabilidade, impulsionadas por denúncias à CIDH e condenações perante a CtIDH. A escolha por investigar a transnacionalização da identidade constitucional brasileira serviu, então, satisfatoriamente ao propósito de situar a identidade constitucional no campo relacional do processo transnacional – aqui tomado como rota de fuga aos erros e insucessos de reconstrução intergeracional da identidade constitucional. Pelo recuo histórico que transpassa o processo constitucional brasileiro pode-se perceber, então, as narrativas silenciadas e exaltadas quando da (trans)formação de nossa identidade constitucional.

Enquanto os capítulos 1 e 2 se ocupam de assentar e defender – a partir da apropriação de técnica de pesquisa de *concept formation* – essa proposta teórica, o termo final desta dissertação traz esses debates ao plano prático, recorrendo à análise de conteúdo e levantamento e análise documental para exemplificar e atestar os argumentos construídos. O capítulo final buscou, pois, responder às indagações: no trajeto narrativo proposto a contar de 1988, a constituição fecha o ciclo da promessa transnacional ou se abstêm, confirmando a hipertrofia de um horizonte de expectativa que nunca é alcançado? Que

obstáculo se interpõe no curso narrativo de nossa identidade constitucional? Isso permite observar que, quando comparado às experiências observadas no tópico 3.2, a controvérsia da anistia ganha, no Brasil, contornos distintos e seu atrito com o discurso jurídico interamericano tem efeito direto no insucesso da reconstrução da identidade constitucional legada pela constituinte de 1987/1988.

Da operacionalização dos conceitos propostos, conclui a pesquisa, assim, que a experiência brasileira peca tanto pelo esquecimento (não recordar, enquadrar e elaborar memórias do passado), quanto pela traição (não cumprir as promessas constitucionais, não garantir a concreção das expectativas sociais normatizadas pelo constituinte). É partindo desta conclusão que esse pesquisador argumenta que a sobrevida da anistia brasileira – garantida sobretudo pela ADPF 153 – é um dos principais empecilho à consolidação democrática, criando vazios de legalidade onde narrativas favoráveis ao autoritarismo vicejaram. Por tudo isso, expectativas sociais não são alcançadas, não compondo, portanto, a normativa constitucional. Consequentemente, a resposta institucional às vítimas da ditadura pela auscultação de suas memórias e, a partir daí, responsabilização judicial daqueles identificados como violadores de direitos humanos, não acontece. Preserva-se, assim, a impunidade do autoritarismo de antanho.

A lei de anistia brasileira, observou-se, é fruto de pretensões políticas de um governo que não ambicionava romper com o antigo regime – de forma a obstar uma possível reconstrução constitucional – e de uma cultura jurídico-institucional ainda afeita ao continuísmo autoritário. A promulgação de uma lei de anistia no Brasil, portanto, mostrou-se mais eficaz aos integrantes do aparato de repressão do que aos perseguidos políticos e excluía do alcance da anistia – em seu art. 1º, § 2º - os opositores políticos do regime autoritário condenados por crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Será, portanto, graças à sobrevida da narrativa da “anistia como necessário pacto político”, que a identidade constitucional formada em 1987/1988 apresentaria resquícios do passado tão difíceis de serem superados, especialmente porque salvaguardam interesses e privilégios de uma elite política.

Eclipsado nestas particularidades jurídicas e políticas que envolvem a Lei n. 6.683/1979, o STF decidiu, por 7 votos a 2, pela improcedência da ADPF 153, determinando, portanto, a recepção constitucional da controversa anistia brasileira. A análise das circunstâncias fáticas que orbitam o julgamento dos casos paradigmáticos que compõem o objeto de estudo ajuda a evidenciar que a criação de óbices normativos e exegéticos à responsabilização dos crimes contra os direitos humanos sofre influência

direta de variáveis contextuais que se desenvolvem durante e após o período autoritário e que definem como o discurso jurídico se comporta. Aqui, o afastamento do STF em relação ao discurso jurídico interamericano, atesta a interferência daquilo que já se chamou nos estudos constitucionais de “fatores reais e efetivos do poder” – materializados aqui em atores políticos e interesses do passado que subsistem e coexistem com a recém-criada democracia constitucional.

Logo, a criação de leis de anistia e a reafirmação de sua pretensa legalidade em tribunais constitucionais são reflexos de um discurso jurídico construído ao longo do período ditatorial que transborda o momento de consolidação democrático, alcançando as estruturas das novas instituições e funcionando como antolhos hermenêutico à atuação judicante dos tribunais. Firma-se, assim, no âmbito da consolidação democrática do Brasil uma preocupação de justificar o *status quo* pré-constitucional, permitindo que traços das identidades deixadas de fora da identidade constitucional se esgueirariam de volta ao *corpus* constitucional, como um subproduto da interpretação e da elaboração das normas constitucionais.

Pela análise dessa experiência brasileira tem-se a confirmação de que o processo de reconstrução da identidade constitucional é moldado pela troca dinâmica de forças opostas de assimilação e diferenciação que resultam em decisões sobre a distância normativa entre *self* e *other*. Assim, conforme defendido nesta dissertação, o grau de aproximação *self/other* irá variar a depender do contexto (variável contextual de natureza política ou social, *e.g.*) e do assunto (matéria discutida em sede legislativa ou hermenêutica). No caso brasileiro, a experiência e reafirmação da legalidade da lei de anistia pelo STF confirma, assim, um processo de democratização onde as estruturas básicas da sociedade não aperfeiçoaram um equilíbrio estável das forças democráticas. A transnacionalização da identidade constitucional, logo, não encontrou contexto favorável e não pode se colocar como rota de fuga à identidade constitucional construída em 1987/1988.

A experiência brasileira induz, portanto, à constatação de que a identidade constitucional de um Estado em contexto de transição à democracia envolve tanto o recrudescimento da singularidade nacional, como também o rompimento com o passado, a sua distinção em relação ao Outro e a gradativa abertura à arena internacional. Nestas transições político-jurídicas, portanto, a construção da identidade não pode ser descrita por *uma* dimensão da formação da identidade. Pelo contrário, o processo de (re)construção da identidade coletiva em sua angulação jurídica – especialmente quando

considerado o plano internacional – é moldado por motivações complexas, envolvendo múltiplos atores e atrizes, interesses políticos e casuísticos institucionais que variam no curso do tempo histórico da comunidade política.

As narrativas políticas e sociais que adensam e refazem a identidade constitucional, ainda assim, estarão em movimento enquanto a luta por reconhecimento de múltiplos sujeitos de direito estiver operando. Em paralelo, enquanto portadora de uma identidade constitucional aberta e densamente povoada de promessas, a Constituição Federal de 1988, a despeito de sua atual condição simbólico-ideológica, poderá no futuro – assim que encontradas as condições políticas e sociais para a concretização da normativa constitucional – se reconstruir em termos de definitiva ausculta da narrativa das vítimas do passado, dos atores e atrizes sociais que sempre estiveram em situação de vulnerabilidade. No âmbito do direito brasileiro a hipertrofia do horizonte de expectativas constitucionais não é, pois, uma condição *ad aeternum*, posto que a identidade constitucional legada pela constituinte de 1987/1988 é programática e dinâmica.

Importa recordar, o *self* coletivo nunca se coloca de uma vez no ato de fundação de uma nação, de um regime político ou de qualquer organização social formal, tratando-se, em verdade, de um processo contínuo de autoidentificação e reconhecimento. O processo de criação da constituição é *um* momento constitucional dentro da cadeia de atos de reflexão e referência a si e ao Outro que conformam e consolidam a ideia de direito que organiza juridicamente a comunidade. Portanto, qualquer “impopularidade” ou falha de reflexividade social do fenômeno constitucional poderá ser resolvida concebendo à identidade uma permanência construtiva – ou seja, entendendo o texto constitucional como um processo constituinte em curso, que se prolonga através das gerações, se corrige e se amplia.

Isto, claro, é apenas uma hipótese teórica que a investigação jusfilosófica do pensamento de Paul Ricoeur e Michel Rosenfeld parecem tornar plausível e que a observação da experiência brasileira permite confirmar. Ao que não se pode escapar, no entanto, é que a identidade coletiva abstraída deste estudo será sempre um espaço de confronto, pois firmar um *self* é invariavelmente apontar excluídos. O que essa pesquisa procurou evidenciar, portanto, é como essa exclusão não se dá ao acaso, sendo no mais das vezes deliberada e controlada. Logo, o paradoxo intergeracional da identidade constitucional é ser o *self* o agente que induz a própria transformação. Isto é, os agentes que viabilizam uma aquisição evolutiva à identidade constitucional são os mesmos que promovem a disruptão do *ethos* pluralista e o desfazimento de qualquer possibilidade de

visualizar no fenômeno constitucional uma identidade que, por cumprir suas promessas, confirma-se como democrática, pluralista e justa.

