

**Wilson Roberto Theodoro Filho**

**A LEGITIMIDADE DO DISCURSO CONSTITUCIONAL:  
Uma Análise da Jurisdição Constitucional fundamentada na Teoria  
da Identidade do Sujeito Constitucional de Michel Rosenfeld.**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa 3: Constituição, Processo e Teoria Constitucionais, Direitos Fundamentais.

Orientador: Professor Doutor Cristiano Otávio Paixão Araujo Pinto

**Brasília, Setembro de 2005.**

## SUMÁRIO.

Resumo.	p.4
Abstract.	p.5
Introdução.	p.6
CAPÍTULO I – O Conceito de Identidade do Sujeito Constitucional.	p.25
1. Crise interpretativa e transição da comunidade política moderna para a comunidade política pós-moderna.	p.26
2. Desconstrução e interpretação jurídica.	p.33
3. O valor das marcas semânticas.	p.40
CAPÍTULO II – Formação e posição da identidade do sujeito constitucional.	p.50
1. Contornos do conceito da identidade do sujeito constitucional.	p.51
2. Formação da identidade do sujeito constitucional.	p.56
3. Papel da negação na formação da identidade constitucional.	p.63
4. Construções e reconstruções da identidade do sujeito constitucional.	p.68
5. Desconstrução e identidade constitucional.	p.76
CAPÍTULO III – O Sistema de Significação da Identidade Constitucional.	p.82
1. A teoria dos signos e da significação.	p.85
2. Linguagem, língua e fala.	p.94
3. Esquema, norma e uso.	p.97
4. Conotação e metalinguagem: acoplamento de sistemas.	p.106
CAPÍTULO IV – A Formação do Discurso Constitucional.	p.118

1. Sistema e sintagma: seleção e articulação.	p.119
2. Um modelo de decodificação da comunicação.	p.123
3. Negação, Metáfora e Metonímia.	p.130
4. Relações entre negação, metáfora e metonímia.	p.145
CAPÍTULO V – Legitimidade da Jurisdição Constitucional.	p.157
1. Constitucionalismo como esquema.	p.158
2. Legitimidade, Pluralismo Direitos Fundamentais e Estado de Direito.	p.161
CAPÍTULO VI – Caracteres do Discurso Ilegítimo.	p.194
1. Retórica e Ideologia.	p.195
2. Deturpação metafórica.	p.207
3. Deturpação metonímica.	p.213
4. Deturpação na sobredeterminação.	p.219
CONCLUSÃO.	p.225
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	p.232

## **RESUMO.**

A presente dissertação dedicou-se a analisar a legitimidade da jurisdição e do discurso constitucionais com base na teoria da identidade do sujeito constitucional, de Michel Rosenfeld, combinada com a teoria semiótica clássica emprestada de autores tais como Umberto Eco, Roland Barthes, Ferdinand Saussure, Roman Jakobson. Após a apresentação da problemática relativa à legitimidade da jurisdição constitucional, na Introdução, o primeiro capítulo procurou expor os fundamentos filosóficos do pensamento de Rosenfeld, tendo em vista, principalmente, seu vínculo com a teoria desconstrutivista. No segundo capítulo foram delineados os contornos e conceitos da teoria da identidade do sujeito constitucional propriamente dita. O terceiro capítulo tratou dos elementos recuperados da teoria semiótica, apresentando a identidade constitucional como um sistema de significações, uma linguagem dotada de signos e regras particulares. No quarto capítulo analisou-se o processo de comunicação do discurso constitucional, bem como os mecanismos da negação, da metáfora e da metonímia, e sua importância para a estruturação das construções e reconstruções da identidade constitucional. O quinto capítulo apresenta sugestões e critérios de legitimidade para o discurso constitucional, a partir dos requisitos decorrentes do constitucionalismo, do pluralismo e do Estado Democrático de Direito. O sexto e último capítulo explica alguns dos caracteres constantes de certos discursos constitucionais ilegítimos. A conclusão, por fim, retoma os temas desenvolvidos ao longo da dissertação e traça considerações sobre a aplicabilidade desses temas na comunidade política brasileira.

## **ABSTRACT.**

This dissertation analyzed the legitimacy of constitutional adjudication and constitutional discourse based on Michel Rosenfeld's theory of the identity of the constitutional subject, coupled with classic concepts of semiotics taken from authors like Umberto Eco, Roland Barthes, Ferdinand Saussure, Roman Jakobson. After the introduction of the problem concerning the legitimacy of constitutional adjudication, the first chapter exposed the philosophical background of Rosenfeld's theory, directly linked with the philosophical approach of Deconstruction. The concepts and ideas that compose the theory of the identity of the constitutional subject were later explained and developed on the second chapter. The third chapter dealt with the elements taken from semiotics, presenting the constitutional identity as a language, with particular signs and rules. In the fourth chapter, the communication process of the constitutional discourse was analyzed, as well as the mechanisms of negation, metaphor and metonymy, and their role linked with constructions and reconstructions of the constitutional identity. The fifth chapter presents some suggestions and criteria of legitimacy for the constitutional discourse, based on the requisites of constitutionalism, pluralism, and Democratic Rule of Law, and the sixth and final chapter explains some of the possible configurations of illegitimate constitutional discourse. At last, the conclusion revisits the themes worked along the dissertation and makes some considerations regarding the applicability of these themes in the Brazilian polity.

## INTRODUÇÃO.

A presente dissertação tem por objetivo traçar uma análise da jurisdição constitucional – isto é, da possibilidade de uma instância judicial tomar decisões jurídicas a partir de parâmetros de legalidade e de legitimidade com base no texto constitucional –, frente aos requisitos surgidos tanto do constitucionalismo – considerado como fundamento teórico-filosófico das comunidades políticas modernas –, quanto da efetiva prática constitucional desenvolvida na vida política e jurídica de uma determinada comunidade.

Nesse sentido, pretende-se avaliar alguns dos elementos e limites que contribuiriam para garantir a possibilidade de legitimidade da jurisdição constitucional, quando inserida no cenário político-institucional de uma comunidade democraticamente comprometida com um texto constitucional.

O problema relativo à legitimidade da jurisdição constitucional, principalmente nos países em que existe uma corte constitucional responsável pelo zelo e respeito à Constituição, não é novo. A questão, que mereceu profundos estudos, mormente nos Estados Unidos, vincula-se à chamada dificuldade contramajoritária<sup>1</sup>. Segundo Michel Rosenfeld:

---

<sup>1</sup> Sobre o problema contramajoritário, além dos textos de Michel Rosenfeld infracitados, ver, como exemplos da discussão na academia norte-americana: BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Irvington Publishers, 1962. e ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, 1981.

Em uma democracia, a lei parlamentar é, por sua própria natureza, majoritária, e a invalidação de leis parlamentares por juízes constitucionais que não são eleitos nem responsáveis perante o eleitorado, contramajoritária.<sup>2</sup>

Considerando que as leis e os atos que podem ser analisados e declarados inconstitucionais promanam dos representantes democraticamente eleitos pela população, os quais, grosso modo, representam as tendências e a vontade predominantes na comunidade política, qual é a legitimidade de uma corte constitucional cujos membros não são representantes democraticamente eleitos pela comunidade? Levantada a dúvida, questiona-se se cada decisão da corte constitucional que determine a inconstitucionalidade de uma dada lei ou ato – ainda que contrários a direitos constitucionalmente acampados – não feriria a democracia, na medida em que a vontade da maioria da comunidade política, democraticamente auferida, estaria sendo desrespeitada<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> ROSENFELD, Michel. *Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrast*. 2 Int'l J. Const. Law no.4 (Oct. 2004). p.31 [Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=577003>]. “In a democracy, parliamentary law is, by its very nature, majoritarian, and the invalidation of parliamentary laws by constitutional judges who are unelected and unaccountable to the electorate, counter-majoritarian.” Cumpre ressaltar que todas as traduções apresentadas ao longo desta dissertação são livres, e de inteira responsabilidade de seu autor.

<sup>3</sup> De acordo com Rosenfeld, o problema também pode ser colocado sob a perspectiva do grau de coerção gerado por uma decisão da jurisdição constitucional, tanto em relação à maioria que vê sua vontade frustrada, quanto à minoria que pode ter as suas expectativas de direito frustradas: “Na medida em que é democrática, a democracia constitucional implementa a vontade das maiorias políticas e coage as minorias políticas a contribuírem com objetivos da maioria com os quais tais minorias podem discordar fortemente. Por outro lado, na medida em que a democracia constitucional garante proteção a certos direitos fundamentais, e que certas reivindicações de tais direitos frustram a vontade das maiorias em relação a certos objetivos por elas considerados fundamentais, a execução de direitos constitucionais parece comportar uma larga margem de coerção.” ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. Cardozo Law School. Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies. March 2001, Working Paper Series No. 36. p. 9-10 [Social Science Research Network: [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=262350](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262350)] “To the extent that it is democratic, constitutional democracy implements the will of political majorities and coerces political minorities to contribute to the realization of majority objectives with which such minorities may strongly disagree. On the other hand, to the extent that constitutional democracy affords protection to certain fundamental rights, and that certain vindications of such rights frustrate the will of majorities in relation to certain objectives which they consider paramount, the enforcement of constitutional rights would seem to lead to a significant amount of coercion.”

A presente dúvida, apesar de ter gerado intensos debates teóricos na vida acadêmica e política norte-americana<sup>4</sup>, parte de uma concepção política na qual os direitos constitucionalmente protegidos estão em oposição à vontade da maioria, e à democracia, quando estas promovem uma alteração do *status* desses direitos. Diante de tal posição, a legitimidade da jurisdição constitucional só seria possível, e, ainda assim, apenas parcialmente, caso os juízes componentes de uma corte constitucional fossem democraticamente eleitos pela comunidade política; do contrário, toda declaração de inconstitucionalidade, mesmo que visando a proteção de um direito constitucionalmente amparado, seria antidemocrática, uma vez que a proteção desse direito já não corresponderia aos anseios da comunidade política<sup>5</sup>.

Entretanto, nem nos Estados Unidos, nem no Brasil, os procedimentos de nomeação de juízes para a corte suprema são determinados pela vontade democraticamente auferida da maioria da comunidade política<sup>6</sup>. A possibilidade de legitimidade da jurisdição constitucional de cortes que não foram democraticamente eleitas, todavia, surge quando se

---

<sup>4</sup> É interessante notar que o problema contramajoritário não é encarado da mesma forma, nem com a mesma intensidade, em países de tradições jurídicas diversas. Sobre os diferentes impactos do problema em países de tradição européia, em confronto com o debate americano, ver ROSENFELD, Michel. *Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrast*. p. 31-37. Sobre uma análise do problema contramajoritário especificamente na França, ver ROUSSEAU, Dominique. *The Constitutional Judge: Master or Slave of the Constitution?* In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994. p. 261-283.

<sup>5</sup> O termo inglês *polity*, que não tem tradução exata para o português, será traduzido ao longo desta dissertação como “comunidade política”. A *polity*, todavia, engloba uma gama de significados mais amplos que a acepção “comunidade política”, envolvendo aspectos tanto jurídicos, políticos, institucionais e histórico-culturais de uma determinada comunidade.

<sup>6</sup> De acordo com o art. 118, parágrafo único, da Constituição Brasileira: “Os Ministros serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.”

altera o foco de análise do problema com base em teorias<sup>7</sup> nas quais a tensão e a oposição entre democracia e direitos fundamentais não são um problema irremediável, mas sim o próprio “espírito” que anima e harmoniza constitucionalismo e democracia, considerados práticas sincrônicas e co-dependentes.

Na medida em que o constitucionalismo deve se articular com o pluralismo (...) Mais especificamente, o constitucionalismo moderno requer o governo limitado, a aceitação do rule of law, ou seja, do Estado de Direito, e a proteção dos direitos fundamentais.<sup>8</sup>

Desse modo, pode-se considerar que o constitucionalismo moderno tem por requisitos: a proteção dos direitos e garantias fundamentais; a existência de uma constituição (seja ela um texto escrito ou não), que estabelece os limites para o governo; o respeito ao pluralismo; e a institucionalização do Estado de Direito. A democracia moderna se efetiva e orienta a partir da base filosófica do constitucionalismo, que se constitui em cada caso concreto, ou seja, em cada comunidade política que adota os preceitos do constitucionalismo. A democracia se alicerça nas tensões existentes: entre os requisitos do constitucionalismo; entre a constituição específica e sua prática; e entre a constituição específica combinada com sua prática e os requisitos do constitucionalismo filosófico. Tais tensões, longe de serem irremediáveis e inibidoras da possibilidade do constitucionalismo e da democracia, é que garantem e viabilizam uma prática jurídico-política da comunidade, a partir da qual é possível realizar e avançar constitucionalismo e democracia conjuntamente.

---

<sup>7</sup> Ver, a esse respeito, ROSENFELD, Michel. *O Direito enquanto Discurso: Reduzindo as Diferenças entre Direitos e Democracia*. [trad.: Cássius Guimarães Chai] In.: R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n.10, jan/dez. 2003. p. 9-44.

<sup>8</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003. p. 36

A jurisdição constitucional, mesmo que não seja um dos requisitos inerentes ao constitucionalismo, é parte fundamental das práticas constitucionais das comunidades políticas atuais, de modo que sua legitimidade não só é possível, como se constitui, caso se trate de uma prática constitucional efetivamente legítima, em elemento de consubstanciação e promoção da democracia e do constitucionalismo:

O poder das cortes de revisar a constitucionalidade de normas legais tais como estatutos e decretos oriundos de procedimentos democráticos é uma das características centrais das democracias constitucionais ou liberais (...)