A reconstrução da identidade constitucional é, pois, uma empreitada não linear, sujeita a reafirmação de erros do passado, recuos e estagnações. Assim, em uma ocasião de instabilidade e erosão democrática (como no Brasil atual) importa sempre observar quais narrativas jurídicas e políticas se continuam, respaldadas pelo discurso constitucional, e quais serão pelas institucionalidades defenestradas dos espaços públicos. A discussão da anistia ainda está em aberto no Brasil e o país é parte em contenciosos internacionais perante a CtIDH. Logo, democracia e justiça ainda se colocam como um por vir, o que significa que há ainda no Brasil um comprometimento em relação à democracia e um entendimento de que as promessas constitucionais firmadas em 1987/1988 são irredutíveis. Se esquecimento e traição definem *hoje* a identidade constitucional brasileira, cabe às institucionalidades democráticas do presente criar as condições para que a identidade constitucional de amanhã não assim se defina.

A natureza hercúlea da tarefa não exclui sua imperiosidade e a certeza de possíveis insucessos não a podem reprimir. É precisamente a perspectiva de concreção das promessas no futuro que encaminham a democracia como desaque de um passado que não se pode presentificar, sob pena de atestação de uma identidade coletiva que é mesmice sem ipseidade.

REFERÊNCIAS

- ABEL, Olivier. **Paul Ricœur**: a promessa e a regra. Lisboa: Istituto Piaget, 1990.
- ABRAHAMSON, Shirley; FISHER, Michael J. All the World's a Courtroom: Judging in the New Millennium. **Hofstra L Rev**, v. 273, n. 26, 1997.
- ABRAMOVICH, Victor. Autonomía y subsidiariedad: el sistema interamericano de derechos humanos frente a los sistemas de justicia nacionales. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El derecho en América Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Madrid: Siglo veintiuno grupo editorial, 2011. p. 211-230.
- ACKERMAN, Bruce. **We the People**: foundations. London: The Belknap press of havard university press., 1991.
- ACUNHA, Fernando José Gonçalves; BENVINDO, Juliano Zaiden. Juiz e historiador, direito e história: uma análise crítico-hermenêutica da interpretação do STF sobre a lei de anistia. **Revista NEJ – eletrônica**, v. 17, n. 2, p. 185-205, 2012.
- ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.
- ALBERT, R. Como normas constitucionais não escritas mudam Constituições escritas. **Revista Publicum**, v. 2, n. 2, p. 9-44, 2016.
- ALBERT, R. **Constitutional Amendments**: making, breaking and changing constitutions. New York: Oxford University Press, 2019.
- ALBERTUS, Michael; MENALDO, Victor. The Stickness of ‘bad’ institutions: Constitutional continuity and change under democracy. In: BRINKS, Daniel M.; LEVITSKY, Steven; MURILLO, María Victoria (ed.). **The Political of Intitutional weakness in latin america**. London: Cambridge University Press, 2020. p. 61-97.
- ALBERTUS, Michael; MENALDO, Victor. **Authoritarianism and the elite origins of democracy**. London: Cambridge University Press, 2018.
- ALMEIDA, Eneá de Stutz (org.). **Justiça de Transição e Democracia**, Bahia: Ed. Soffia, 2021.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. **10 lições sobre Carl Schmitt**. Petrópolis: Editora Vozes, 2021.
- ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2003.
- ANDERSON, B. **Comunidades imaginadas**: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

- APPIAH, Kwame Anthony. **The Ethics of identity**. New Jersey: Princeton University Press, 2005.
- ARAGONESES, Alfons. La memoria del derecho: la construcción del pasado em los discursos jurídicos. In: BRUTTI, Massimo; SOMMA, Alessandro (ed.). **Diritto: storia e comparazione – nuovi propositi per um binomio antico**. Frankfurt: Max Planck Institute por European Legal History, 2018. p. 5-30.
- ARANGO, José Pedro Aguirre. La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. **Revista de Derechos Humanos**, Guatemala, v. V, n. 8, p. 73-97, 2007.
- ARATO, Andrew. Construção constitucional e teorias da democracia. **Rev. Lua Nova**, n. 42, p. 6-51, 1997.
- ARDITI, Benjamin. El reverso de la diferencia. In: ARDITI, Benjamin (ed.). **El reverso de la diferencia: identidad y política**. Venezuela: Colección Nubes y tierra, 2000. p. 86-124.
- ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. São Paulo: Gen – Forense Universitária, 2020.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia de Bolso, 2017.
- ARENDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2011.
- ASSEMBLEIA DE MINAS GERAIS. **Documentário “Na Lei ou na Marra”** (vencedor do Prémio Vladimir Herzog). Youtube, 1 de outubro de 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=eiZW-5BOeqg>. Acesso em: 10 out. 2022.
- ASSMAN, J. **Cultural Memory and early civilization**: writing, remembrance and political imagination. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentacion Jurídica**. Madrid: Ed. Trotta, 2013.
- AVRITZER, Leonardo. **O pêndulo da democracia**. São Paulo: Todavia ed., 2019.
- AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira**: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Biblioteca Digital – Câmara dos Deputados, 2012.
- BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 2, p. 1113-1142, 2017.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2011.

BARROS, M. A. O estado pós-positivista: uma análise a partir das perspectivas construtivista e pós-estruturalista das Relações Internacionais. **Estudos Internacionais: Revista De relações Internacionais Da PUC Minas**, v. 5, n. 1, 5-24, 2017.

BARROS, Isabela Maria Pereira; BRUZACA, M. T. Justiça de transição e diálogo transjudicial: breve estudo da interamericanização do discurso jurídico da CtEDH em Lexa v. Slovakia e Margus v. Croatia. In: PEIXOTO, Arnelle Rolim; ABRANTES, Vinicius Villani (org.). **Diálogos entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos do Homem**. São Paulo: Editora Thoth, 2022. p. 22-42.

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. especial, p. 23-50, 2015.

BEDERMAN, David J. **Globalization and International Law**. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

BELAUNDE, Domingo García. Los vaivenes del constitucionalism latinoamericano en las últimas décadas. **UNED Revista de derecho político**, n. 89, p. 391-412, 2014.

BELLO, Enz *et al.* O fim das ilusões constitucionais de 1988? **Revista Direito e Práx**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769-181, 2019.

BENHABIB, Seyla. **Another Cosmopolism**. Nova York: Oxford University Press, 2006.

BENTIVOGLIO, Júlio. A história conceitual de Reinhart Koselleck. **Dimensões: Revista de História da UFES**, Vitória, v. 24, p. 114-134, 2010.

BERNARDES, Marcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Esfera Pública Transnacional – Aspectos Jurídicos e Políticos da Implementação de Decisões Internacionais. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 135-152, 2011.

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.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Pelos becos da memória: reflexões sobre identidade constitucional brasileira. In: CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza; ALVES, Candice Lisboa; PAULA, Rodrigo Franscisco (org.). **Entrelinhas: a construção narrativa nos 30 anos da Constituição**. Belo Horizonte: Editora Arrais, 2018. p. 213-224.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Cultura Constitucional**. 2016, 394 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Elemento vital e garantia interna da Constituição:

vontade de constituição, sentimento constitucional e patriotismo constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 59, p. 450-490, 2021.

BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem Jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BON, P. La identidade nacional o constitucional: una nueva noción jurídica. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 100, p. 167-188, 2014.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso De Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

BRAGA, Pablo de Rezende Saturnino. Democratização, política externa e direitos humanos: uma releitura do caso brasileiro. **Rev. Carta Inter.**, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 185-207, 2020.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos diz coloniais na análise do novo constitucionalismo Latino-americano. In: BELLO, Enzo; VAL, Eduardo Manuel (ed.). **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: EDUCS, 2014. p. 11-25.

BRANDES, Hostovsky. International Law in domestic courts in an era of populisms. **Jean Monnet Working Paper** 10/17, 2017.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **Teoria Geral do Direito Internacional Público**. 2020. v. I. Disponível em: <https://www.kas.de/pt/einzeltitel/-/content/curso-de-direito-internacional>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153**. Relator Ministro Eros Grau. Inteiro teor do acórdão.

BROOKS, Thom. **Hegel's Political Philosophy**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007.

BRUGLIATELLI, Vereno. Axel Honneth e paul Ricœur su identità personale e lotta per il riconoscimento. **Perspectivas e diálogos: revista de história social e práticas de ensino**, v. 1, n. 5, p. 12-23, 2020.

BRUGLIATELLI, Vereno. **Potere i Riconoscimento in Paul Ricœur: Per un'etica del superamento dei conflitti**. Trento: Collana “Orizzonti”, 2012.