A revisão judicial é o principal mecanismo que protege os direitos individuais contra os poderes políticos que poderiam ignorar ou minar esses direitos. Ela protege os direitos individuais mesmo quando os poderes políticos respondem direta ou indiretamente à vontade popular. A revisão judicial da constitucionalidade da legislação, logo, cria um equilíbrio entre a vontade coletiva e os interesses do povo, de um lado, e os direitos fundamentais de cada indivíduo, de outro.<sup>9</sup>

Se, de fato, é da tensão entre democracia e constitucionalismo que advém a possibilidade de co-existência entre ambos, a jurisdição constitucional converte-se em mecanismo apto para limitar os avanços da vontade democrática da maioria sobre as garantias decorrentes do constitucionalismo, bem como para impedir que a vontade da maioria possa se autodestruir, ou seja, que os direitos mesmos que garantem a possibilidade da democracia sejam democraticamente suprimidos.

---

<sup>9</sup> NINO, Carlos Santiago. A Philosophical Reconstruction of Judicial Review. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994. p.285. “The power of the courts to review the constitutionality of legal norms such as statutes or decrees enacted by the democratic branches is one of the central features of constitutional or liberal democracies (...) Judicial review is the main mechanism protecting individual rights against the political powers that may ignore or undermine those rights. It protects individual rights even when the political powers respond directly or indirectly to popular will. Judicial review of the constitutionality of legislation thus creates a balance between the collective will and interests of people, and the fundamental rights of the individual.”

Similarmente, Dominique Rousseau defende a idéia de que a jurisdição constitucional cria uma nova espécie de democracia, mais apta a responder aos requisitos do constitucionalismo e a garantir sua própria legitimidade do que a simples democracia de cunho majoritário:

Questionar a legitimidade da justiça constitucional é questionar a definição de democracia. Ou existe uma definição fundamental – uma definição *a priori* – com a qual nós devemos confrontar a legitimidade da justiça constitucional, ou a democracia é definida pela ação contínua das instituições que lhe dão vida, e nós devemos reconhecer a especial contribuição da justiça constitucional. De acordo com essa segunda hipótese, eu pretendo demonstrar que a ‘forma’ clássica da democracia majoritária está desaparecendo, dando lugar à forma da democracia constitucional que legitima o papel do juiz constitucional (...)

Diferentemente das doutrinas que baseiam a legitimidade da justiça constitucional em uma definição *a priori* de democracia, usualmente formulada antes da origem da justiça constitucional, a hipótese aqui proposta é a seguinte: *O controle de constitucionalidade das leis é legítimo porque produz uma definição de democracia que o legitima.* Logo, o problema não é conectar a verdade democrática com o mecanismo de controle de constitucionalidade das leis, mas sim demonstrar qual verdade democrática esse mecanismo torna possível e que, em retorno, o legitima. (grifo no original)<sup>10</sup>

A jurisdição constitucional, tomada como componente da prática constitucional, converte-se, quando legítima, em justificadora da própria prática constitucional da qual faz parte. Da presente constatação surgem, principalmente, duas questões: onde é possível apreender a jurisdição constitucional, ou seja, como se dá a prática da jurisdição

---

<sup>10</sup> ROUSSEAU, Dominique. *The Constitutional Judge: Master or Slave of the Constitution?* p. 273;281. ““To question the legitimacy of constitutional justice is to question the definition of democracy. Either a fundamental definition exists – and a priori definition – in which we must confront the legitimacy of constitutional justice, or democracy is defined by the continuous action of the institutions that give it life and we must assess the special contribution of constitutional justice. According to the second hypothesis, I propose to show that the classical ‘shape’ of majoritarian democracy is fading, giving way to the shape of constitutional democracy which legitimates the role of the constitutional judge (...) Unlike doctrines that base the legitimacy of constitutional justice on an a priori definition of democracy, most often formulated before the origin of constitutional justice, the hypothesis proposed here is the following: The control of the constitutionality of law is legitimate because it produces a definition of democracy that legitimates it. So, the issue is not connect to democratic truth with the mechanism of control of constitutionality of laws, but to show which democratic truth this mechanism makes possible and which legitimates it in return.”

constitucional?; e quais são os possíveis critérios da legitimidade da jurisdição constitucional, comparada com a prática constitucional na qual está inserida?

A primeira questão parece ter uma resposta mais simples. A jurisdição constitucional só pode ser realmente apreendida no que a compõe, ou seja, no discurso dos juízes envolvidos na prática da jurisdição. Trate-se de juízes comuns, exercendo controle de constitucionalidade difuso, ou de ministros comprometidos com o controle abstrato de constitucionalidade, é no discurso emitido por qualquer um deles que a prática da jurisdição constitucional de fato se consubstancia. O discurso considerado em termos amplos, abarcando todos os atos do juiz durante a atividade jurisdicional (falas, textos, atitudes, etc.), é o *locus* privilegiado a partir do qual se pode entrever, com base no discurso concreto, os critérios e parâmetros de uma possível legitimidade constitucional.

Nesse sentido, compreende-se que é apenas a partir da análise do discurso que se torna viável a tentativa de análise da legitimidade da jurisdição constitucional presentemente planejada. Diante de tal proposta, torna-se extremamente difícil estabelecer se uma determinada jurisdição constitucional, no todo, é ou não legítima. Haverá discursos legítimos e discursos ilegítimos, sendo que uma legitimidade “geral” de uma jurisdição constitucional dependerá diretamente de quais são as linhas discursivas predominantes ao longo de sua prática. Desse modo, haverá discursos ilegítimos em jurisdições usualmente legítimas, bem como discursos legítimos em jurisdições ilegítimas; o mais provável, entretanto, é que jamais seja possível estabelecer completamente a legitimidade ou ilegitimidade de uma jurisdição, dada a co-existência de discursos legítimos e de discursos ilegítimos.

Note-se que, em parágrafos anteriores, postulou-se a idéia da existência de uma legitimidade abstrata da jurisdição constitucional, enquanto elemento componente da prática constitucional – que, inclusive, legitima a própria idéia de democracia na qual a jurisdição constitucional exerce uma função relevante. Entretanto, conquanto a jurisdição possa ser genericamente considerada legítima, a sua realização concreta, configurada no discurso daqueles que a integram, pode ou não ser legítima<sup>11</sup>. Essa instabilidade da legitimidade do discurso, longe de ser preocupante, aponta para a necessidade constante de re-avaliação dos discursos, tanto para a detecção de caracteres ilegítimos, quanto para a incorporação e o desenvolvimento de elementos que, além de reforçarem os discursos já legítimos, também apontem para a construção de novas linhas de discurso igualmente legítimas.

À segunda questão poderia ser dada uma resposta tautológica: a jurisdição constitucional, ou melhor, um dado discurso oriundo da jurisdição constitucional será legítimo na medida em que corresponda à prática constitucional da qual faz parte. Tal resposta, entretanto, traz mais dúvidas que soluções. É possível que existam uma jurisdição ilegítima e uma prática legítima? Ou seja, a ilegitimidade da jurisdição não tornaria a prática igualmente ilegítima? Tal questionamento perde força diante da constatação de que a jurisdição constitucional, considerada como mecanismo<sup>12</sup> componente da prática constitucional, é legítima, sendo que apenas os discursos que a compõem podem ser

---

<sup>11</sup> Ou seja, o mecanismo da jurisdição constitucional pode ser considerado legítimo independentemente dos discursos que o concretizam.

<sup>12</sup> Uma dada jurisdição concreta, entretanto, pode ser ilegítima, ainda que o mecanismo por si seja legítimo.

ilegítimos. Desse modo, ainda que todos os discursos de uma determinada jurisdição constitucional fossem ilegítimos, o mecanismo, em si, permaneceria legítimo.

Outro questionamento seria a possibilidade de existência de uma prática constitucional ilegítima, ou, ainda, se poderia existir jurisdição constitucional legítima no cerne de uma prática constitucional ilegítima. É duvidoso se uma prática constitucional ilegítima seria de fato uma prática constitucional, ou outra coisa diversa<sup>13</sup>. Parece mais razoável, entretanto, traçar um paralelo com os argumentos relativos à jurisdição constitucional, de modo que também em uma prática constitucional existem discursos legítimos e discursos ilegítimos.

Tais dúvidas, todavia, não fazem parte do foco central das presentes considerações. A questão fundamental cinge-se em compreender o que torna a prática constitucional concretamente legítima, e como auferir critérios e elementos dessa prática concreta que sejam os possíveis requisitos de legitimidade dos discursos oriundos da jurisdição constitucional. Ou seja, falta uma “ponte” que vincule a jurisdição constitucional à prática constitucional, garantindo a legitimidade da primeira. “Ponte” essa que, do mesmo modo, possibilite a análise da legitimidade de uma determinada prática constitucional a partir de sua realização efetiva em uma comunidade política real comprometida com o constitucionalismo e com a democracia.

---

<sup>13</sup> Um possível exemplo de prática constitucional ilegítima seria o das várias ditaduras militares que grassaram pela América Latina, sem, entretanto, deixarem de lançar mão de constituições na estruturação de seus governos. É difícil, entretanto, chamar a prática institucional desses Estados de prática constitucional, mesmo que apenas de prática constitucional ilegítima.

Tendo em vista que este estudo vincula-se ao caso brasileiro, cumpre expor quais são as características essenciais da prática constitucional brasileira<sup>14</sup>. Segundo Menelick de Carvalho Netto<sup>15</sup>, a corrente filosófica do constitucionalismo pode ser analisada a partir de três grandes paradigmas constitucionais, que definiram e definem os principais contornos e caracteres de sua realização nas comunidades políticas modernas.

A organização política e jurídica pré-moderna pode ser largamente condensada em um único paradigma, caracterizado por “(...) um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam.”<sup>16</sup> O direito é fixado de acordo com critérios de hierarquia e estratificação sociais.

A dissolução do paradigma pré-moderno, erodido pelo surgimento da moralidade individualista e racionalista característica da Modernidade, conduz ao surgimento do paradigma do Estado de Direito, primeiro paradigma constitucional moderno. O direito passa a ser compreendido como “(...) um ordenamento de leis racionalmente elaboradas e impostas à observação de todos por um aparato de organização política laicizado.”<sup>17</sup> Idéias

---

<sup>14</sup> As passagens seguintes, relativas ao Estado Democrático de Direito foram extraídas de THEODORO FILHO, Wilson Roberto. *O paradigma do Estado Democrático de Direito e o pensamento de Ronald Dworkin: perspectivas hermenêuticas*. Monografia de Graduação para o bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília. Brasília: 2003.

<sup>15</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série. N.º 6. 2º Semestre de 1998. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. e CARVALHO NETTO, Menelick. *A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. In: *Fórum administrativo*. Ano I. n.º1. Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.

<sup>16</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. p. 237.

<sup>17</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. p. 239.

abstratas e racionais extraídas do jusnaturalismo, definidas e impostas pelos Estados Nacionais, tornam-se universalmente válidas para todos os membros da sociedade, homens livres, que são ao mesmo tempo proprietários e sujeitos de direitos.

O direito público tem a função de evitar o retorno ao Absolutismo, por meio da adoção dos princípios da limitação do Estado e da separação dos Poderes, promovendo a representação censitária da “melhor sociedade” na sociedade política. Já o direito privado deveria garantir, por meio da menor quantidade possível de leis, a liberdade, a igualdade e a propriedade dos cidadãos. O Estado restringe-se a estabelecer direitos negativos (direitos de primeira geração), pretendendo assim resguardar a liberdade de cada indivíduo. Segundo Cristiano Paixão Araujo Pinto há uma nítida assimetria entre o direito público e o direito privado, sendo que o último é superdimensionado e valorizado, e o primeiro é visto com desconfiança, reforçando uma concepção jurídica ligada a liberdades “negativas”<sup>18</sup>.

A insatisfação diante da liberdade e da igualdade meramente abstratas conduz ao surgimento do paradigma do Estado Social, no qual pretende-se a materialização dos direitos anteriormente formais (a conquista dos direitos coletivos e sociais de segunda geração e a redefinição dos direitos de primeira geração). A liberdade e a igualdade pressupõem garantias materiais por meio do direito público. Todo o direito torna-se público, na medida em que o Estado passa a ser o responsável pela sociedade, tendo as suas

---

<sup>18</sup> ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito*. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernandes (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p.19-20.

funções extraordinariamente ampliadas e complexificadas<sup>19</sup>. O Estado, acima da sociedade, deve promover a materialização do direito.

A crise do Estado Social inicia-se com o fim da Segunda Guerra Mundial e aprofunda-se com a crise econômica, a falência da racionalidade tecnocrata e dos planejamentos econômicos, a antítese entre técnica e política. A derrocada do modelo de racionalidade do Estado-interventor dá causa ao surgimento de um novo paradigma constitucional apto a satisfazer as novas demandas e problemas que surgem no seio das sociedades modernas:

É com a crise do Estado Social que se viabiliza a construção – ainda em pleno andamento – de um novo paradigma: o **Estado Democrático** de Direito. Ele decorre da constatação da crise do Estado Social e da emergência – a partir da complexidade das relações sociais – de novas manifestações de direitos. Desde manifestações ligadas à tutela do meio ambiente, até reivindicações de setores antes ausentes do processo de debate interno (minorias raciais, grupos ligados por vínculos de gênero ou de orientação sexual), passando ainda pela crescente preocupação com lesões a direitos cuja titularidade é de difícil determinação (os chamados interesses difusos), setores das sociedades ocidentais, a partir do pós-guerra e especialmente da década de 1960, passam a questionar o papel e a racionalidade do Estado-interventor.(grifo no original)<sup>20</sup>

O paradigma do Estado Democrático de Direito prefigura um direito participativo, pluralista e aberto, capaz de abarcar os direitos de terceira geração (direitos difusos) e dar novo significado aos direitos de primeira e segunda gerações, inserindo-os no debate público que informa a soberania democrática prevista pelo paradigma em questão. Nessa

---

<sup>19</sup> “É o que Kelsen observa muito bem (...) Para ele, podemos manter a distinção didática entre Direito Público e Direito privado, mas, na verdade, todo Direito é público, todo Direito é estatal (...)” ver CARVALHO NETTO, Menelick. *A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*.