BRUZACA, M. T. A transnacionalização da identidade constitucional na América Latina: porque não uma identidade interamericana dos direitos humanos no Brasil pós-1988? **Rev. Brasileira de Teoria Constitucional**, Florianópolis, v. 7, n. 2, p. 52-72, 2021.

BRUZACA, M. T. Interação transjudicial no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: O silêncio entre cortes na ADPF153 e suas consequências para consolidação democrática. **Anais do IV Congresso Internacional De Direitos Humanos De Coimbra: Uma Visão Transdisciplinar**, p. 461-474, 2020.

BRUZACA, M. T. Limites ao discurso jurídico internacional sobre leis de autoanistia: notas a partir da experiência uruguaia. In: SOUSA, Monica Teresa Costa; BRUZACA, Ruan Didier (org.). **Temas Emergentes no Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Paco, 2022. p. 55-77.

BUBER, Martin. **I and Thou**. Edinburg: T & T Clark, 1997.

BUCHANAN, Allen. The Legitimacy of International Law. In: BESSON, Samantha; TASIOULAS, John (org.). **The Philosophy of International Law**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 79-96.

BUCHANAN, Allen; KEOHANE, Robert, **The Legitimacy of Global Governance Institutions**. Ethics and International Affair, 2006.

BULL, Hedley. **The Anarchical Society**: A study of orden in world politics. New York: Palgrave Macmillan, 2012.

BURDEAU, George. **O Estado**. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2005.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **El Sistema Interamericano de Protección de Los Derechos Humanos**: Entre clasicismo y creatividad. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01744311>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BURORGUE-LARSEN, L. (org.). **L'identité constitutionnelle saisie par les juges en europeu**. Paris: Pedone Editions, 2011.

CALABRIA, Carina. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Rev . Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1286-1355, 2017.

CALABRIA, Carina. **The efficacy of the Inter-American court of human rights**: a socio-legal study based on the jurisprudence of the Inter-American court of human rights concerning amnesty laws, indigenous rights and rights of detainees. 2018, 267 f. Tese (Doutorado) - University of Manchester, Manchester, 2018.

CAMARA, Heloisa Fernandes. **STF na ditadura militar brasileira**: um Tribunal adaptável? 2017, 277 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

CAMPOS, German J. Bidart. **Teoría General de los Derechos Humanos**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

CANDAU, J. **Memória e Identidade**. São Paulo: Editora Contexto, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição do Brasil de 1988 – instrumento de proteção das diferenças entre o direito e a política. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. **Assembleia nacional constituinte de 1987-1988: Análise crítica.** São Paulo: Ed Saraiva, 2018. p. 17-38.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Ed. Almedina, 2010.

CAPUCIO, Camilla. A fragmentação do Direito Internacional: Entre o discurso e a realidade do sistema jurídico internacional. **Rev. Fac. Dir. Univ. São Paulo**, v. 11, jan./dez. 2016.

CARBONNIER, Jean. **Sociologia Jurídica.** Madrid: Ed Tecnos, 1982.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

CARVALHO, Flávio José de. **A constituição da subjetividade em Cornelius Castoriadis:** a relação psique e sociedade. 2002, 143 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick. 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.

CARVALHO NETTO, Menelick. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. In: SAMPAIO, José Adécio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163./

CARVALHO NETTO, Menelick. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. **Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão**, n. 9, p. 5-50, jan./dez. 2002.

CARLUCCI, Michele. Limites à mutação constitucional: entre circulação dos argumentos e moderação militantes. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de. (Org.). **Mutação Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p.363-407.

CASONI, Laura Freitas; PERUZZO, Pedro Pulzatto. Contribuições da Corte Interamericana de direitos humanos sobre violência contra a mulher: uma análise jurisprudencial. **RDP**, v. 18, p. 94-122, 2021.

CASTORIADIS, Cornelius. **The Imaginary institution of society.** Massachusetts: MIT Press Cambridge, 1998.

CASTRO, Giovane Michelon de. **Direitos humanos e política externa Brasileira:** um diálogo com o sistema Interamericano. 2013, 142 f. Dissertação (Mestrado) - Programa

de Pós-Graduação em e relações internacionais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013.

CAVALLARO, James; BREWER, S. E. Reevaluating regional human rights litigation in the 21st century: The case of the IACRH. **American Journal of International Law**, v. 102, n. 4, p. 821, 2008.

CERQUEIRA NETO, José Nunes de. **A inércia da tradição**. Brasília: Ed. Colenda, 2022.

CHAI, Cassius Guimarães. Análise das doutrinas do “mootness” e do “ripeness” no direito norte-americano e as nocividades para uma democracia entre livres e iguais decorrentes da distinção ontológica entre um controle concreto e abstrato de constitucionalidade. **Revista do Minist. Públ. Est. MA.**, São Luís, n. 13, jan./dez. 2006.

CHAI, Cassius Guimarães. **Descumprimento de preceito fundamental**: Identidade Constitucional e vetos à democracia. Minas Gerais: Editora Mandamentos, 2004.

CHAMBERLAIN, C. What Am I? Descartes's Various Ways of Considering the Self. **Journal of Modern Philosophy**, v. 2, n. 1, 2020.

CHANG, Wen-Chen. Back into the political? Rethinking judicial, legal and transnational constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, v. 17, n. 2, p. 453-460, 2019.

CHANG, Wen-Chen; CHU, Shirley Chi. Taking global constitutionalism seriously: a framework for discourse. **National Taiwan University Law Press**, v. 11, n. 2, p. 383-426, 2016.

CHAYES, Abram; CHAYES, Antonio Handler. **The New Sovereignty**: compliance with international regulatory agreements. Massachusetts: Havard University Press, 1995.

CHEIBUB, A. **Presidentialism, Parliamentarism and Democracy**. New York: Cambridge U. Press, 2007.

CLAVERO, Bartolomé. **Derecho Global**: Por uma história verosímil de los derechos humanos. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

COHEN, Joshua. SABEL, Charles F. **Global Democracy**. Columbia Law School Scholarship Archive, 2005.

COLON-RIOS, Joel. The legitimacy of the juridical: constituentpower, democracy and the limits of constitutional reform. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 48, n. 2, 2010.

COLON-RIOS, Joel. What is a constitutional transition. **Victoria University of Wellington Legal Research Papers**, v. 98, n. 19, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. E agora, Brasil? **Folha de S. Paulo**, 3 mar. 2008. (Tendências e debates, p. 3).

CORBO, Wallace. Filosofia Constitucional e Teoria Do Reconhecimento: Entre o Direito Constitucional Ao Reconhecimento e o Constitucionalismo Do Reconhecimento. **Rev. da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, p. 1-35, 2018.

COSTA, António Manuel de Almeida. **O funcionalismo sistémico de N. Luhmann e os seus reflexos no universo jurídico**. São Paulo: Editora Almedina, 2018.

COSTA JÚNIOR, Ernane Salles da. O imaginário político no discurso constitucional: uma leitura da articulação entre ideologia e utopia no pensamento de Paul Ricoeur . **PERI Revista de Filosofia**, v. 6, n. 2, p. 51-75, 2014.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais (RBCS)**, v. 21, n. 61, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala**. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, n.º 63.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, n.º 79.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, n.º 114.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia**. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, n.º 134.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú**. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, No. 54.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **La Cantuta Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Barrios Altos Vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Gelman Vs. Uruguay.** Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú. Solicitud de Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.** Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de abril de 2022.

COLLIER, David; MAHON, James E. Conceptual “Stretching” Revisited: Adapting Categories in Comparative Analysis. **American Political Science Review**, v. 87, n. 4, p. 845–55, 1993.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo.** Curitiba: Editora Juruá, 2016.

DELLA-ROSA, Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional.** Curitiba: Ed. Landy, 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofia del derecho.** Barcelona: Bosch Casa editorial, 1984.

DERRIDA, Jacques. **Força da Lei.** São Paulo: WMF Editora, 2018.

DERRIDA, Jacques. **Gramatologia.** São Paulo: Ed. Perspectiva, 2017.

DERRIDA, Jacques. **Margens da Filosofia.** São Paulo: Papirus Editora, 1991.

DESLANDES, S. F.; CRUZ NETO, O.; GOMES, R.; MINAYO, M. C. S. (org.). **Pesquisa Social:** teoria, método e criatividade. 34. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

DIAMOND, Larry; LINZ, Juan J. **Democracy in Developing countries:** Latin America, Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1989.

DIXON, Rosalind. Amending Constituting Identity. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper**, n. 332, 2010.

DUBAR, Claude. **A crise das identidades:** a interpretação de uma mutação. São Paulo: Edusp, 2009.

DUBAR, Claude. Polifonia e metamorfose da noção de identidade. **Especiarias – Cadernos de Ciências Humanas**, v. 12-13, n. 22-23, p. 335-356, 2010.

DUBOUT, Edouard. L’identité constitutionnelle de la France. **Revue française de droit constitutionnel.** n. 83, p. 451-482, 2010.

DUFFY, Maria. **Paul Ricoeur’s pedagogy of pardon:** a narrative theory of memory and forgetting. London & New York: Continuum, 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**, v. 1, n. 2, 2007.

EDER, Klaus. Identidades coletivas e mobilização de identidades. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 18, n. 53, 2003.

ELSTER, Jon. Forces and mechanisms in the constitution-making process. **Duke Law Journal**, v. 45, n. 2, p. 364-396, 1995.

EZZY, Douglas. Theorizing narrative identity: symbolic Interactions and hermeneutics. **The Sociological Quarterly**, v. 39, n. 2, p. 239-252, 1998.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista del multiculturalism a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El derecho en américa Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Madrid: Siglo veintiuno grupo editorial, 2011. p. 139-160.

FALBO, Ricardo Nery. **Crítica da sociologia do sujeito**: o acionalismo de Alain Touraine em questão. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2017.

FAORO, R. **A República em Transição**: poder e direito no cotidiano da democratização brasileira (1982-1988). São Paulo: Ed. Record, 2018.

FAORO, R. **A República Inacabada**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2022.

FARAGUNA, Pietro. Taking constitutional identity away from the courts. **Brooklyn journal of international law**, v. 41, n. 2, p. 492-578, 2016.

FARIA, José Eduardo. **O Brasil Pós-constituinte**. São Paulo: Ed. Graal, 1989.

FASSBENDER, Bardo. Rediscovering a forgotten constitution: notes on the place of the UN Charter in the International Legal Order. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. **Ruling the world?** Constitutionalism, International Law and Global Governance. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 133-148.

FASSBENDER, Bardo. ‘We the people of the United Nations’: constituent power and constitutional form in international law. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (org.). **The Paradox of constitutionalism**: constituent power and constitutional form. London: Oxford University press, 2007. p. 269-290.

FAUSTO, Boris; DEVOTO, Fernando J. **Brasil e Argentina**: um ensaio de história comparada (1850-2002). São Paulo: Editora 34, 2004.

FERREIRA, Jorge. **A democracia no Brasil (1945-1964)**. São Paulo: Atual Editora, 2006.

FICO, Carlos. **O Golpe de 1964**; momentos decisivos. São Paulo: FGV de Bolso, 2010.

FIERKE, K. Constructivism. In: DUNNE, Tim; KURKI, Milja; SMITH, Steve (ed.). **International Relations Theories**: Discipline and Diversity. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 187-204.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. **Democracia ou reforma?** Alternativas democráticas à crise política (1961-1964). São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1993.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no Direito Internacional: *jus cogens* e metaconstitucionalismo.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

FIORAVANTI, M. Le dottrine della costituzione in senso materiale. **Historia Constitucional**, n. 12, 2011.

FIORAVANTI, M. **Constituzionalismo:** percorsi della storia e tendenze attuali. Roma: Editora Laterza, 2009.

FISHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions: the vein search for legal unity in the fragmentation of global law. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 2, p. 999-1045, 2004.

FLORES, Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FORST, Rainer. **Justificação e crítica:** perspectivas de uma teoria crítica da política. São Paulo: Ed. Unesp, 2018.

FORST, Rainer. **Normativity and Power:** Analyzing social orders of justification. New York: Oxford University Press, 2017.

FORST, Rainer. **The right to justification:** Elements of constructivist theory of justice. New York: Oxford University Press, 2007

FRASER, Nancy. **Scales of Justice:** reimagining political space in a globalizing world. New York: Columbia University Press, 2010.

GAGNEBIN, Jeanne Marie. **Lembrar, Escrever, Esquecer.** São Paulo: Editora 34, 2006.

GALAIN, Pablo Palermo. El proceso de justicia de transición en Uruguay. In: TOSI, Giuseppe (org.). **Justiça de transição:** direito à justiça, à memória e à verdade. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014. p. 33-44.

GALINDO, Bruno. Constitucionalismo e Justiça de Transição: Em busca de uma metodologia de análise a partir dos conceitos de autoritarismo e democracia. **Revista Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 75-104, 2015.

GALLIE, W. B. Art as an Essentially Contested Concept. **The Philosophical Quarterly**, v. 6, n. 23, p. 167-198, 1956.

GARDBAUM, S. Human Rights and International Law. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. **Ruling the world? Constitutionalism, International Law and Global Governance.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 233-257.

GARGARELLA, R. Sobre el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’. **Revista Uruguaya de Ciencia Política**, v. 27, n. 1, p. 109-129, 2018.

GARGARELLA, R. **Latin American Constitutionalism, 1810-2010**: the engine room of the constitutions. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GARRETÓN, Manuel Antonio; GARRETÓN, Roberto. La democracia incompleta en chile: la realidad tras los rankings internacionales. **Revista de Ciencia Política**, v. 30, n. 1, 2010, p. 115-148.

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.

GINSBURG, Tom; SHAFFER, Gregory. A reviravolta empírica da doutrina do Direito Internacional. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. v. 2, n. 2, p. 192-235, jan. 2015.

DE GIORGI, Raffaele de. **Direito, Tempo e Memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GOMES, Daniel Machado; GUEDES, Maurício Pires. Self pontual, democracia e ética da autenticidade. **Revista Portuguesa de Filosofia**, v. 73, n. 1, p. 305-322, 2017.

GOMES, David F. L. “Sobre nós mesmos”: Menelick de Carvalho Netto e o Direito Constitucional brasileiro pós-1988. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 21, n. 36, jul./dez. 2019.

GOMÉZ, José Maria. Justiça de transição, humanitismo compassivo e ordem global liberal pós-guerra fria. In: ASSY, B.; MELO, Carolina de Campos; DORNELLES, João Ricardo; GOMEZ, José Maria (org.). **Direitos Humanos: Justiça, Verdade e Memória**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012. p. 261-289.

GONCALVES-NETO, José Umbelino; LIMA, Aluísio Ferreira de. Usos e significados de “self” e “identidade” em Mind, Self and Society. **Rev. Guillermo Ockham**, v. 15, n. 1, p. 43-50, 2017.

GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián. A implementação da sentença da corte Interamericana de direitos humanos na Argentina: uma análise do vaivém jurisprudencial da Corte Suprema de Justiça da Nação. **Revista Sur**, v. 8, n. 15, p. 115-227, 2011.

GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián. Complying (partially) with the compulsory judgments of the inter-American court of human rights. In: FORTES, Pedro; BORATTI, Larissa; LLERAS, Andrés Palacios; DALY, Tom Gerald (ed.). **Law and policy in Latin America**: transforming courts, institutions and rights. Palgrave Macmillan, 2017. p. 39-51.

GOUVÊA, Carina Barbosa; CASTELO BRANCO, Pedro H. V. **Populismos**. Belo Horizonte: Ed. Letramento, 2021.

GKOUTZIOULIS, A. Challenging the association of Hegel with political realism: the contribution of Hegel’s methodological insights to a critique of realism and a richer

understanding of war and statehood. **Journal of International Relations and Development**, v. 23, p. 970–995, 2020.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUBERT, Paulo Gilberto. O perdão difícil: Ricœur sobre a relação entre vingança, justiça e reconhecimento. **Dissertatio – Dossiê Ricœur**, v. 8, 2018.

HABERMAS, J. A constitucionalização do direito Internacional ainda tem uma chance? In: HABERMAS, J. **O Ocidente Dividido**. São Paulo: Ed. Unesp, 2017b. p.161-269.

HABERMAS, J. **A Inclusão do Outro**. São Paulo: Editora Unesp, 2017a.

HABERMAS, Jurgen. **Time and Transition**. Cambridge: Polity Press, 2006.

HABERLE, P. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, contribuições para a interpretação pluralista e procedural da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. São Paulo: Ed. Vertice, 1990.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2005.

HAN, Byung-Chul. **O que é o poder?** São Paulo: Ed. Vozes, 2019.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2021.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito**. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

HEGEL, G. W. F. **Filosofia do Direito**. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

HEIDEGGER, Martin. **Identidade e Diferença**. São Paulo: Vozes de Bolso, 2018.

HELLER, Herman. **Teoría del Estado**. México: Fondo de cultura económica, 2014.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho constitucional**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

HILLEBRECHT, C. **Domestic Politics and International Human Rights Tribunals**: the problem of compliance. Boston: Cambridge University Press, 2014.

HOLMES, Pablo. The rhetoric of ‘legal fragmentation’ and its discontents evolutionary dilemmas in the constitutional semantics of global law. **Utrecht Law Review**, v. 7, i. 2, 2011.

HOLMES, Pablo. Transnational constitutional pluralism, its promises and pitfalls. **Rev. Sequência**, n. 82, p. 61-91, 2019.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2017.