<sup>20</sup> ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito*. p. 26-27.

medida, a comunidade assume um papel de relevância fundamental na produção e consecução do direito; o exercício da cidadania exige uma participação ativa da comunidade na vida política e no processo jurídico decisional:

A ênfase conferida ao paradigma emergente concentra-se na idéia de cidadania, compreendida em sentido procedimental, de participação ativa. Como seria de se esperar de uma mudança paradigmática, os direitos consagrados nos modelos anteriores de constitucionalismo são redimensionados. Verificam-se, no interior da sociedade, novas formas de associação: organizações não-governamentais, sociedades civis de interesse público, redes de serviço não-verticalizadas.<sup>21</sup>

A dicotomia entre direito público e direito privado é novamente redimensionada. Em um ambiente no qual a comunidade exerce papel efetivo na vida jurídica e política, o direito público e o direito privado se reforçam e se inter-relacionam constantemente, tendo em vista a promoção democrática da soberania popular e dos valores e princípios contidos na carta constitucional; as questões públicas não se restringem unicamente ao Estado, nem tampouco as questões privadas se limitam somente aos indivíduos – a participação ativa em prol da cidadania exige que ambos os campos tenham atenção constante tanto por parte dos cidadãos, quanto por parte do Estado:

Para esse último paradigma, a questão do público e do privado é questão central, até porque esses direitos, denominados de última geração, são direitos que vão apontar exatamente para essa problemática: o público não mais pode ser visto como estatal ou exclusivamente como estatal e o privado não mais pode ser visto como egoísmo. A complexidade social chegou a tal ponto que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omissor.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito*. p. 27.

<sup>22</sup> CARVALHO NETTO, Menelick. *A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*.

Assim, enquanto a esfera pública é re-valorizada, na medida em que sua defesa e proteção são responsabilidade de toda a comunidade política, também a esfera privada ganha nova importância: a autonomia privada, diretamente vinculada às pretensões de autodeterminação e liberdade, torna-se independente da atividade estatal – o direito administrativo, eminentemente, perde o seu caráter de regulador precípua da vida social para se tornar um mecanismo emancipatório em prol da garantia democrática dos direitos e liberdades dos cidadãos. Setores anteriormente regulados pelo direito estatal tornam-se desregulados; do mesmo modo, aspectos originalmente vinculados à iniciativa privada passam a integrar o direito público<sup>23</sup>.

A atividade hermenêutica do juiz atinge novas dimensões, mormente a do juiz constitucional. O juiz não só deve estar apto a interpretar racionalmente os textos jurídicos, mas deve também analisar e interpretar os elementos fáticos de cada caso concreto. Assim, cada decisão deve re-trabalhar os elementos do direito vigente, buscando a harmonia dos princípios e regras jurídicas com o sentimento de justiça relativamente a cada caso concreto específico, tendo em vista a prática constitucional, realizada por toda a comunidade:

Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é preciso requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e as regras do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto no

---

<sup>23</sup> “E, da mesma forma, algumas das disciplinas antes classificadas como de direito público passam a assumir uma feição cada vez mais aberta à possibilidade de argumentação, à inserção de elementos ligados à iniciativa individual. Um exemplo ilustrativo são as normas que autorizam transação penal ou suspensão da punibilidade em face da admissão do ilícito.” Ver ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito*. p.29.

sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.<sup>24</sup>

Os princípios constitucionais passam a exercer papel fundamental para a interpretação e a decisão jurídicas, na medida em que o seu escopo de abrangência condiciona a validade de aplicação de uma norma a cada caso concreto específico. As normas não são consideradas auto-aplicáveis, pois é necessário o “crivo” e a “autorização” principiológicos, mediados pela atividade interpretativa do juiz, para a aplicação de uma norma a um caso concreto específico. Logo, toda atividade jurídica submete-se aos ditames da prática constitucional, bem como toda decisão, ao limitar-se pelo respeito à soberania popular, é democraticamente restringida.

Assim, pode-se constatar que a prática política brasileira encontra-se completamente comprometida com o constitucionalismo e seus postulados. Os principais requisitos propostos por Rosenfeld são afirmados e protegidos: a democracia e os direitos fundamentais ligam-se à constituição da soberania popular e à necessidade da devida apreciação de cada caso concreto – do mesmo modo, a busca pela justiça singular em cada situação específica aponta não só para o pluralismo, que se efetiva na cada vez maior participação dos grupos sociais e dos cidadãos na prática política, como traz novas perspectivas para a própria concepção do Estado de Direito, no qual a idéia de segurança e generalidade da lei ganha nova dimensão a partir do respeito à diferença e à cidadania, ambos critérios de confirmação institucional da democracia.

---

<sup>24</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica contitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. p.245.

Logo, constatadas as características gerais<sup>25</sup> da prática constitucional brasileira, resta perguntar novamente sobre qual “ponte” pode vincular os elementos constantes do Estado Democrático de Direito à legitimidade dos discursos oriundos da prática constitucional, principalmente aqueles vinculados à jurisdição constitucional.

Dentre as várias possibilidades teóricas para orientar a análise, adota-se, tendo em vista sua razoabilidade e potencial explicativo-emancipatório, a teoria da identidade do sujeito constitucional, conforme pugnada por Michel Rosenfeld, cuja obra servirá de marco teórico ao longo de toda a dissertação.

Tal autor, cujo trabalho compromete-se com uma refinada proposta constitucional, preocupada eminentemente com a defesa do pluralismo e do constitucionalismo, além de atentar comparativamente às várias realizações históricas do constitucionalismo nas sociedades ocidentais hodiernas, apresenta uma teoria que, a partir dos elementos constantes de uma prática constitucional concreta, combinados com as características principais do constitucionalismo, sugere critérios de legitimidade coerentes e historicamente vinculados a situações específicas de produção de discursos.

Do mesmo modo, ao focar sua análise na construção e reconstrução discursiva das possíveis identidades do sujeito constitucional, Rosenfeld apresenta um instrumental útil e profícuo para a avaliação do próprio discurso da jurisdição constitucional.

---

<sup>25</sup> Ainda que apenas idealmente. Os aspectos contrafactuais das possíveis justificativas de legitimidade para os discursos da jurisdição constitucional serão discutidos mais a frente.

Assim, a idéia da identidade do sujeito constitucional é um conceito apto a relacionar a constituição do discurso na jurisdição constitucional com os requisitos inerentes à prática constitucional brasileira concreta e ao constitucionalismo. Compreende-se que é somente no discurso que se pode apreender a prática constitucional, bem como as construções e reconstruções da identidade constitucional – que serão o critério principal de avaliação da legitimidade dos discursos constitucionais.

O primeiro capítulo dedicar-se-á a explicar e explicitar o conceito da identidade do sujeito constitucional, que será fundamental ao longo do restante da dissertação. Serão expostos os fundamentos teóricos e filosóficos que servem de esteio para o desenvolvimento do conceito, extraídos principalmente de uma versão da filosofia desconstrutivista defendida por Michel Rosenfeld, a partir das reflexões do filósofo Jacques Derrida, bem como a sua aplicabilidade nas comunidades políticas atuais comprometidas com o constitucionalismo e com o pluralismo social.

No segundo capítulo, será desenvolvido e analisado o processo de formação da identidade constitucional, dando-se especial relevo aos esquemas discursivos de construção e reconstrução da identidade constitucional – fundados principalmente na idéia de negação da identidade, baseada nas obras de Hegel e Lacan.

Dessa forma, compreender-se-á a relação entre a identidade constitucional e as exigências éticas derivadas do desconstrutivismo de Rosenfeld, que, ao atuarem como princípios orientadores das construções e reconstruções da identidade do sujeito constitucional, possibilitem que os discursos constitucionais, além de formarem-se

historicamente vinculados, ajustem-se às exigências do constitucionalismo e da prática constitucional democraticamente comprometida.

O terceiro capítulo voltar-se-á para a apresentação do instrumental teórico de análise do discurso, tomado emprestado essencialmente das teorias semiótica e semiológica. Baseado em autores como Umberto Eco, Roland Barthes, Louis Hjelmslev e Saussure, interpretar-se-á a identidade constitucional a partir da teoria dos sistemas de significação. Nesse sentido, apresentar-se-á a identidade constitucional como sendo ela mesma um sistema de significação singular, dotado de códigos e léxicos próprios, e algumas de suas relações com a linguagem e outros sistemas de significação socialmente existentes.

O quarto capítulo dedicar-se-á à análise da estruturação do discurso constitucional propriamente dito, voltando-se principalmente para a interpretação do papel que a metáfora, a metonímia, a negação e a sobredeterminação, mecanismos propostos por Rosenfeld como determinantes da identidade constitucional, exercem na conformação do discurso constitucional.

A partir do instrumental semiótico recuperado no terceiro e quarto capítulos, procurar-se-á, no capítulo quinto, analisar a legitimidade dos discursos oriundos da jurisdição constitucional. Desse modo, traçar-se-á uma análise da legitimidade frente aos principais requisitos oriundos da prática constitucional, tais como o constitucionalismo, o pluralismo, o Estado de Direito e os direitos fundamentais.

No sexto e último capítulo, serão identificados alguns dos possíveis caracteres presentes nos discursos ilegítimos, voltando-se principalmente para os problemas decorrentes da utilização excessiva dos mecanismos formadores do discurso e da identidade constitucional (metáfora, metonímia, sobredeterminação), e para as distorções decorrentes da penetração de sistemas ideológicos e retóricos na constituição do discurso e da sua identidade constitucional equivalente.

Por fim, a conclusão, de caráter essencialmente aberto, além de retomar os temas principais desenvolvidos ao longo da dissertação, reafirmará a necessidade, no cenário brasileiro, da constante busca pela emancipação e consubstanciação da soberania popular nas várias reconstruções da identidade constitucional efetivadas nos discursos da jurisdição constitucional. Tal objetivo, que requer não apenas a incansável busca por coerência, correção e sinceridade discursiva, deve pautar-se não só pelos requisitos oriundos do constitucionalismo, mas, sobretudo, pelas exigências decorrentes do pluralismo e do Estado Democrático de Direito.

## **CAPÍTULO I – O Conceito de Identidade do Sujeito Constitucional.**

A idéia original, defendida por Michel Rosenfeld, sobre a identidade do sujeito constitucional<sup>26</sup>, servirá de fio condutor para a análise da legitimidade dos discursos oriundos da jurisdição constitucional. Apresentar-se-á o pano de fundo filosófico e epistemológico que orienta o conceito – conforme postulado por Rosenfeld em sua defesa dos critérios derivados da filosofia da desconstrução, como padrão ético apto a nortear adequadamente a interpretação jurídica.

A proposta de Rosenfeld tem sua razão de ser em virtude da crise de interpretação jurídica que assola as comunidades políticas modernas e pós-modernas, na medida em que os critérios de separação e diferenciação entre direito e política perdem sua força vinculante, provocando o colapso da interpretação jurídica em construções textuais meramente arbitrárias e subjetivas. Nesse sentido, as interpretações de caráter jurídico não possuiriam nenhum limite que não fosse a própria intenção do intérprete.

Rosenfeld, todavia, propõe que a crise da interpretação jurídica configurada pela ausência de critérios interpretativos consensuais dentro das comunidades políticas pode ser minimizada por meio da adoção de uma ética amparada pela ontologia da filosofia desconstrutivista. Desse modo, poder-se-ia afirmar que cada possibilidade interpretativa, ou seja, cada marca semântica possível na estrutura do texto jurídico, teria seu valor e

---

<sup>26</sup> Ver principalmente ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*.

legitimidade derivados de seu compromisso com a ética de superação do hiato entre identidade e diferença, e da sua utilização e aceitação pela comunidade de intérpretes da sociedade política.

Logo, a arbitrariedade e a subjetividade interpretativas no campo jurídico poderiam ser satisfatoriamente delimitadas por meio do compromisso ético dos intérpretes com a inclusão e o respeito ao outro, sendo que as distorções provocadas por uma interpretação mal-intencionada não encontrariam eco na comunidade política que efetivamente se constituísse em um conjunto amplo de intérpretes comprometidos com o pluralismo social e com o constitucionalismo filosófico.