HONNETH, Axel. **The I in we:** studies in the theory of recognition. Malden: Polity Press, 2012.

HOPF, Ted. The Promise of Constructivism in International Relations Theory. **International Security**, v. 23, n. 1, 1998, p. 171-200.

HOSTMAELINGEN, Njal. Promoção e proteção dos direitos humanos a nível global e regional: compatibilidade ou incompatibilidade? In: SILVA, José Manzumba da; HOSTMAELINGEN, Njal (ed.). **Sistemas internacionais e nacionais de direitos humanos**. Lisboa: Edições Sílabo, 2017. p. 61-82.

HUME, David. **A treatise of human nature**. New York: Oxford University Press, 2007. v. 1.

HUNEEUS, A. Courts resisting courts: lessons from inter-american courts struggle to enforce human rights. **Cornell International Law Journal**, v. 44, n. 3, p. 1-43, 2011.

HUNTINGTON, Samuel. Democracy's Third Wave. **Journal of Democracy**, v. 2, n. 2, 1991.

HUSSERL, Edmund. **Cartesian Meditations:** an introduction to phenomenology. London: Martinus Nijhoff publishers, 1982.

HUTCHENS, Benjamin C. Ricœur's Rawls: Constitutive antecedence and reflective equilibrium. **Ricœur Studies**, v. 11, n. 1, p. 130-143, 2020.

INCLÁN, Silvia; INCLÁN, María. Las reformas judiciales en América Latina y las rendición de cuentas del Estado. **Perfiles Latinoamericanos**, n. 26, p. 55-82, 2005.

JACKSON, Vicki C. **Constitutional engagement in a transnational era**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

JACKSON, John H. Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. **American Society of International Law**, v. 86, n. 2, 1992.

JACOBSON, Gary. **Constitutional Identity**. Boston: Harvard University Press, 2010.

JANIS, Mark Weston. Jeremy Bentham and the Fashioning of 'International Law.' **The American Journal of International Law**, v. 78, n. 2, p. 405-418, 1984.

JANIS, Mark Weston. The Nature of Jus Cogens. **Faculty articles and papers, University of Connecticut School of Law**, p. 359-363, 1988.

JEFFERIES, Regina. Transnational Legal Process: An Evolving Theory and Methodology. **Brooklyn Journal of International Law**, v. 46, n. 2, 2021.

JESSUP, Philip C. **Transnational Law**. New Haven: Yale University Press, 1956.

JESSUP, Philip C. Transnational Law. In: TIETJE, Christian; BROUDER, Alan; KARSTEN, Nowrot (ed.). **Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht**. Halle: Heft 50, 2006. p. 45-52.

KECK, Margaret E.; SIKKINK, K. **Activists beyond borders**: advocacy networks in international politics. London: Cornell University Press, 1998.

KELLY, John M. **Uma Breve História da Teoria do Direito Ocidental**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **As relações sistemáticas entre o direito interno e o direito internacional público**. Brasília: UniCEUB, 2011.

KELSEN, Hans. **Principles of International Law**. New York: Rinehart & Company Inc, 1952. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015021919280&view=1up&seq=7&skin=2021>. Acesso em: 15 abr. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1999.

KIRSTE, Stephan. Constituição como início do Direito Positivo: A estrutura temporal das constituições. **Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito**, Recife, n. 13, UFPE, 2003.

KIRSTE, Stephan. O direito como memória cultural. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco. ano 8, n. 2, p. 125-143, jul./dez. 2008.

KLUG, Heinz. Constitution making and social transformation. In: LANDAU, David; LERNER, Hanna (ed.). **Comparative Constitution Making**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019. p. 47-68.

KOH, Harold. Transnational Legal Process. **Nebraska Law Review**, v. 75, p. 181-207, 1996.

KOH, Harold. Why Transnational Law Matters. **Penn State International Law Review**, v. 24, p. 745–53, 2006.

KOH, Harold. Why do nations obey international law? **Yale Law Journal**, v. 106, p. 2599-2659, 1997.

KOSKENNIEMI, Martti. Constitutionalism as mindset: reflections on Kantian theme about international law and globalization. **Theoretical inquiries in law**, v. 8, p. 9-36, 2007.

KOSKENNIEMI, Martti. **Global legal pluralism**: multiples regimes and multiple modes of thought. 2005. Disponível em: <https://researchportal.helsinki.fi/en/activities/global-legal-pluralism-multiples-regimes-and-multiple-modes-of-th>. Acesso em: 10 jul. 2022.

KOSSELECK, R. **Futuro Passado**: contribuições à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Ed. PUC Rio, 2006.

KOSSELECK, R. **Historias de conceptos**: estudios sobre semántica y pragmática del lenguaje político y social. Madrid: Editorial Trotta, 2012.

KRISCH, Nico. **Beyond Constitutionalism**: the pluralist structure of postnational law. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KUMM, Mattias. Beyond gold clubs and the judicialization of politics: why Europe has a constitution properly so called. **American Journal of comparative law**, v. 54, p. 505-530, 2006.

KUMM, Mattias. Constituent power, cosmopolitan constitutionalism, and post-positivism law. **Oxford University Press and New York University Scholl of Law**, v. 14, n. 3, p. 697-711, 2016.

KUO, Ming-Sung. (dis)embodiments of constitutional authorship: global tax competition and the crisis of constitutional democracy. **George Washington International law review**, v. 41, p. 181-242, 2009.

LACLAU, E. **Emancipação e Diferença**. Rio de Janeiro: Ed. Da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

LANDAU, David. Constitution-making gone wrong. **Alabama Law Review**, v. 64, n. 5, p. 923-980, 2013.

LASSER, Mitchel. **Judicial deliberation**: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy. New York: Oxford University Press, 2004.

LAW, David S.; VERSTEEG, Mila, The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism. **California Law Review**, v. 99, p. 1163-1254, 2011.

LEDESMA, Héctor Faúndez. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos**: aspectos institucionales y procesales. Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

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.

LEGALE. Siddharta. O que é a vida segundo as cortes constitucionais do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista publicum**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 222-244, 2016.

LEICHTER, David. Collective identity and collective memory in the philosophy od Paul Ricœur. **Études Ricoerriennes**, v. 3, n. 1, p. 114-131, 2012.

LESSA, Francesca. **Memory and transitional justice in Argentina and Uruguay**: against impunity. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

LESSA, Francesca *et al.* Persistent of eroding impunity? The divergent effects of legal challenges to amnesty law for past human rights violations. **Israel Law Review**, v. 47, n. 1, p. 105-131, 2014.

LEVIN, Jamie; MACKAY, J. A Hegelian realism constructivist account of war, identity and State formation. **Journal of International Relations and Development**, v. 21, p. 75-100, 2015.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. 1. ed. São Paulo: 70 Edições, 2008.

LEVI, Primo. **É isto um homem?** Rio de Janeiro: Editora Rocco, 1988.

L'HEUREUX-DUBE, Claire. The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court. **Tulsa Law Review**, v. 34. p. 1-27, 1998.

LINDAHL, Hans. A-Legality: Postnationalism and the question of legal boundaries. **The Modern law Review Limited**, v. 73, n. 1, p. 30-56, 2010.

LINDAHL, Hans. Constituent power and reflexive identity: toward a ontology of collective selfhood. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (org.). **The Paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form**. London: Oxford University press, 2007. p. 9-24.

LOCKE, John. **An essay concerning human understanding**. New York: Penguin Book, 1998.

LOPES, Dawisson Belem. **Política externa e democracia no Brasil**. São Paulo: Ed. Unesp, 2013.

LORENZETTO, Bruno; CLÈVE, Clémerson Merlin. Mutação constitucional e segurança jurídica: entre mudança e permanência. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 7, n. 2, p. 136-146, 2015.

LORENZETTO, Bruno; KOZICKI, Katya. Direito e Diferença: considerações constitucionais sobre o direita e a identidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 4, n. 2, p. 144-153, 2012.

LORENZETTO, Bruno. **Os caminhos do constitucionalismo para a democracia**. São Paulo: Arraes Editora, 2017.

LUCAS, Doglas Cesar. A identidade como memória biográfica do corpo e sua proteção jurídica: itinerários de um paradoxo. **Rev. Sequência**, n. 65, p. 125-154, 2012.

LUHMANN, N. El futuro como riesgo. In: LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Boston: De Gruyter, 2020. p. 79-96.

LUHMANN, N. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. p. 83-128.

LUHMANN, N. **La sociedad de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de; PONTES, Jean Rodrigo Ribeiro de. **Hans Kelsen e a prevalência do Direito Internacional**: um lugar para a *grundnorm*. Trabalho apresentado no XXIV Encontro Nacional do Conpedi – UFS, Direito Internacional, 2015, p. 331-347.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretacion conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latinoamericano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. Cap. 16, p. 549-651.

MACKINNON, Catharine. A. **Toward a feminist theory of the state**. Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 1991.

MADURO, Miguel Poiares. Courts and pluralism: essay on a theory on judicial adjudication in the context of legal and constitutional pluralism. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. **Ruling the world? Constitutionalism, International Law and Global Governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 356-379.

MALANCZUK, Peter. **Akehurst's modern introduction to international law**. New York: Routledge Ed., 1997.

MALKSOO, Maria. The transitional justice and foreign policy nexus: the inefficient causation of state ontology security-seeking. **International Studies Review**, v. 21, p. 373-397, 2019.

MALLINDER, Louise. **Amnesty, Human rights and political transitions**: bridging peace and justice divide. Portland: Hart Publishing, 2008.

MARRAMAO, Giacomo. Dopo babele. Per un cosmopolitismo della differenza. **Eikasia Revista de Filosofia**, año IV, n. 25, p. 39-56, 2009.

MARRAMAO, Giacomo. **Poder e secularização**. São Paulo: Editora Unesp, 1995.

MARTÍ, José Luis. Two different ideas of constitutional identity: identity of the constitution v. identity of the people. In: ARNAIZ, Alejandro Sáiz; ALCOBERRO, Carina (ed.). **National Constitutional Identity and European Integration**, Antwerp: Intersentia, 2013. p. 17-36.

MALARINO, E. Judicial activism, punitivism and supranationalisation: Iliberal and antidemocratic tendencies of the inter-american court of human rights. **International criminal law review**, v. 12, 2012, p. 665-695.

MARTINS FILHO, Antonio Colaço. **Direito e Memória**. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2022.

MARTINS, Roberto P. **Segurança Nacional**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1979.

MAUÉS, A. M. *et al.* Judicial dialogue between national courts and the Inter-American Court of Human rights: a comparative study of Argentina, Brazil, Colombia and Mexico. **Human Rights Law Review**, v. 21, p. 108-131, 2021.

MAUÉS, A. M. 30 anos de Constituição, 30 anos de reforma constitucional. **Revista Direito FGV**, v. 16, n. 1, 2019.

MAUÉS, A. M.; SANTOS, Élida Lauris dos. Estabilidade constitucional e acordos constitucionais: os processos constituintes de Brasil (1987-1988) e Espanha (1977-1978). **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, 2008, p. 349-388.

MAYER, Franz. Rashomon in Karlsruhe: A reflection on democracy and identity in the European Union – The German Constitutional Court’s Lisbon decision and the changing landscape of European constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, v. 9, n. 3-4, p. 757-785, 2011.

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.

MCGREGOR, Lorna. International law as a ‘tiered process’: transitional justice at the local, national and international level. In: MCEVOY, Kiera; MCGREGOR, Lorna (org.). **Transitional Justice from below**: grassroots activism and the struggle for change. Oxford and Portland, Oregon: Hart, 2008. p. 47-74.

MCKEE, Martin *et al.* Are Populist Leaders Creating the Conditions for the Spread of COVID-19? **International Journal of Health Policy and Management**, v. 10, n. 8, p. 511-515, 2021.

MEAD, George H. **Mind, self and society**: from the standpoint of a social behaviorist. Chicago: University of Chicago Press, 2015.

MEAD, George H. The mechanism of social consciousness. **Journal of Philosophy**, v. 9, v. 15, p. 401-406, 1912.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (org.). **Mutação Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 175-257.

MENKE, Christoph. **Critique of Rights**. London: Polity Press, 2020.

MERCER, K. Welcome to the jungle: identity and diversity in postmodern politics. In: RUTHERFORD, J. (org.). **Identity**: Community, culture, difference. London: Lawrence & Wishart Limited, 1990. p. 43-71.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Constitutional Erosion in Brazil**. New York: Hart Publishing, 2021.

MEZAROBBA, Glenda. Entre Reparações, Meias verdades e Impunidade: o Difícil rompimento com o legado da Ditadura no Brasil. **Sur – Rev. Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 7-25, dez. 2010.

MICHEL, Johann. Podemos falar de uma política do esquecimento? **Revista Memória em Rede**, Pelotas, v. 2, n. 3, p. 14-26, 2010.

MICHEL, Johann. Prefácio. In: RICŒUR, Paul; CASTORIADIS, Cornelius. **Diálogos sobre a História e o Imaginário Social**. São Paulo: Edições 70, 2016. p. 9-34.

MIGUEL, Luis Felipe; BOGÉA, Daniel. O Juiz Constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 35, n. 104, 2020.

MIRANDA, Jorge. Caducidade de normas constitucionais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (org.). **Mutação Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 279-292.

MONIKA, Polzin. constitutional identity, unconstitutional amendments in the idea of constituent power: development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, v. 14, n. 2, p. 411-438, 2016.

MOREIRA, Adilson José. Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural. **Revista. Direito & Práxis**, v. 8, n. 2, p. 830-868, 2017.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora contracorrente, 2020.

MORGENTHAU, H. J. International Law and International Politics: An Uneasy Partnership. Address by Hans J. Morgenthau. **Proceedings of the ASIL Annual Meeting**, v. 68, p. 331–334, 1974.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Passados presentes**: o golpe de 1964 e a ditadura militar. São Paulo: Ed. Zahar, 2021.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o Político**. São Paulo: Ed. WMF, 2015.

NAPOLITANO, Marcos. O golpe de 1964 e o regime militar brasileiro: apontamentos para uma revisão historiográfica. **Rev. Contemporânea – historia y problemas del siglo XX**, v. 2, n. 2, 2011.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF, 2018a.

NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: WMF, 2020.

NEVES, Marcelo. Del Transconstitucionalismo a la transdemocracia. **Revista General de Derecho Público Comparado**, n. 29, 2021

- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF, 2018b.
- NORTH, Douglass C. **Custo de Transação, instituições e desempenho econômico**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006.
- NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge University Press, 1990.
- NYE JR, Joseph; KEOHANE, Robert O. **Power and Interdependece**. Lomgman Classics, 2012.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; COSTA JÚNIOR, Ernane Salles da. Tempo da Constituição e ponte para o futuro: uma análise a partir da teoria crítica da aceleração social. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, 2021.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GOMES, David F. L. Transição e constitucionalismo: aportes ao debate público contemporâneo no Brasil. In: JUNIOR, José Geraldo de Sousa *et al.* **O direito achado na rua**, v. 7 – introdução crítica à justiça de transição na América Latina, 2015. p. 185-191.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Notas Programáticas Para Uma Nova História Do Processo De Constitucionalização Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, n. 51, p. 45-72, 2010.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; PATRUS, Rafael Dilly. O poder constituinte no Brasil pós-1964: contribuições à problematização da teoria do fenômeno constitucional no limiar entre constitucionalismo e democracia. **Revista Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 63, p. 529-548, 2013.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Poder constituinte e patriotismo constitucional**. Minas Gerais: Editora Mandamentos, 2006.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tempo cairológico da constituição e democracia sem espera**. 2009. Disponível em: https://www.academia.edu/36278123/Tempo_Cairol%C3%B3gico_da_Constitui%C3%A7%C3%A3o_e_Democracia_Sem_Espera_Vers%C3%A3o. Acesso em: 22 jul. 2022.
- ORTIZ, R. **Cultura Brasileira e Identidade Nacional**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.
- OSLÉ, Rafael Domingo. **¿Qué es el Derecho Global?** 6. ed. rev. e atual. Thomson Reuters Aranzadi, 2010.
- OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP: EDUSC, 2005.
- OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português: Identidade constitucional**. São Paulo: Ed. Almedina, 2010.
- PACHECO, Mariana Fischer; SANTOS, Tassiana Berezza. Direito, Anistia e perdão: a partir da perspectiva de Paul Ricœur. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 6, n. 1, 2019.

PAIXÃO, Cristiano. **A Constituição subtraída**. Brasília: Tribuna do Brasil – UnB, 2006.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo de Andrade. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, n. 6, 2008.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, año 13, n. 26, p. 146–169, segundo semestre de 2011.

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

PASTOR, Roberto Viciana, DALMAU, Rubens Martínez. **Aspectos Generales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano**. Quito: Editora Nacional, 2010, p. 9-43.

PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the inter-american court of human rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação Constitucional**: interpretação evolutiva da constituição na democracia constitucional. São Paulo: Ed. Lumen Juris, 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de Koselleck de história dos conceitos e a reconstrução da história do direito. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 124, 2019.

PETERS, Anne. Global Constitutionalism. In: GIBBONS, Michael (ed.). **The Encyclopedia of Political Thought**. John Wiley & Sons, Ltd. Published, 2015. p. 1-4. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9781118474396.wbept0421>. Acesso em: 15 jul. 2022.