### **1. Crise interpretativa e transição da comunidade política moderna para a comunidade política pós-moderna.**

A idéia da identidade do sujeito constitucional foi trabalhada por Rosenfeld originalmente em seu artigo “The identity of the constitutional subject”<sup>27</sup>; as bases epistemológicas e filosóficas de seu trabalho, entretanto, encontram-se sistematizadas e expostas em sua obra posterior, “Just Interpretations: law between ethics and politics”<sup>28</sup>, livro que se destina a analisar a atual crise de interpretação jurídica pela qual passam as comunidades políticas ocidentais. Tal crise tem sua origem na ausência de critérios éticos amplamente aceitos nas comunidades políticas para orientar a solução dos problemas

---

<sup>27</sup> ROSENFELD, Michel. *The identity of the constitutional subject*. Cardozo Law Review: Law and the Postmodern Mind - Jan/1995. p. 1049-1109. A tradução de Menelick de Carvalho Netto, presentemente utilizada, foi autorizada pelo autor. ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

<sup>28</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*.

oriundos da interpretação legal, transformando as várias questões e controvérsias jurídicas em discussões políticas nas quais aparentemente o direito e a interpretação jurídica não se distinguem de opções subjetivas e arbitrárias. A própria interpretação jurídica, e não apenas seus resultados, passa a ser contestada. Além de apresentar uma crítica às principais formulações teóricas<sup>29</sup> que pretendem oferecer uma solução para o aparente colapso da interpretação jurídica e a conseqüente transformação do direito e sua interpretação em mera atividade política<sup>30</sup>, Rosenfeld elabora a sua própria proposta de solução da crise, fundada na distinção entre a interpretação jurídica e a atividade política, a partir da filosofia desconstrutivista e do comprometimento com o pluralismo<sup>31</sup> como fato e como norma.

O problema relativo à interpretação jurídica inexistente nas comunidades políticas cujos membros compartilham ideais éticos semelhantes:

(...) Nas comunidades políticas coesas, nas quais seus membros compartilham uma visão comum sobre o bem, a interpretação jurídica provavelmente não se tornará uma questão maior. Mais precisamente, a interpretação jurídica pode acarretar uma série de dúvidas técnicas nessas comunidades, mas provavelmente não figurará como uma questão política problemática e divisora.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Dentre elas, Rosenfeld analisa e rebate: o novo formalismo legal de Fish e Weinrib, a teoria autopoietica de Niklas Luhmann, o paradigma procedimentalista de Jurgen Habermas, e o pragmatismo de Posner e Rorty.

<sup>30</sup> Política, nesse caso, deve ser compreendida como o recorrente conflito pelo comando das maiorias democráticas: “(...) ou seja, política no sentido pejorativo da busca desprovida de princípios, obscura, e muitas vezes manipuladora, por vantagens na arena política.” ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 17 “(...) that is, politics in the perjorative sense of the unprincipled, shrewd, and often manipulative quest for advantage in the political arena.”

<sup>31</sup> Sobre o pluralismo, ver o Capítulo III.

<sup>32</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. .p I. “(...) In cohesive polities sharing a common vision of the good, legal interpretation is not likely to be a major issue. To be sure, legal interpretation may give rise to a number of technical issues in such polities, but it is not likely to figure as a problematic and divisive political issue.”

Nessas comunidades políticas coesas, nas quais existe um projeto político razoavelmente determinado e coerente, o papel relevante exercido pelo direito, pela ética e pela política costuma ser suficientemente delineado sem grandes dúvidas e questionamentos. Na verdade, em tais comunidades, todos esses elementos contribuem complementarmente para que os pressupostos de legitimidade da comunidade se mantenham estáveis e operantes. Dessa forma, os critérios da interpretação jurídica dificilmente serão contestados, uma vez que, mesmo que sejam recorrentes os problemas técnicos de interpretação jurídica, a função essencial do sistema legal é considerada legítima e adequada.

Entretanto, predominam no Ocidente as comunidades políticas heterogêneas, nas quais está presente uma vasta gama de pressupostos e objetivos normativos diferentes. Dois são os principais tipos de comunidade política<sup>33</sup> dessa espécie: as comunidades políticas modernas e as comunidades políticas pós-modernas, sendo que é a transição da comunidade política moderna para a pós-moderna que usualmente desencadeia o processo de crise da interpretação jurídica.

A comunidade política moderna pode ser caracterizada como:

(...) uma comunidade política com uma pluralidade de concepções concorrentes sobre o bem, mas também com uma ampla compreensão compartilhada sobre como lidar com essa pluralidade visando o objetivo comum de promover unidade e coesão. Em uma comunidade política moderna dessas, a manutenção do equilíbrio entre pluralidade e unidade seria uma

---

<sup>33</sup> Segundo Rosenfeld, as comunidades políticas modernas e pós-modernas são modelos ideais que servem para explicar de maneira mais clara a crise da interpretação legal. No mundo real, as várias comunidades políticas enquadram-se dentro do espectro de possibilidades variantes entre as diversas formas de comunidades políticas apresentadas.

preocupação predominante que poderia ser atingida por meio da cuidadosa divisão de trabalho entre lei, ética e política (...) Mais especificamente, a pluralidade seria preservada por meio da garantia de direitos fundamentais, e a unidade promovida por meio do auto-governo democrático.<sup>34</sup>

Logo, nas comunidades políticas modernas, a constituição deve exercer o papel fundamental de delimitar os direitos fundamentais que não podem ser alterados ou restringidos pelas maiorias democráticas, bem como de estabelecer a estrutura político-institucional da comunidade que garanta a democracia. A garantia dos direitos fundamentais, conforme a lógica de Rosenfeld, possibilita a existência de um campo ético independente do direito e da política, enquanto a clara demarcação da estrutura institucional delimitaria campos específicos de atuação tanto para o direito quanto para a política. Nesse sentido, o direito seria o repositório das decisões majoritárias e democráticas do passado, e a política seria o campo de definição e determinação das maiorias democráticas do futuro.

Os conflitos sobre interpretação jurídica nas comunidades políticas modernas, portanto, tenderiam a se fixar nos problemas relativos à jurisdição constitucional. A questão central, dentro do presente esquema, seria a de garantir o equilíbrio entre a pluralidade e a unidade por meio de interpretações constitucionais que nem supraprotejam, nem infraprotejam os direitos fundamentais. Compreende-se que, em tais comunidades, a unidade depende da neutralidade entre as várias concepções de bem nela existentes. Desse

---

<sup>34</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*.p.3. “(...) a polity with a plurality of competing conceptions of the good, but also with a broadly based shared understanding on how to handle this plurality consistent with the common objective of promoting unity and cohesiveness. In such a modern polity, maintaining a balance between plurality and unity would be a predominant concern that could be met through a careful division of labor between law, ethics, and politics (...) More specifically, plurality would be preserved through allocation of fundamental rights, and unity promoted through democratic self-governance.”

modo, a infraproteção ameaça a necessária diversidade de concepções de bem, e a supraproteção conduz ao desrespeito à vontade das maiorias democráticas. Logo:

O principal dilema interpretativo das comunidades políticas modernas refere-se a como e onde traçar a linha divisória entre normas legais majoritárias e normas legais contramajoritárias, de modo a atingir um equilíbrio justo e funcional entre unidade e diversidade. Ademais, por falta de um referencial estável de valores éticos universais compartilhados, torna-se difícil abranger simultaneamente os aspectos ligados ao ‘como’ e ao ‘onde’, dividindo a comunidade política moderna, conseqüentemente, entre aqueles que acreditam que a interpretação deveria concentrar-se no ‘como’, e aqueles que sustentam que ela deveria buscar pelo ‘onde’.<sup>35</sup>

A crise da comunidade política moderna, que tende a transformá-la em uma comunidade política pós-moderna, decorre justamente da insolúvel tensão entre métodos interpretativos jusnaturalistas e juspositivistas. O jusnaturalismo é incapaz de garantir a imparcialidade entre as várias concepções de bem existentes na comunidade, tendendo sempre a favorecer, dentro de suas possibilidades interpretativas, uma ou algumas concepções de bem. Já o positivismo, apesar de aparentemente imparcial – desde que ele se funde formalmente em procedimentos neutros em relação às várias concepções de bem –, tende sempre a se tornar arbitrário. Em última instância, tal arbitrariedade decorre do fato de que nenhum procedimento formal juspositivista pode efetivamente, se autojustificar<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 4. “The principal interpretative dilemma confronting the modern polity concerns how and where to draw the line between majoritarian and antimajoritarian legal norms as so to strike a fair and workable balance between unity and diversity. Moreover, because of the lack of a stable common reservoir of universally shared ethical values, it may be too ambitious to aim for both the ‘how’ and the ‘where’, consequently splitting the modern polity between those who believe that interpretation should concentrate on the ‘how’ and those who maintain that it should aim at the ‘where’.”

<sup>36</sup> Segundo Rosenfeld, as duas hipóteses mais famosas de justificativa positivista são as normas de reconhecimento propostas por Hart e a norma fundamental pugnada por Kelsen – ambas, entretanto, são incapazes de se autojustificar, em última instância, sem recorrer a conceitos metafísicos ou religiosos. Do mesmo modo, ainda que o positivismo se ampare na vontade democrática da maioria, tal procedimento apenas se autojustificaria caso existisse um relevante consenso unânime entre os membros da comunidade política – fato improvável nas comunidades políticas modernas, caracterizadas pela presença de diversas e conflitantes concepções sobre o bem. Sobre o tema, ver HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. [Trad. : A. Ribeiro

A tensão entre o jusnaturalismo e o positivismo costuma ser branda quando os resultados interpretativos decorrentes de ambas as concepções forem semelhantes ou próximos entre si. Entretanto, na medida em que a tensão se agrava e os resultados interpretativos passam a ter menor contato entre si, tornando-se amplamente divergentes, a legitimidade da jurisdição constitucional tende a ser cada vez mais questionada, uma vez que o jusnaturalismo torna-se, aparentemente, mais e mais tendencioso, e o positivismo, mais e mais arbitrário. Desse modo, a impressão de ilegitimidade passa a impregnar tanto a defesa de direitos fundamentais frente à vontade da maioria democrática quanto a imposição da vontade da maioria em detrimento da defesa de direitos fundamentais.

É justamente dessa crise que surge a comunidade política pós-moderna, em que a desconfiança em relação à jurisdição constitucional alastra-se para todas as formas de interpretação jurídica. Segundo Rosenfeld:

Como a comunidade política moderna, a pós-moderna caracteriza-se pela existência de uma pluralidade de concepções sobre o bem. Diferentemente de sua contraparte moderna, entretanto, a comunidade política pós-moderna carece de uma compreensão ampla e compartilhada sobre como promover unidade e coesão e, ao mesmo tempo, preservar sua pluralidade e lidar de forma justa com os problemas que sofre em consequência de sua diversidade. De um ponto de vista interpretativo, a transição da comunidade política moderna para a pós-moderna vincula-se à erosão do poder persuasivo do jusnaturalismo e do positivismo. Apesar de a transição poder ser gradual, a fronteira entre a comunidade política moderna e a pós-moderna é cruzada quando o jusnaturalismo perde completamente sua influência e quando o positivismo passa a ser considerado meramente arbitrário.<sup>37</sup>

---

Mendes]. 3ª Ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. e KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. [Trad: João Baptista Machado]. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>37</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 6. “(...) Like the modern polity, the postmodern one is characterized by the existence of a plurality of conceptions of the good. Unlike its modern counterpart, however, the postmodern polity lacks a broadly based shared understanding of how to promote unity and cohesiveness while at the same time preserving its plurality and dealing fairly with the

O jusnaturalismo torna-se inaceitável na medida em que todas as suas possibilidades interpretativas vinculam-se necessariamente a uma determinada concepção de bem, inviabilizando qualquer pretensão universalista. Nenhuma interpretação tem a capacidade de se justificar a partir de todas as concepções de bem existentes, de modo que a possibilidade de justificação interpretativa, nas comunidades políticas pós-modernas, pode ser, no máximo, puramente local e específica. Justamente por isso, o positivismo perde igualmente seu apelo, pois, devido à redução do universal ao local, toda interpretação positivista não passa de favorecimento a uma dada preferência local e específica. Desse modo, quer o juiz tome sua decisão amparado no texto legal, quer ele recorra a valores subjetivos, sua sentença será necessariamente o favorecimento de uma determinada concepção de bem em detrimento de outras.

Dentro desse panorama de colapso do positivismo e do jusnaturalismo, o direito perde sua conexão com a ética<sup>38</sup>, e torna-se indiscernível da mera política. Como já não existem valores comunitariamente compartilhados, todas as normas e estruturas institucionais passam a ser percebidas como o puro e simples favorecimento de uma dada concepção de bem. Nesse quadro, o ato interpretativo perde a sua capacidade de alcançar a

---

issues that arise as consequence of its diversity. From an interpretative standpoint, the transition from the modern polity to the postmodern one is linked to the erosion of the persuasive power of naturalism and positivism. Although this transition may be gradual, the boundary between the modern and the postmodern polity is crossed when naturalism completely loses its sway and when positivism becomes regarded as merely arbitrary.”

<sup>38</sup> Conexão essa consubstanciada na proteção dos direitos fundamentais.

justiça, pois toda a interpretação, necessariamente tendenciosa, é apenas uma interpretação<sup>39</sup>.

A proposta de Rosenfeld, portanto, passa a ser a de apresentar uma solução para a crise interpretativa, tributária do colapso das diferenças entre direito, ética e política, que assola as comunidades políticas pós-modernas<sup>40</sup>. Para tanto, o autor recorre diretamente aos pressupostos ético-filosóficos de uma das possibilidades de interpretação da filosofia desconstrutivista.

## **2. Desconstrução e interpretação jurídica.**

A crise da interpretação jurídica, apresentada no item anterior, pode ser resumida, em suas linhas gerais, aos seguintes fatores: a perda da fé dos intérpretes jurídicos na existência de um critério objetivo de aferição do sentido dos textos legais, consubstanciada na intensificação dos conflitos entre vários intérpretes diferentes; a dissolução do consenso relativo a valores éticos comumente compartilhados pelos membros da comunidade

---

<sup>39</sup> Daí o título do livro, que é um trocadilho entre *just interpretations* – apenas interpretações; e *just interpretations* – interpretações justas.

<sup>40</sup> Não cumpre, no presente trabalho, estabelecer se a comunidade política brasileira é moderna, pós-moderna, ou transicional. O problema, entretanto, é menor, na medida em que a proposta de Rosenfeld é aplicável tanto para as comunidades pós-modernas, quanto para as modernas. A única exigência, posta pelo próprio autor, para a utilidade de suas teses reside na existência do pluralismo numa dada comunidade, fato amplamente reconhecido na nossa Constituição Federal de 1988. Vale a pena ressaltar, porém, que a sociedade brasileira apresenta traços consideravelmente semelhantes aos descritos para uma comunidade pós-moderna, ainda que não tão dividida quanto a sociedade norte-americana. Sobre o tema ver .” ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. p. 7., comentando sobre a desnecessidade da democracia constitucional, e, portanto, de suas reflexões, em sociedades não plurais: “De fato pode-se pensar em casos nos quais a democracia constitucional seria supérflua, ou mesmo indesejável. Por exemplo, para uma sociedade fechada e homogênea que seja profundamente religiosa e governada por líderes reverenciados a quem se credita ter acesso direto a comandos divinos, uma teocracia seria obviamente mais apropriada que uma democracia constitucional.” “(...)Indeed, one can think of cases in which constitutional democracy could be superfluous, or even undesirable. For example, in a close knit homogeneous society that is deeply religious and ruled by revered leaders who are widely believed to have direct access to divine commands, a theocracy would plainly seem more appropriate than a constitutional democracy.”

política; a aparentemente inescapável indeterminação das normas legais, bem como a crença de que todas as decisões jurídicas são invariavelmente políticas e subjetivas.

Visando apresentar uma possibilidade de esteio filosófico para a solução dessa crise, Rosenfeld recorre à filosofia desconstrutivista, mormente sua interpretação particular de algumas das idéias de Jacques Derrida<sup>41</sup>. Após reconhecer que, à primeira vista, a filosofia desconstrutivista conduziria à conclusão de que a interpretação legal está inevitavelmente fadada a ser conflituosa, contraditória e indeterminada, Rosenfeld trata do próprio significado do desconstrutivismo:

(...) Qualquer tentativa de definir a desconstrução é no mínimo perigosa, já que existe desacordo sobre se ela é um método, uma técnica, ou um processo baseado em uma visão ontológica e ética particular (...). Todavia, deixando essas dificuldades de lado por ora, parece justo dizer que a desconstrução postula que a escritura precede o discurso ao invés de operar meramente como suplemento para o discurso (...), afirma que todo texto refere-se a outros textos (...), e enfatiza que as discontinuidades entre a lógica e a retórica do texto cria inevitavelmente disparidades entre o que o autor de um texto quer dizer e o que o texto, todavia, se restringe a significar (...). Em outras palavras, no contexto da desconstrução, todos os textos (sejam eles orais ou escritos) são escrituras que se referem a outras escrituras.<sup>42</sup>

Desse modo, um texto jamais revela de forma clara e transparente o que o seu autor quis dizer e significar. Pelo contrário, de acordo com a desconstrução, todo texto encarna

---

<sup>41</sup> As principais obras de Derrida utilizadas por Rosenfeld são: DERRIDA, Jacques. *De la grammatologie*. Paris: Éditions de Minuit, 1976.; DERRIDA, Jacques. *Positions*. Paris: Éditions de Minuit, 1981.; DERRIDA, Jacques. *Marges – de la philosophie*. Paris: Éditions de Minuit, 1982.; e DERRIDA, Jacques. *Glas*. Paris: Galilée, 1986.

<sup>42</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p 14. “(...) Any attempt at defining deconstruction is hazardous at best as there is disagreement over whether deconstruction is a method, a technique, or a process based on a particular ontological and ethical vision. (...) Nevertheless, leaving these difficulties aside for now, it seems fair to assert that deconstruction postulates that writing precedes speech instead of operating as a mere supplement to speech (...), stresses that every text refers to other texts (...), and emphasizes that discontinuities between the logic and rhetoric of texts create inevitable disparities between what the author of a text means to say and what the text is nonetheless constrained to mean (...). In other words, in the context of deconstruction, all texts (whether oral or written) are writings that refer to other writings.”

uma tentativa falha de reconciliar identidade e diferença, unidade e diversidade, o “eu” e o “outro”. Conquanto um texto possa apresentar a aparência de ter atingido essa desejada reconciliação, tal aparência decorre necessariamente de distorção ideológica, da supressão da diferença, ou da subordinação do “outro” – situação na qual todo o discurso legal moderno, com suas aspirações universalistas, se encontra.

A proposta desconstrutivista, portanto, confirma a crise da interpretação jurídica que assola as comunidades políticas ocidentais. Entretanto, resta esclarecer se os pressupostos da teoria desconstrutivista confirmam ou rejeitam a tese de que o direito e a interpretação legal resumem-se, em última análise, à política. Segundo Rosenfeld, a compreensão do problema exige um maior esclarecimento sobre o exato significado da desconstrução. Assim, a desconstrução teria as seguintes características: prevalência da escritura sobre o discurso, a natureza intertextual de todas as escrituras, a dicotomia entre a intenção do significado e a necessária restrição do significado, e a impossibilidade de todas as escrituras efetivamente reconciliarem as diferenças e incluírem o “outro”<sup>43</sup>. Além disso:

(...) a combinação da prioridade da escritura com sua natureza intertextual faz com que todo sentido seja *adiado*. O sentido de uma escritura não é nem auto-evidente nem auto-presente, mas depende de uma leitura futura (ou re-coleção) do passado dessa escritura. Uma vez que toda leitura envolve uma re-escritura (...), todo sentido depende de uma futura re-escritura de escrituras passadas como re-escritas na escritura presente que confronta o intérprete. Uma escritura presente é uma escritura passada re-escrita e uma escritura futura ainda não re-escrita. Ou dito diferentemente, uma escritura presente é tanto o aperfeiçoamento e a rasura de uma escritura passada (ou não mais presente) quanto um texto que deverá enfrentar rasura e aperfeiçoamento por alguma outra escritura futura (ou ainda não presente) para adquirir sentido. Em uma

---

<sup>43</sup> Sobre o tema, Rosenfeld sugere NORRIS, Christopher. *Derrida*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987.

palavra, a partir da perspectiva da desconstrução, o sentido depende da transformação do que não está mais presente pelo que ainda não está presente.<sup>44</sup>

Uma vez que o sentido exige uma sempre constante re-interpretação do passado, bem como deve estar perenemente aberto para interpretações futuras, parece que ele necessariamente se dissolveria em constantes e infinitos deslocamentos temporais, tanto futuros quanto passados. Todo instante de sentido é presente, foi passado e será futuro, em algum momento na passagem do tempo, de modo que o sentido efetivo de uma escritura nunca será certo, terá sempre uma natureza fugidia – “(...) paradoxalmente, o sentido de um texto pode possivelmente ser qualquer um menos aquele que ele presentemente parece ser.”<sup>45</sup>. Tendo em vista tais considerações, a crise da interpretação jurídica parece ser insolúvel, pois, uma vez que a busca por sentido se resume a um deambular temporal infinito, os intérpretes mais capazes conseguirão impor a sua própria visão arbitrária do sentido, dissolvendo efetivamente o direito em política.

Entretanto, a concepção apresentada acima trata a desconstrução apenas como uma técnica ou método de interpretação. Considerada como uma mera técnica interpretativa desligada de um panorama ontológico e filosófico mais amplo, a desconstrução serve apenas como um desestabilizador de sentidos, já que seu método sistematicamente desvela

---

<sup>44</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 18. “(...) the combination of the priority of writing and its intertextual nature causes all meaning to be deferred. The meaning of a writing is neither immediately given nor self-present but depends on some future reading (or re-collecting) of that writing’s past. And since all reading involves a rewriting (...), all meaning depends on a future rewriting of past writings as rewritten in the present writing that confronts the interpreter. A present writing is a rewritten past writing and a not yet rewritten future writing. Or put somewhat differently, a present writing is both a completion and an erasure of a past (or no longer present) writing and a text that must face erasure and completion by some future (or not yet present) writing in order to acquire meaning. In a word, from the standpoint of deconstruction, meaning depends on the transformation of what is no longer present by what is not yet present.”

<sup>45</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 19. “(...) paradoxically, the meaning of a text could possibly be anything except that which it presently appears to be.”

as contradições presentes em qualquer texto. Entretanto, a técnica desconstrutivista, se vinculada a uma concepção ontológica que não a separe completamente da ética, pode resultar em um conceito de desconstrução que, apesar de manter o vínculo necessário entre as escrituras passadas, presentes e futuras, não conduz necessariamente à conclusão de que todo sentido é arbitrário e meramente subjetivo.

A concepção alternativa de desconstrução defendida por Rosenfeld se ampara na ontologia da separação insuperável entre o “eu” e o “outro”, ou, em outros termos, trata-se de uma ontologia do adiamento infinito da completa reconciliação entre o “eu” e o “outro”. Tal ontologia, ademais, é suplementada por uma ética de inclusão e cuidado com o outro, ou seja: “(...) uma ética que deve sempre ser tentada e renovada, mas que nunca poderá ser satisfeita, pois o sentido de inclusão e cuidado jamais poderá ser suficientemente determinado, uma vez que o eu sempre permanece (de algum modo) separado do outro.”<sup>46</sup> Nesse sentido, a diferença existente entre o “eu” e o “outro” jamais poderá ser totalmente reintegrada em uma totalidade que englobasse tanto o “eu” quanto o “outro”, de forma que, no plano ético, a diferença requer e frustra, ao mesmo tempo, uma incessante busca por inclusão e cuidado em relação ao “outro”.

A concepção ontológica da desconstrução, apesar de não fixar permanentemente o sentido, impede que ele seja completamente arbitrário. Uma vez que as exigências e pressupostos tanto da ontologia quanto da ética são históricos, ou seja, decorrem de

---

<sup>46</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p .19 “(...) an ethic that must always be attempted and renewed but that can never be satisfied because the meaning of ‘inclusion’ and of ‘care’ can never be sufficiently determined to the extent that the self always remains (somewhat) estranged from the other.”

experiências sociais históricas e concretas, as várias possibilidades de sentido, ainda que não sejam completamente determinadas, tornam-se restritas. Desse modo, ontologia e ética, ao se voltarem tanto para o passado como para o futuro, constantemente determinam possibilidades variadas de interpretação, sugerindo novos sentidos e renegando sentidos antigos, sem nunca, entretanto, articular definitivamente e exaurir as possibilidades de sentido.

Uma vez que todas as escrituras têm natureza intertextual, a arbitrariedade interpretativa pode ser evitada desde que os textos sejam interpretados a partir de um nível de abstração adequado. Um nível muito alto de abstração torna todos os sentidos de um texto intercambiáveis, na medida em que a interpretação se perde na linha de possibilidades passadas infinitas e de possibilidades futuras incompletas. Um nível muito baixo de abstração, por outro lado, obscurece os possíveis sentidos de um texto, já que o excesso de atenção nas marcas individuais da escritura torna inapreensíveis as relações intertextuais necessariamente presentes.

O nível adequado de abstração exige que os textos sejam interpretados como parte do processo histórico de formação que dá contornos à ontologia do adiamento da reconciliação entre o “eu” e o “outro”, bem como analisados à luz da exigência ética de busca <sup>47</sup>pelo “outro” decorrente de cada um desses adiamentos. Desse modo:

---

<sup>47</sup> A expressão original “*renewed ethical call for the other*” poderia tanto ser traduzida como renovada busca ética pelo “outro” como renovado chamado ético pelo “outro”. Escolheu-se a primeira opção por se acreditar que ela guarda maior afinidade com a idéia original que a expressão representa.

(...) Em cada época histórica, existem escrituras destinadas a refletir uma visão concreta da desejada reconciliação entre o eu e o outro, mas que são restringidas pela própria visão abraçada a produzir mais um quadro do subsequente adiamento de tal reconciliação. Ademais, o quadro citado serve para expor os limites da visão ou reconciliação particulares que ele reflete. E, ao se tornarem manifestos, tais limites sugerem formas singulares que a renovada busca pelo outro possa ter que assumir diante das circunstâncias. Em outras palavras, são os próprios limites de uma dada visão da reconciliação que indicam como essa visão falhou, e sugerem para a próxima renovada busca ética pelo outro quais falhas particulares devem ser evitadas e quais obstáculos devem ser superados. Similarmente, cada visão emergente da reconciliação é informada pelas falhas particulares e pelas contradições de suas antecessoras históricas, bem como pelos defeitos de recentes buscas éticas pelo outro.<sup>48</sup>

Dessa forma, quando conduzida no nível correto de abstração, a técnica desconstrutivista, fundada na série histórica das diversas tentativas de reconciliação entre o “eu” e o “outro”, apesar de não evitar um certo grau de conflito e indeterminação, sugere uma série finita de possíveis soluções, afastando, assim, a completa arbitrariedade interpretativa. Logo, a indeterminação existente é necessariamente restrita às trocas de possibilidades semânticas de sentido sugeridas e autorizadas pela sucessão histórica de tentativas intertextuais de reconciliação entre o “eu” e o “outro”.