PETERS, Anne. The Merits of Global Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, i. 2, p. 397-411, 2009.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Autoritarismo e transição. **Revista USP**, São Paulo, p. 45-56, 1991.

POBLETE, Manuel Nuñez. Introducción al concepto de identidad constitucional y a su función frente al derecho supranacional e internacional de los derechos de la persona. **Revista Ius et Praxis**, n. 2, p. 331-372, 2008.

POCOCK, J. G. A. **Pensamiento político e historia**: ensayos sobre teoría y método. Madrid: Ediciones Akal, 2011.

POLLAK, Michael. Memória e identidade social. **Estudos Históricos**. v. 5, n. 10, p. 200-212, 1992.

POLZIN, Monika. constitutional identity, unconstitutional amendments in the idea of constituent power: development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, v. 14, n. 2, p. 411-438, 2016.

POSNER, Eric; GOLDSMITH, Jack L. **The limits of international Law**. New York: Oxford Univ. Press, 2005.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da Democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

QUADROS, Elton Moreira. Discutindo a questão da alteridade em Husserl e Ricœur. **Revista de Filosofia Griot**, v. 14, n. 2, p. 336-356, 2016.

QUOC DING, Nguyen; DAILLIER, Patrick ; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

RAMOS, Carlos Henrique. **Mutação constitucional**: Constituição e identidade constitucional evolutiva. Curitiba: Juruá editora, 2013.

REMOTTI, Francesco. **L'osessione identitaria**. Roma: Editori Laterza, 2010.

RENAN, Ernest. What is a nation? In: BHABHA, Homi K. (ed.). **Nation and Narration**. New York: Routledge, 1990. p. 8-22.

RESENDE, Pamela de Almeida. Da abertura leta, gradual e segura à anistia ampla, geral e irrestrita: a lógica do dissenso na transição para a democracia. **Revista Sul-americana de Ciência Política**, v. 2, p. 36-46, 2014.

RESTA, Eligio. **Percursos da identidade**: uma abordagem jusfilosófica. Ijuí: Editora Unijui, 2014.

RICŒUR, Paul. Abordagens da Pessoa (1990). In: RICŒUR, Paul. **Leituras 2**: a região dos filósofos. São Paulo: Ed. Loyola, 1996. p. 163-180.

RICŒUR, Paul. Life in quest of narrative. In: WOOD, David. **On Paul Ricoeur**: Narrative and Interpretation, New York: Routledge Press, 1989. p. 20-33.

RICOUER, Paul. **Percorso do reconhecimento**. São Paulo: Edições Loyola, 2006a.

RICŒUR, Paul. **Memory, History, Forgetting**. Chicago: The university of Chicago press, 2006b.

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

RICŒUR, Paul. Prefácio. In: GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999. p. 12-21.

RICŒUR, Paul. **Time and Narrative**. Chicago: The university of Chicago press, 1988a. v. 1.

RICŒUR, Paul. **Time and Narrative**. Chicago: The university of Chicago press, 1988b. v. 3.

RICŒUR, Paul. **The Just**. Chicago: The University of Chicago Press, 2000.

RODEGHERO, Carla Simone. **Anistia ampla, geral e irrestrita: História de uma luta inconclusa**. Santa Cruz do Sul: Ed. EDUNISC, 2011.

ROSENFIELD, Michel. Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional. In: CARBONELL, Miguel (org.). **El principio constitucional de igualdad: lecturas de introducción**. México: Comision Nacional de los Derechos Humanos, 2003a. p. 69-103.

ROSENFIELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trd. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003b.

ROSENFIELD, Michel. A pluralist critique of contractarian proceduralism. **Ratio Juris**, v. 11, n. 4, p. 291-319, 1998.

ROSENFIELD, Michel. **Interpretazioni: il diritto fra etica e política**. Bologna: Il Mulino Saggi, 2000.

ROSENFIELD, Michel. Is Global constitutionalism meaningful or desirable? **The European Journal of constitutional Law**, v. 25, n. 1, p. 177-199, 2014.

ROSENFIELD, Michel. Rethinking constitutional ordering in an era of legal and ideological pluralism. **International Journal of Constitutional Law**, v. 6, n. 3, p. 4150455, p. 2008.

ROSENFIELD, Michel. The constitutional subject, its other, and the perplexing quest for a identity of its own: a reply to my critics. **Cardozo Law Review**, v. 33, 2012.

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

ROSSI, Julieta. Ejecución de decisiones internacionales en materia de derechos humanos por tribunales domésticos en argentina: el giro a partir del caso “Fonntevuccchia”. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (org.). **O Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Brasil, Argentina, Colômbia e México. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2017. p. 269-304.

ROZNAI, Y. **Unconstitutional Constitutional Amendments**: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. Boston: Oxford University Press, 2016.

RUTHERFORD, J. A place called home: identity and the cultural politics of difference. In: RUTHERFORD, J. (org.). **Identity**: Community, culture, difference. London: Lawrence & Wishart Limited, 1990.

SABAELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**: Introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad en argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Controle de Convencionalidade: Um panorama latinoamericano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. cap. 10, p. 343-359.

SALLES, Sérgio de Souza. Paul Ricœur e o paradoxo dos direitos humanos. **PERI Revista de Filosofia**, Florianópolis, v. 6, n. 2, p. 209-228, 2014.

SÁNCHEZ, Manuel Iturralde; MALDONADO, Daniel Bonilla. Lifetime Imprisonment and the Identity of the Constitution: The Colombian Constitutional Court, Human Dignity, and the Substitution of the Constitution. **Verfassungsblog – On matters constitutional.** Disponível em: <https://verfassungsblog.de/lifetime-imprisonment-and-the-identity-of-the-constitution/>. Acesso em: 2 ago. 2022.

SANTAMARIA, Ramiro Ávila. **El neoconstitucionalismo transformador:** el Estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.

SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. **Memória Coletiva e identidade nacional.** São Paulo: Annablume Editora, 2013.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O cálculo do conflito:** estabilidade e crise na política brasileira. Minas Gerais: Editora UFMG, 2003.

SARTRE, Jean-Paul. **Anti-semite and Jew:** an exploration of the etiology of hate. New York: Schocker Books, 1990.

SARTORI, Giovanni 1970. Concept Misformation in Comparative Politics, **American Political Science Review**, v. 64, p. 1033-1053, 1970.

SCHMITT, C. **Constitutional Theory.** Durham: Duke University Press, 2008.

SEGADO, F. F. As mutações jurisprudenciais na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de (org.). **Mutação Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 103-174.

SHAFFER, Gregory. Transnational Legal process and state change. **Law and Social Inquiry**, v. 37, n. 2, p. 229-264, 2012.

SHEPPARD, Kenneth. J. G. A. telling contested stories: J. G. A. Pocock and Paul Ricœur . **History of European Ideas.** v. 39, p. 879-898, 2013.

SILVA, Danielle Costa da. A atuação das ONGs na agenda de direitos humanos da política externa Brasileira. **Rev. NEIBA**, v. 5, 2016.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Memória e reconciliação: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira. In: PAYNE, Leigh; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. (Org.): **O Brasil em perspectiva Internacional e comparada.** Brasília: Ministério da Justiça, 2011, p. 278-307.

FISHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions: the vein search for legal unity in the fragmentation of global law. **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 2, p. 999-1045, 2004.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. Memória e reconciliação: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira. In: PAYNE, Leigh; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo (org.). **O Brasil em perspectiva Internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011. p. 278-307.

SILVA, Ítalo Viegas da; SILVA, Artenira da Silva. Gestão institucional de crises estruturais: a (in)efetividade do sistema de justiça brasileiro frente à violação de gênero, doméstica e/ou familiar. **Revista de Gênero, sexualidade e Direito**. v. 7, n. 2, p. 42-61, 2021.

SIMMEL, Georg. **On individual and social forms**. Chicago: University of Chicago Press, 1987.

SLAUGHTER. Anne-Marie. **A New World Order**. Princeton University Press, 2004.

ŚLEDZIŃSKA-SIMON, Anna. Constitutional identity in 3D: A model of individual, relational, and collective self and its application in Poland. **International Journal of Constitutional Law**, v. 13, n. 1, p. 124-155, 2015.

SMEND, Rudolf. **Constitución y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1985.

SOLA, Lourdes. O golpe de 37 e o Estado Novo. In: MOTA, Carlos Guilherme (org.). **Brasil em perspectiva**. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A., 1990. p. 256-282.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada**: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Direitos dos povos indígenas na América Latina. In: NETO, Joaquim Shiraishi (org.). **Novos direitos na América Latina**: estudo comparativo como instrumento de reflexão do próprio direito. São Luís: EdUFMA. 2016. p. 168-183.