Entretanto, na medida em que a intertextualidade entre as escrituras é ilimitada, resta saber se é possível impor restrições à constante troca de marcas semânticas, ou seja, se, diante das infinitas possibilidades de interpretação, é de fato viável delimitar campos de sentidos legítimos a partir da ética da reconciliação. A questão se resume a saber se a

---

<sup>48</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 21. “(...) In each historical epoch, there are writings that are meant to reflect a concrete vision of the desired reconciliation between self and other but that are constrained by the very vision they embrace to produce yet another picture of the further postponement of such reconciliation. Moreover, the latter picture serves to expose the limits of the particular vision or reconciliation it reflects. And, as they become manifest, these limits suggest particular forms that the renewed ethical call to the other might have to take under the circumstances. In other words, the very limits of a vision of reconciliation indicate how that vision has failed, and suggest to the about to be renewed ethical call to the other which particular failures should be avoided and which obstacles need to be overcome. Similarly, each emerging vision of reconciliation is informed by the particular failures and contradictions of its historical predecessors as well by the shortcomings of recent ethical calls to the other.”

emergência de uma dada interpretação particular, haurida da série infinita de interpretações passadas e futuras, não seria uma escolha meramente arbitrária e subjetiva, de modo que toda prática interpretativa estaria necessariamente presa à oposição binária entre objetivo e subjetivo.

### **3. O valor das marcas semânticas.**

Segundo Rosenfeld, o sentido não é nem objetivo, nem subjetivo, mas sim intersubjetivo. Igualmente, a sempre constante possibilidade de troca de marcas semânticas interpretativas não significa necessariamente que, dada uma determinada condição histórica, qualquer sentido possa ser legitimamente substituído por qualquer outro sentido. Visando esclarecer melhor o problema, o autor traça um paralelo entre a produção de valor semântico decorrente da troca intertextual e a produção de valor econômico decorrente da troca de bens em um mercado.

Em um mercado racional maximizado, a troca de bens depende da atribuição de valor a esses bens: mais especificamente, cada bem tem um valor de uso e um valor de troca. Caso um bem não possua valor para algum consumidor último, ele não será comercializado. Do mesmo modo, se um bem não for comensurável, ele não poderá ser objeto de trocas racionais.

No caso de um mercado rudimentar, no qual existam apenas dois participantes com igual poder de barganha, a produção do valor de troca e do valor de uso dos bens parece derivar exclusivamente das opções subjetivas de seus participantes, já que esses valores

dependerão diretamente das preferências subjetivas de cada um deles por determinados bens. Já em um mercado desenvolvido, composto por milhares de participantes, os valores parecem ser objetivos, uma vez que inexiste conexão clara entre valor de uso e valor de troca, pois as preferências subjetivas de um único participante são completamente incapazes de alterar a estrutura de valores desse mercado.

Entretanto: “Olhando mais de perto, os valores dos bens no mercado rudimentar não são mais puramente subjetivos do que, estritamente falando, são objetivos os do mercado desenvolvido. Em ambos os casos, tais valores são intersubjetivos (...)”<sup>49</sup>. Os valores dos bens são, na verdade, o produto do compromisso entre os vários desejos subjetivos, ou da combinação deles, que buscam satisfação nas transações de mercado. Ou seja, em qualquer um dos mercados, o valor é o resultado de um compromisso intersubjetivo que envolve a contribuição subjetiva de cada participante ao mercado<sup>50</sup>.

Mesmo nos mercados extremamente sofisticados, nos quais a maioria das trocas acontece entre comerciantes distantes do consumidor final de um dado bem (ou seja, a maioria das trocas ocorre entre participantes alheios ao valor de uso do bem) – e, ainda que o valor de uso de um bem seja resultado não apenas dos desejos subjetivos dos consumidores, mas resulte também de um compromisso entre os objetivos de troca dos comerciantes e os desejos dos consumidores, – a troca de bens só faz sentido racional enquanto existir uma relação dinâmica entre o valor de uso e o valor de troca.

---

<sup>49</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 23. “On closer scrutiny, the values of commodities on the rudimentary market are no more purely subjective than they are strictly speaking objective on the fully developed market. In both cases, such values are intersubjective (...)”

<sup>50</sup> Logo, a única diferença efetiva entre os dois mercados é que, no mercado desenvolvido, a influência da contribuição individual é tão pequena em relação à soma de todas as contribuições, que se torna imperceptível.

Pode-se, então, traçar um paralelo entre a produção de valor econômico acima descrita e a produção de valor semântico intertextual. Segundo Rosenfeld:

Todo sentido – ou pelo menos todo sentido relacionado a eventos e transações na esfera social e política onde a comunidade de atores legais está localizada – é intersubjetivo na medida em que requer algum consenso coletivo ou compromisso referente ao acerto de certas relações intertextuais particulares. Em outras palavras, todas as interpretações doadoras de sentido no contexto da esfera social e política exigem uma re-escritura colaborativa e coletiva de material textual historicamente situado que confronta o grupo de atores. Ademais, tal re-escritura colaborativa pode ser o produto de um acordo pré-existente relativo a relevantes valores existentes no grupo de atores envolvidos, ou o produto de um compromisso dialógico semelhante ao processo de formação contratual no mercado econômico.<sup>51</sup>

O grupo de intérpretes envolvidos em uma re-escritura colaborativa pode variar de um mínimo de dois até o máximo de todos aqueles confrontados com a tarefa de interpretar um determinado texto. A possibilidade de acordo sobre a interpretação de um dado texto depende dos valores intersubjetivos compartilhados pelos atores, de modo que, para um certo texto, tanto pode existir um consenso interpretativo razoavelmente compartilhado, como desacordo completo.

Entretanto, mesmo a ausência de um mínimo de consenso sobre a interpretação de um texto pode resultar em um reforço dos valores intersubjetivos compartilhados, na

---

<sup>51</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 24. “All meaning – or at least all meaning relating to events and transactions in the social and political sphere where the community of legal actors is located – is intersubjective in that it requires some collective consensus or compromise concerning the setting of certain particular intertextual relationships. In other words, all meaning-endowing interpretations in the context of the social and political sphere require a collaborative collective rewriting of historically situated textual material that confronts a group of actors. Moreover, such collaborative rewriting may be the product of a preexisting agreement concerning relevant values among the group of actors involved, or the product of a dialogical compromise bearing a marked resemblance to the process of contract formation in the economic market.”

medida em que o desacordo pode decorrer justamente da presença desses valores como pano de fundo das desavenças interpretativas. Ademais, o desacordo em relação a certos valores pode ter seu fundamento justamente em um acordo prévio em relação a outros valores, ou ainda levar ao estabelecimento de compromisso em relação a novos valores. Assim, o valor de troca de uma certa marca semântica deriva do valor de uso estabelecido na comunidade pelos valores que lhe granjeiam sentido e significação.

Logo, todo valor semântico produzido a partir de uma re-escritura colaborativa é necessariamente intersubjetivo, quer pareça ele subjetivo, quando produzido por alguns poucos intérpretes, quer pareça ele objetivo, por se tratar de um consenso generalizado na comunidade de intérpretes. Entretanto, poder-se-ia argumentar que a produção interpretativa de sentido pode ser realizada por um único intérprete, transformando a interpretação em uma atividade puramente subjetiva e solipsística, ou seja, não colaborativa.

Porém, dada a perspectiva desconstrutivista adotada, tal questionamento perde significado, pois, para que o sentido possa ser produzido na linha temporal entre passado, presente e futuro, são necessários sempre pelo menos três intérpretes distintos. Logo, “(...) Uma leitura de uma escritura passada só é concebível como re-escritura se existir alguma base intersubjetiva sobre a qual as conexões semânticas entre a escritura passada e a re-escritura puderem ser estabelecidas.”<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 26. “(...) A reading of a past writing can only be conceivable as a rewriting if there is some intersubjective basis on which semantic connections between the past writing and the rewriting can be established.”

Igualmente, como o sentido de uma re-escritura depende de suas leituras futuras, também se faz necessária a existência de uma base intersubjetiva compartilhada entre as conexões semânticas do presente e as do futuro. Se inexistisse base intersubjetiva, a interpretação de uma escritura passada não seria uma re-escritura, mas sim uma escritura original desprovida de conexão de sentido com a escritura passada. Logo, qualquer escritura é desprovida de significado, caso ela não seja o produto de uma colaboração temporal intersubjetiva que envolva ao menos três intérpretes.

O fato de toda interpretação ser colaborativa e intersubjetiva, entretanto, não garante que as várias marcas semânticas não sejam irrestritamente equivalentes e substituíveis entre si. Toda re-escritura guarda alguma conexão semântica com sua escritura passada, bem como apresenta divergências de sentido. Resta saber se existem limites e restrições a essas conexões e divergências, ou se, de fato, todas as marcas semânticas são intercambiáveis.

De acordo com o que vem sendo ora explicitado, os limites à re-escritura, e, portanto, à possibilidade de troca das marcas semânticas, derivam da ontologia e da ética que fundamentam a desconstrução, e que restringem o escopo de re-escrituras legítimas àquelas que, além de ter como ponto de origem escrituras históricas e concretas vinculadas a uma visão falha da reconciliação entre o “eu” e o “outro”, expõem os problemas, contradições e erros que conduzem ao adiamento da desejada reconciliação.

Além disso, a operação desconstrutivista exige que toda re-escritura, por ser também uma nova escritura, especifique uma renovada tentativa de busca ética pelo outro, relativa à visão da reconciliação (a escritura original) interpretada como inadequada. Logo,

toda troca de marca semântica deve ou promover diretamente tais objetivos, ou, pelo menos, ser possivelmente ajustável a essas exigências.

Como já apontado anteriormente, os limites ontológicos e éticos impostos pela desconstrução usualmente não ditam um único e determinado sentido. Ao invés disso, eles operam por meio de mecanismos interconectados de abertura e fechamento de sentidos que legitimam certos significados e barram outros. Ademais, tais mecanismos parecem ser limitadores sem necessariamente impor ou barrar algum sentido individual isolado, de uma forma semelhante à de como o valor de uso indiretamente limita a definição do valor de troca em um mercado completamente desenvolvido. Em ambos os casos, um processo de troca aparentemente ilimitado, e aberto a qualquer finalidade, é mantido dentro de certos limites por meio da aplicação indireta de marcas normativas que endossam as trocas com sentido por meio da pontuação de seu fluxo.<sup>53</sup>

Os mecanismos interconectados de abertura e fechamento de sentidos vinculados às exigências ontológicas e éticas da desconstrução costumam deixar um considerável espaço de opções para a re-escritura de textos históricos. Quando duas ou mais possibilidades de interpretação se encontram disponíveis, apenas no futuro será possível identificar qual delas é a melhor, mais adequada e legítima das possibilidades interpretativas existentes.

Essa indeterminação inevitável do processo interpretativo muitas vezes pode dar margem para abusos interpretativos por parte de intérpretes pouco escrupulosos. Uma vez que a reconciliação completa e definitiva entre o “eu” e o “outro” é sempre adiada, cada tentativa de reconciliação estabelece uma configuração de benefícios e encargos a serem

---

<sup>53</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 27. “As also already pointed out, the ontological and ethical constraints imposed by deconstruction do not usually dictate a single determinate meaning. Rather, they operate through interconnected path-opening and path-closing mechanisms that legitimate certain meanings and bar others. Moreover, these mechanisms appear to be constraining without necessarily imposing or barring any isolated individual meaning in a way that is reminiscent of how use value indirectly constrains the definition of exchange value in a fully developed market. In both cases, an otherwise seemingly unconstrained, unstoppable, and open-ended exchange process is kept within certain bound through the indirect application of normative markers that endow exchange with meaning through punctuation of its flow.”

divididos entre o “eu” e o “outro”. Um intérprete mal-intencionado pode, saltando de possibilidade interpretativa legítima para possibilidade interpretativa legítima, desviar-se de sua obrigação ética e estabelecer uma configuração que maximize os benefícios pessoais e minimize os encargos pessoais de seu “eu”, atribuindo a maioria dos encargos e a menor parte dos ganhos ao “outro”.

Na medida em que toda interpretação inserida nas linhas temporais de escrituras e re-escrituras dos textos jurídicos deve se pautar por uma ontologia ligada à inclusão, ao respeito e ao cuidado com o outro, tem-se um critério coeso, de base filosófica, histórica e institucional, voltado para estabelecer parâmetros e limites à subjetividade e à arbitrariedade na argumentação jurídica de um intérprete mal-intencionado.

Ainda que a ética desconstrutivista não fixe determinadamente possibilidades interpretativas e argumentativas únicas, a necessidade de adequar os textos jurídicos às exigências dela decorrentes estabelece factualmente conjuntos de possibilidades interpretativas que podem ser consideradas legítimas ou ilegítimas dentro de contextos históricos, sociais e culturais específicos.

Desse modo, ainda que uma perspectiva ética baseada na ontologia da desconstrução seja, à primeira vista, incapaz de resolver os vários e infinitos problemas da interpretação e da argumentação jurídicas nas comunidades políticas modernas e pós-modernas, ela oferece um rico e importante horizonte de possibilidades e construções textuais nas quais o direito não se resume à mera política, mas mantém seu papel

específico e privativo na manutenção e articulação das comunidades políticas atuais.

Assim:

Para prevenir abusos, os intérpretes devem estar presos a um padrão de integridade de acordo com o qual a troca de uma perspectiva interpretativa disponível para outra seja apenas justificável se acompanhada por uma completa e sincera aceitação de todos os encargos associados à última perspectiva interpretativa. Consistentemente com esse requisito de integridade, um intérprete não pode recorrer a uma perspectiva interpretativa disponível para exigir uma vantagem em uma ocasião, e, na próxima ocasião, abandonar essa perspectiva interpretativa em favor de outra para evitar um encargo. Um intérprete, entretanto, pode trocar de perspectivas, caso ele sinceramente acredite que a nova perspectiva é mais adequada para promover a desejada reconciliação, e se ele estiver disposto a assumir todos os encargos que possam vir a decorrer da adoção da nova perspectiva.<sup>54</sup>

Percebe-se, portanto, que qualquer prática interpretativa que se ajuste aos requisitos ontológicos e éticos da desconstrução jamais poderá ser reduzida à mera atividade política. Resta analisar, entretanto, se os princípios e requisitos da desconstrução são compatíveis com a interpretação jurídica e com o direito, de modo a oferecer uma contribuição legítima para a solução da crise da interpretação legal.

Antes de realizar tal análise, Rosenfeld faz um resumo dos pressupostos da desconstrução, que seriam: o perpétuo adiamento da reconciliação entre o “eu” e o “outro”, que implica a existência de um universo intersubjetivo inevitavelmente dividido entre ambos; a postulação ética da necessidade de uma sempre renovada busca pelo “outro”, que

---

<sup>54</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 28. “To prevent abuses, interpreters should be held to a standard of integrity according to which shifts from one available interpretive avenue to another would only be justifiable if accompanied by a full and sincere assumption of all the burdens associated with the latter interpretive avenue. Consistent with this requirement of integrity, an interpreter may not resort to an available interpretive avenue to press for an advantage on one occasion and then on the next occasion, abandon that interpretive avenue in favor of another to avoid a burden. An interpreter, however, may switch from one available interpretive perspective to another if that interpreter sincerely believes that the latter perspective is better suited to promote the attempted reconciliation sought and if he or she is fully prepared to assume all the burdens that might flow from adoption of the new perspective.”

torna imprescindível a procura por formas de interação social comprometidas com a possibilidade de uma reconciliação entre “eu” e “outro” que permitam o amplo desenvolvimento concorrente dessas instâncias; e que “eu” e “outro” não se referem a realidades fixas e determinadas, mas tratam de relações entre identidade e diferença que dependem necessariamente de contextos para adquirirem sentido<sup>55</sup>.

Logo, a interpretação jurídica pode ser consistente com os métodos e os princípios da desconstrução, na medida em que o direito se constitui em uma prática orientada para um universo de atores sociais divididos entre “eu” e “outro”, com o objetivo de superar o abismo entre o “eu” e o “outro” sem sacrificar ou comprometer qualquer um dos dois. Obviamente, nem todas as concepções de direito satisfazem essas duas condições.

Entretanto, segundo Rosenfeld, os sistemas de direito modernos prevalentes nas democracias ocidentais são caracterizados, principalmente: pela existência do pluralismo de grupos; pela presença de regras gerais de direito universalmente aplicáveis a todos, independentemente de sua posição social, e que impõem direitos e deveres aos indivíduos; e pela separação das funções legislativas e jurisdicionais, que visa garantir a autonomia da lei por meio da separação entre a aplicação das normas legais e a atividade política.

---

<sup>55</sup> “Por exemplo, homens e mulheres brancos podem constituir um único “eu” no contexto do racismo contra os negros – ou seja, tais homens e mulheres se identificam como brancos e se referem aos negros como sendo “os outros” – e ser “eu” e “outro” no contexto da relação entre os sexos, na qual a diferença se define a partir de linhas de gênero.” ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 29. “(...) For example, white men and women may constitute a single self in the context of racism against blacks – that is, such men and women identify with one another as being white and relate to blacks as “the other” – and self and other in the context of the relationship between that sexes, where difference is defined along gender lines.”

O pluralismo de grupo revela a separação do universo social entre “eu” e “outro”. As regras de direito universalmente aplicáveis podem ser compreendidas como tentativas de reconciliação entre o “eu” e o “outro” que estabelecem direitos e deveres que transcendem os interesses de grupos sociais específicos<sup>56</sup>. Assim, na medida em que os sistemas de direito operam a partir do pluralismo de grupo e da utilização de leis universalmente aplicáveis, eles satisfazem as duas condições necessárias para que a desconstrução possa ser empregada em sua atividade interpretativa.

Desse modo, Rosenfeld conclui que a teoria desconstrutivista pode ser útil para oferecer algumas linhas de possibilidade para a solução da crise da interpretação jurídica. É justamente com base no arcabouço teórico oriundo dessa reconstrução do desconstrutivismo que Rosenfeld desenvolve a idéia da identidade do sujeito constitucional.

---

<sup>56</sup> Entretanto, todas essas tentativas inevitavelmente falharão, já que leis universais, mesmo que reconciliem pontos de vista antagônicos em uma perspectiva formal, são incapazes de não privilegiar, necessariamente, certos valores subjetivos em detrimento de outros.

## **CAPÍTULO II – Formação e Posição da Identidade do Sujeito Constitucional.**

O presente capítulo dedicar-se-á a apresentar os contornos do conceito da identidade do sujeito constitucional, visando situar a discussão tanto em relação à sua problemática quanto ao seu potencial teórico e prático<sup>57</sup>. Tratar-se-á em detalhes do conceito ora discutido, passando-se à exposição e à análise de seu processo de constituição e constante modificação – que perpassa pela utilização criativa da filosofia hegeliana e da teoria psicanalítica de Lacan para explicar o papel e a posição da identidade constitucional a partir da idéia da negação da identidade do sujeito, tanto em seu aspecto de fundamento da ordem constitucional, quanto em seu potencial discursivo.

A idéia da identidade constitucional vincula-se estreitamente ao conteúdo ético presente no desconstrutivismo de Rosenfeld, de forma que a legitimidade mesma de uma determinada ordem constitucional depende, a partir da presente ótica, do comprometimento dos discursos sobre a identidade constitucional com os pressupostos éticos de superação do abismo entre o “eu” e o “outro”, que evitam o colapso do direito em mera política, impedindo a completa arbitrariedade e subjetividade interpretativas.

Desse modo, pretende-se compreender em que medida os discursos constitucionais – sejam eles emitidos por um juiz de uma corte constitucional, sejam por um intérprete da

---

<sup>57</sup> Sobre algumas das possibilidades de aplicação prática da idéia de identidade do sujeito constitucional, ver ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

constituição –, necessariamente se vinculam a uma construção possível da identidade constitucional, bem como podem estabelecer reconstruções viáveis dessa mesma identidade, visando ora a justificação de uma situação vigente (manutenção do *status quo*), ora a crítica dessa mesma situação, a partir de um ideal contrafático oriundo de uma possibilidade de interpretação reconstrutiva da identidade constitucional.

### **1. Contornos do conceito da identidade do sujeito constitucional.**

Michel Rosenfeld inicia a sua reflexão sobre a identidade do sujeito constitucional com a seguinte afirmação: “A identidade do sujeito constitucional (*constitutional subject*) é tão evasiva e problemática quanto são difíceis de se estabelecer fundamentos incontrovertidos para os regimes constitucionais contemporâneos.” (grifo no original)<sup>58</sup>. O conceito de identidade do sujeito constitucional compõe-se, na verdade, de dois conceitos correlatos. O primeiro deles é o de sujeito constitucional, que se refere tanto aos elaboradores da Constituição, quanto àqueles que estão sujeitos às suas proposições<sup>59</sup>. O segundo refere-se à matéria constitucional (*subject matter*), aos próprios elementos que

---

<sup>58</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 17.

<sup>59</sup> Essa distinção é um problema mais agudo nos EUA, onde a corrente originalista de interpretação constitucional defende que apenas a intenção original dos constituintes originários deve ser levada em consideração na esfera de decisão da jurisdição constitucional. Sobre o problema, ver MONAGHAN, Henry P. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. 88 Colum. L. Ver. 723 (1988). No caso brasileiro, tanto elaboradores da constituição quanto seus “súditos” podem ser todos reunidos na idéia de uma comunidade política aberta de intérpretes constitucionais. Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto defende que a tradição brasileira de controle de constitucionalidade difuso constitui-se em: “(...)Uma herança que marca a compreensão da Constituição como de autoria de todos nós, que afirma que a matéria constitucional diz respeito a todos nós. O controle difuso faz com que qualquer um de nós seja intérprete autorizado da Constituição, uma vez que não se autorizou ao Legislativo e nem a qualquer outro poder violar direitos fundamentais, e em que a matéria constitucional, por ser sempre afeta aos direitos fundamentais de todos nós, reconhece-se competência para discussão, averiguação e decisão dessa matéria a qualquer juiz em qualquer caso concreto que surja diante dele.” CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional e os Desafios Postos aos Direitos Fundamentais*. In.: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 163.

constituem uma dada identidade constitucional. Além das dúvidas relativas a sobre quem e o quê compõem a identidade do sujeito constitucional, a identidade constitucional é problemática também por tender a se alterar com a passagem do tempo, e se encontrar usualmente entrelaçada com outras identidades culturais da comunidade política, nas quais se mesclam aspectos étnicos, culturais, religiosos, lingüísticos, etc. Assim,:

(...) Para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras. O problema, no entanto, é que tanto o passado quanto o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar as linhas de continuidade.<sup>60</sup>

A identidade constitucional é igualmente problemática em sua relação com um determinado texto constitucional escrito. Toda constituição escrita é necessariamente incompleta e aberta a múltiplas interpretações possíveis e plausíveis, muitas vezes conflitantes entre si. Do mesmo modo, um dado texto constitucional jamais será capaz de contemplar todos os temas pertinentes às questões oriundas tanto do constitucionalismo quanto da própria Constituição, tornando a apreensão da identidade constitucional uma tarefa sempre carente de complementação, e, portanto, sempre necessariamente aberta à interpretação<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 17-18.

<sup>61</sup> Rosenfeld cita, como mais um aspecto da problemática relação entre a identidade constitucional e o texto constitucional, a questão atinente às emendas constitucionais. Questiona-se em que medida a ampla utilização de emendas constitucionais não significaria de fato uma quebra de continuidade entre uma dada identidade constitucional e uma nova identidade constitucional em construção, fulcrada nas emendas constitucionais. Cita-se, como exemplo, a Hungria, em que quase toda a Constituição foi alterada por meio de emendas durante a transição do socialismo para o capitalismo. Ver ARATO, Andrew. Dilemmas Arising from the Power to Create Constitutions in Eastern Europe. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994. p. 165-194. No caso brasileiro, apesar de se considerar que o problema das emendas constitucionais em relação à manutenção de uma identidade constitucional carece de estudos mais profundos, optou-se por entender que

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

(...) a identidade constitucional é problemática porque além de permanecer distinta e oposta a outras identidades relevantes, é inevitavelmente forçada a incorporá-las parcialmente para que possa adquirir sentido suficientemente determinado ou determinável. (...) Assim é que a questão-chave passa a ser a de como a identidade constitucional pode se distanciar o suficiente das outras identidades relevantes contra as quais ela precisa forjar sua própria imagem, enquanto, ao mesmo tempo, incorpora elementos suficientes dessas identidades para continuar viável no interior de seu próprio ambiente sociopolítico.<sup>62</sup>

Logo, a identidade constitucional constitui-se, em princípio, a partir da oposição entre ela e outras identidades culturais, e também em decorrência da incorporação de elementos de outras identidades culturais que contribuam para dar sentido e significado à

---

há uma linha de continuidade entre a identidade constitucional surgida em 1988 e as várias emendas subsequentes decorrentes da prática democrática nacional.

<sup>62</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 22-23.

própria identidade constitucional<sup>63</sup>. Entretanto, a identidade constitucional jamais poderá ser completamente determinada. Desse modo, apesar de se poder considerar que de fato existe uma identidade constitucional inerente a cada comunidade política comprometida com o constitucionalismo, essa identidade só pode ser apreendida parcialmente, em fragmentos consubstanciados em suas muitas possíveis construções e reconstruções realizadas nos discursos dos intérpretes constitucionais<sup>64</sup>. Logo:

(...) podemos concluir que a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Sobretudo no contexto de uma constituição viva, de uma living constitution, a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão. Do mesmo modo, a matéria constitucional (the constitutional subject) – de qualquer modo que seja definida – parece condenada a permanecer incompleta e sempre suscetível de maior definição, de maior precisão.<sup>65</sup>

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

---

<sup>63</sup> “(...) a identidade constitucional deve ser construída em oposição às outras identidades, na medida em que ela não pode sobreviver a não ser que permaneça distinta dessas últimas. Por outro lado, a identidade constitucional não pode simplesmente dispor dessas outras identidades, devendo então lutar para incorporar e transformar alguns elementos tomados de empréstimo. Em suma, a identidade do sujeito constitucional só é suscetível de determinação parcial mediante um processo de reconstrução orientado no sentido de alcançar um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes acima discutidas.” ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p.26-27.

<sup>64</sup> Note-se que a expressão “intérprete constitucional” refere-se, presentemente, a qualquer membro da comunidade política.

<sup>65</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p.23.

Dessa forma, tanto o sujeito quanto a matéria constitucionais são sempre incompletos porque jamais poderão ser exaustivamente delineados e definidos. A identidade constitucional, para poder exercer seu papel de fundamento último da ordem constitucional, deve estar sempre aberta a novas interpretações, a novas possibilidades de construção e reconstrução de seu sentido e conseqüências<sup>66</sup>. E, portanto, a identidade constitucional, assim como toda interpretação jurídica, deve permanecer sempre aberta ao crivo da comunidade de intérpretes constitucionais, ou seja, de todos os cidadãos.