SOUZA, Ismael Francisco de; LEME, Luciana Rocha; SCHERF, Erick da Luz. Creating bridges between international relations theory and international human rights law: constructivism and the role of Brazil in the inter-American system of human rights. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 3, p. 178-197, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e método de trabalho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

STATEN, Henry. **Wittgenstein and Derrida**. London: University of Nebraska Press, 1984.

STRECK, Julien. Sterck, Julien, Sameness and Selfhood: The Efficiency of Constitutional Identities in EU Law. **European Law Journal**, v. 24, p. 281-296, 2018.

TAYLOR, Charles. **Sources of the self:** making the modern identity. Cambridge: Havard University Press, 2001.

TEITEL, Ruti G. Reactionary Constitutional Identity. In: ROSENFELD, Michel (ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy**. Duke University Press, 1993. p. 233-243.

TEITEL, Ruti G. Reactionary Constitutional Identity. In: ROSENFELD, Michel (ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy**. Duke University Press, 2012, p. 233-243.

TEXEIRA, Anderson Vichinkeski. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 141-166, 2016.

TEUBNER. Gunther. A bukovina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Rev. Impulso**, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

TEUBNER. Gunther. **Fragments Constitucionais:** constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraivajus, 2020.

THIEL, Udo. **The Early Modern Subject:** Self-Consciousness and Personal Identity from Descartes to Hume. New York: Oxford University Press, 2011.

THORNHILL, C.; CALABRIA, Carina Rodrigues de Araujo. Global constitutionalism and democracy: the case of Colombia. **Jus Cogens**, v. 2, p. 155-183, 2020.

THORNHILL, C. **Crise Democrática e direito constitucional global.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

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

THORNHILL, C. O direito internacional e o futuro da democracia. **Revista da AGU**, Brasília, v. 17, n. 1, p. 19-44, 2018a.

THORNHILL, C. **The sociology of law and the global transformation of democracy.** Cambridge: Cambridge University Press, 2018b.

TODOROV, Tzvetan. The uses and abuses of memory. In: MARCHITELLO, Howard (ed.), **What Happens to History:** The Renewal of Ethics in Contemporary Thought. Routledge, 2009. p. 11-39.

TOLEDO, Caio N. 1964: Golpismo e democracia. As faláciais do revisionismo. **Rev. Crítica Marxista**, p. 27-48, 2006.

TOOPE, Stephen; BRUNÉE, Jutta. **Legitimacy and Legality in international law:** An interactional account. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

TOOPE, Stephen; JUTTA, Brunée. **Legitimacy and Legality in international law: An interactional account.** Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

TORELLY, Marcelo. A formação da norma global de responsabilidade individual: Mobilização política transnacional, desenvolvimento principiológico e estruturação em regras internacionais e domésticas. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, n. 2, v. 5, p. 298-318, jul./dez. 2013.

TORELLY, Marcelo. **Justiça de transição e estado constitucional de direito:** perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2012.

TORELLY, Marcelo. Justiça de Transição – origens e conceito. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de et al. **O direito achado na rua:** introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Brasília: UnB, 2015. p. 1-15.

TRIBE, Laurence H. America's Constitutional Narrative. **Daedalus**, v. 141, n. 1, p. 18-42, 2012.

TRIEPEL, Karl Hierich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. **Revista de Faculdade de Direito de Minas Gerais**, p. 7-64, 1996.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **International Law for Humankind:** Towards a New Jus Gentium. Hague Academy of International Law: Published by Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

TROPER, Michel. **Ensayos de teoria constitucional.** México: Distribuciones Fontamara, 2008.

TUSHNET, M. How do constitutions constitute constitutional identity? **International Journal of Constitutional Law**, v. 8, n. 3, 2010.

TUSHNET, Mark. The globalization of constitutional law as a weakly neo-liberal project. **Cambridge University Press**, v. 8, n. 1, p. 29-39, 2019.

TUSHNET, Mark. The inevitable globalization of constitutional law. **Virginia Journal of International Law**, v. 49, n. 4, 2009.

UPRIMNY, Rodrigo. The recent transformation of constitutional law in latin america: trends and challenges. **Texas Law Review**, v. 89, p. 1587-1609, 2011.

VARÁDY, Tibor. The Impact of the East-West Divide on International Law: Patterns of Discourse and the Waves of 1989. In: CRAWFORD, James; NOUWEN, Sarah (ed.). **Select Proceedings of the European Society of International Law.** New York: Hart Publishing, 2010. p. 31-44. v. III.

VEIGA, Itamar Soares. O justo e o moral na análise de Ricœur sobre John Rawls. **PERI Revista de Filosofia**, Florianópolis, v. 6, n. 2, p. 96-112, 2014.

VENEMA, Henry Isaac. **Paul Ricœur on refigurative reading and narrative identity.** Symposium IV of Messiah College, 2000a. p. 237-248.

VENEMA, Henry Isaac. **Identity Selfhood**: Imagination, narrative and hermeneutics in the thought of Paul Ricœur . New York: State University of New York Press, 2000b.

VENDRA, Maria Cristina Clorinda. Paul Ricœur on collective memory: the cohesion of social life. **Voluntas – Revista Internacional de Filosofia**, v. 10, n. 3, p. 87-107, 2019.

VENTURA, Deyse de Freitas Lima; MOISES-PERRONE, Claudia *et al.* Pandemic and crimes against humanity: the "inhuman character" of health catastrophe management in Brazil. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 2206-2257, 2021.

VENZKE, Ingo; VON BOGDANDY, A. **In Whose name?** A public law theory of international adjudication. Oxford U. Press, 2014.

VERDÚ, Pablo Lucas. La singularid del proceso constituyente español. **Rev. de Estudios Políticos**, n. 1, p. 9-27, 1978.

VERSTEEG, Mila. Unpopular Constitutionalism. **Indiana Law Journal**, v. 89: Iss. 3, p. 1134-1190, 2014.

VERSCHRAEGEN, Gert. Hybrid Constitutionalism, Fundamental Rights and the State. **Netherlands Journal of Legal Philosophy**, v. 3, p. 216-229, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Do Compromisso Maximizador À Resiliência Constitucional. In: VIEIRA, Oscar Vilhena *et al.* **Resiliência Constitucional**: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. São Paulo: Direito GV, 2013. p. 18-24.

VIZENTINI, Paulo Fagundes. **A política externa do regime militar brasileiro**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1998.

VON BOGDANDY, Armin. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurídico extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 9, p. 232-252, 2019.

VON BOGDANDY, Armin. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, n. 3-4, p. 397-413, 2008.

VON BERNSTORFF, Jochen. **The public international Law Theory of Hans Kelsen**: believing in universal law. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

WALDENFELS, B. The Other and the foreign. In: KEARNEY, Richard (org.). **Paul Ricœur : The Hermeneutics of Action**. London: SAGE Publications Ltd, 1996. p. 111-124.

WEEKS, Jeffrey. The value of difference. In: RUTHERFORD, J. (org.). **Identity**: Community, culture, difference. London: Lawrence & Wishart Limited, 1990. p. 88-100.

WENDT, Alexander. Anarchy is what States Make of it: The Social Construction of Power Politics. **International Organization**, v. 46, n. 2, p. 391-425, 1992.

WENDT, Alexander. Constructing international politics. **International security**, v. 20, n. 1, p. 71-81, 1995.

WENDT, Alexander. **Social theory of international politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

WERLE. Denilson Luís. Apresentação à edição brasileira. In: HABERMAS, J. A **Inclusão do Outro**. São Paulo: Editora Unesp, 2017. p. 11-26.

WHEATLE, Se-shauna; CAMPBELL, Yonique. Constitutional faith and identity in the Caribbean: tradition, politics and the creolisation of Caribbean constitutional law. **Commonwealth & Comparative Politics**, v. 58, n. 3, p. 344-365, 2020.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. London: Basil Lackwell Ltd, 1986.

WOLIN, S. **The Presence of the Past**: Essay on the state and the Constitution. Londres: The Johns Hopkins University Press, 1989.

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

WOLKMER, Antonio Carlos; WOLKMER, Maria de Fátima. Novos horizontes na produção do conhecimento: pluralismo, direitos humanos e a questão dos bens comuns. In: SHIRAI SHI NETO, Joaquim (org.). **Novos direitos na América Latina**: estudo comparativo como instrumento de reflexão do próprio direito. São Luís: EdUFMA, 2016. p. 184-201.

ZANATTA, M. S. Nas teias da identidade: contribuições para a discussão do conceito de identidade na teoria sociológica. **Rev. Perspectiva**, v. 35, n. 132, p. 41-54, 2011.

ZAVERUCHA, Jorge; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. Superior Tribunal Militar: entre o autoritarismo e a democracia. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 763-797, 2004.

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson (org.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Editora Boitempo, 2010. p. 41-76.

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

ZUMBANSEN, Peer. Transnational Law. **CLPE Research Paper No. 09/2008**, p. 738-754, 2012.