É necessário compreender, entretanto, que o conceito da identidade constitucional não é totalmente abstrato e desprovido de sentido *a priori*. Pelo contrário, o conceito da identidade constitucional, aparentemente destituído de conteúdo ético definível, está firmemente embasado na idéia de superação da distância existente entre o “eu” e o “outro”. Do mesmo modo, a perene carência de interpretação da identidade constitucional vincula-se diretamente ao método de compreensão dos textos e escrituras constante da filosofia desconstrutivista anteriormente apresentada. Antes de se compreender, entretanto, em que medida a desconstrução interfere na identidade constitucional, faz-se necessário analisar o processo de formação da identidade do sujeito constitucional.

---

<sup>66</sup> “Em outros termos, a própria questão do sujeito e da matéria constitucionais é estimulante porque encontramos um hiato, um vazio, no lugar em que buscamos uma fonte última de legitimidade e autoridade para a ordem constitucional. Além do mais, o sujeito constitucional deve ser considerado como um hiato ou uma ausência em pelo menos dois sentidos distintos: primeiramente, a ausência do sujeito constitucional não nega o seu caráter indispensável, daí a necessidade de sua reconstrução; e, em segundo lugar, o sujeito constitucional sempre envolve um hiato porque ele é inerentemente incompleto, e então sempre aberto a uma necessária, mas impossível busca de completude. Conseqüentemente, o sujeito constitucional encontra-se constantemente carente de reconstrução, mas essa reconstrução jamais pode se tornar definitiva ou completa.” ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p.26.

## 2. Formação da identidade do sujeito constitucional.

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

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

Em um nível, o eu (self) constitucional pluralista se enfrenta com o seu outro que é a tradição que mantinha integrada a ordem sociopolítica pré-moderna. Pode-se referir a esse outro como o “outro externo”. Em outro nível, o pluralismo constitucional requer que um grupo que se constitua em um eu (self) coletivo reconheça grupos similarmente posicionados como outros selves, e/ou que cada eu individual (individual self) trate os demais indivíduos como outros eu, como outras pessoas (selves). Em contraste com o outro externo, este último, precisamente por integrar a comunidade política constitucional (constitucional polity), pode ser denominado “outro interno”.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 30. Percebe-se, portanto, que em uma comunidade política moderna, o problema da oposição entre o “eu” e o “outro” surge em âmbito externo (em relação à ordem política anterior substituída pela ordem constitucional moderna) e em âmbito interno (vinculado ao pluralismo, ou seja, à existência de uma série de grupos sociais diversos e singulares, merecedores de igual respeito e tratamento, tanto política quanto juridicamente).

O conflito entre o “eu” e o “outro” decorre da separação entre o sujeito e o objeto<sup>68</sup> – o sujeito, guiado pelo seu desejo subjetivo, persegue os objetos em busca de satisfação. Os objetos, entretanto, satisfazem o desejo apenas momentaneamente, de modo que, uma vez alcançados os objetos perseguidos, o desejo invariavelmente volta-se para novos objetos. Eventualmente o sujeito compreende que os objetos são incapazes de satisfazer o desejo e descobre que, para se perpetuar e satisfazer o desejo ao longo do tempo, deve voltar-se para outros sujeitos. Logo, é o desejo que conduz o sujeito à busca pelo “outro”.

Relato semelhante é estabelecido pela teoria psicanalítica<sup>69</sup>. O sujeito busca a realização do desejo nos objetos, mas, diante da impossibilidade de satisfação, sente a necessidade de ajustamento, que se realiza por meio da renúncia aos objetos. Ou, dito de outra forma, a existência de objetos proibidos ou inalcançáveis, mediatizada pelo ego da psicanálise, impele à necessidade de reconhecimento do outro, que se realiza por meio da internalização dos comandos do superego.

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

---

<sup>68</sup> Tais reflexões baseiam-se na obra de Hegel. Rosenfeld utiliza-se de HEGEL, G.W.F. *Phenomenology of spirit*. [trad.: A.V. Miller]. New York: Oxford University Press, 1977. Para uma versão brasileira, ver HEGEL, G.W.F. *A Fenomenologia do Espírito*. In: *Os Pensadores*. [trad.: Henrique Cláudio de Lima Vaz]. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1974. Ainda sobre o tema, consultar MILOVIC, Miroslav. *Comunidade da Diferença*. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Ijuí: Unijuí, 2004. e MILOVIC, Miroslav. *Filosofia da Comunicação: para uma crítica da modernidade*. [Tradução do manuscrito em inglês: Verrah Chamma]. Brasília: Plano Editora, 2002.

<sup>69</sup> Rosenfeld recorre, nesse ponto, principalmente a Freud. Ver FREUD, Sigmund. *Civilization and its discontents*. [trad.: James Strachey]. W.W. Norton & Co., 1961. Para uma versão brasileira, ver FREUD, Sigmund. *O Mal-estar na civilização*. In: *Obras Psicológicas Completas*. Vol. XXI [trad.: José Octávio de Aguiar Abreu]. Rio de Janeiro: Imago Editora LTDA., 1974.

(...) Primeiramente, na medida em que o sujeito precisa de objetos, ele é caracterizado por uma carência no sentido de ser incompleto. Em segundo lugar, o sujeito ainda não reconhecido (pelo outro sujeito) é uma carência no sentido de não ser nada senão a negação de seus objetos, ou seja, a sua característica definidora é o sujeito enquanto não sendo nenhum dos objetos de seu desejo. Assim, ao se separar do objeto, o sujeito surge como consciência da carência e da incompletude.<sup>70</sup>

Logo, é a experiência da carência, da incompletude e da irrealização do desejo que possibilita que a questão do sujeito seja percebida pelo próprio sujeito – que se volta para o outro em busca de reconhecimento. A compreensão de que os objetos do desejo são incapazes de efetivamente satisfazerem o desejo permite ao sujeito conceber a sua identidade como predicável<sup>71</sup> em relação ao reconhecimento dos outros.

Entretanto, de acordo com a dialética hegeliana, e a partir da análise relativa à relação existente entre Senhor e Escravo<sup>72</sup>, a mera compreensão de que a satisfação do desejo só se realiza por meio do reconhecimento oriundo dos outros sujeitos não produz necessariamente o reconhecimento recíproco entre iguais. De acordo com Hegel, o Senhor é aquele que supera o medo da morte, e o Escravo, aquele que permanece constrangido pelo medo da morte. O Senhor, visando se tornar o “eu” reconhecido, impõe ao Escravo que ele o reconheça; o Escravo, temeroso por sua vida, aceita a imposição – desse modo, o Escravo abre mão de sua identidade para preservar a própria vida, enquanto o Senhor reforça a sua própria identidade obrigando o Escravo a cumprir suas ordens.

---

<sup>70</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 31.

<sup>71</sup> Sobre a questão da predicção no pensamento de Hegel, que foge ao escopo da presente dissertação, ver MILOVIC, Miroslav *Filosofia da Comunicação: para uma crítica da modernidade*.

<sup>72</sup> Sobre a dialética entre Senhor e Escravo, ver igualmente MILOVIC, Miroslav *Filosofia da Comunicação: para uma crítica da modernidade*.

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

A idéia de que o movimento do “eu” para configurar sua identidade conduz à sujeição ao “outro” é igualmente utilizada por Lacan<sup>73</sup>.

(...) Segundo a análise de Lacan, a compreensão inicial da criança da identidade como sujeito envolve um duplo processo de alienação ou de sujeição ao outro. Impulsionada por seu fracasso em se assimilar completa ou plenamente ao objeto de seu desejo, a criança se experencia como uma carência e se esforça por preencher esse sentimento de vazio pela aquisição de uma identidade como sujeito – uma identidade estável para se opor ao movimento centrífugo do desejo ilimitado de séries infinitas de objetos que resistem à incorporação suficiente. Para adquirir uma identidade como sujeito, a criança, no entanto, deve abandonar o mundo dos objetos e entrar na ordem simbólica da linguagem. Somente pela mediação da linguagem a criança pode esperar afirmar sua identidade como sujeito.<sup>74</sup>

Entretanto, a linguagem, configurada pelas regras que sistematizam a comunicação, é imposta externamente à criança, alienando-a, uma vez que a possibilidade de aquisição da própria identidade depende da submissão a um código imposto pelos outros. Da mesma forma, em suas tentativas de desenvolver um modo de ser particular no universo simbólico

---

<sup>73</sup> Ver LACAN, Jacques. *Escritos*. [trad.: Vera Ribeiro]. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

<sup>74</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 32-33.

da linguagem, a criança adquire um primeiro sentido de sua identidade a partir do reconhecimento de seu nome. O nome, porém, é igualmente imposto de fora, pois, além de ter sido definido pelos seus pais, são os outros que primeiramente se dirigem à criança por meio de seu nome. Logo, ambas as experiências iniciais de aquisição da identidade pela criança são alienantes: “(...) Em outros termos, a primeira experiência articulável da identidade como sujeito de alguém é alienante, na medida em que ela consiste na auto-identificação com um nome escolhido por outrem e na aquiescência em se deixar identificar como um símbolo no discurso do outro.”<sup>75</sup>

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

A conformação da identidade do sujeito constitucional pode ser aproximada aos relatos supradescritos:

À primeira vista, o sujeito constitucional pode parecer fundamentalmente distinto de seus correlatos Hegeliano e Lacaniano. Ele pode parecer no controle da situação, em especial se emerge como a consequência de uma revolução, ao ter arruinado o outro anti-revolucionário e ao ainda não ter enfrentado o outro das futuras gerações, ou seja, pelo menos em seu estágio inicial. Enquanto

---

<sup>75</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 34.

detentor do poder constituinte, o sujeito constitucional parece se encontrar em condições de impor sua vontade, ou para dizer com Ulrich Preuss, de “criar um mundo político *ex nihilo*”. Daí, longe de surgir como uma carência ou como alienado, o sujeito constitucional aparentemente molda uma nova ordem política à sua própria imagem, a partir de uma posição de absoluto domínio, colocado muito acima dos remanescentes em ebulição das tradições deitadas fora, descartadas, pela revolução.<sup>76</sup>

Um olhar mais cuidadoso, entretanto, revela que a posição de sujeito constitucional não é tão absoluta quanto parece, mas depende de muitos dos elementos constantes da ordem política pré-revolucionária. Uma vez que, na vida política, de fato inexistente criação *ex nihilo*, a diferenciação total entre a ordem política pré-revolucionária e a ordem política pós-revolucionária não só é impossível como também indesejável. Logo, elementos e tradições pré-revolucionárias são “(...) transformadas e seletivamente incorporadas na nova ordem forjada pelo sujeito constitucional.”<sup>77</sup> Desse modo, em boa medida, é justamente o passado que se desejava repudiar que determina parte do conteúdo constitucional elaborado pelos constituintes revolucionários. Conclui-se que o constitucionalismo não se constrói por meio da imposição irrestrita da vontade revolucionária que simplesmente eliminaria ou desconsideraria o “outro” pré-revolucionário.

Por outro lado, uma vez que o constitucionalismo moderno inclui, dentre seus requisitos, o pluralismo social, torna-se necessário que a identidade forjada pelos constituintes vá além da subjetividade de seus autores, de modo a levar os “outros” em adequada consideração. “(...) Assim, do ponto de vista dos constituintes, a identidade do sujeito constitucional surge como um vazio, uma ausência (*lack*), gerado pela distância que separa a auto-imagem própria dos constituintes daquela da comunidade política

---

<sup>76</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 34.

<sup>77</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 35.

constitucional pluralista.” (grifo no original)<sup>78</sup> A elaboração de uma constituição escrita, nesse sentido, pode ser interpretada como a tentativa de preencher o vazio da identidade constitucional por meio da busca pelo outro, mediante o estabelecimento de uma identidade comum com fulcro em um texto constitucional compartilhado.

Entretanto, as linguagens do “eu” e do “outro” são inadequadas para expressar a identidade comum que se pretende compartilhada por ambos. O discurso constitucional emerge como uma linguagem externa (similarmente à situação da criança lacaniana que precisa se submeter à linguagem de seus pais para adquirir sua própria identidade), e, portanto, alienante dos membros da comunidade política constitucional que, necessariamente, precisam utilizá-la. Segundo Rosenfeld:

(...) o constitucionalismo moderno requer o governo limitado, a aceitação da rule of law, ou seja do Estado de Direito, e a proteção dos direitos fundamentais. Consoante essas exigências, os revolucionários vitoriosos que assumem o papel de constituintes devem reforçar sua pretensão de ocupar o lugar do legítimo sujeito constitucional ao renunciarem a um significativo montante de poder, se submetendo às prescrições do Direito e ao se limitarem em face dos interesses fundamentais de outros. Há, é claro, muitos modos distintos mediante os quais os constituintes podem cumprir as condições para o surgimento do legítimo sujeito constitucional, mas todos eles envolvem a alienação de poder e a construção de uma auto-identidade dependente da vontade e da auto-imagem do outro.<sup>79</sup>

O sujeito constitucional, portanto, deriva do encontro do “eu” com o “outro”, realizado sempre na ausência, no vazio, e de forma alienante. Sua posição exige que ele

---

<sup>78</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 36.

<sup>79</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 36-37. Como um exemplo da necessidade de respeito à auto-imagem do outro no momento de definição da própria auto-imagem, tome-se o federalismo, no qual a identidade nacional, caracterizada por interesses federais, deve harmonizar-se com as identidades estaduais, configuradas a partir de interesses locais e regionais. No caso, o federalismo garante que nenhuma dessas auto-identidades prevaleça na comunidade política como um todo, permitindo o diálogo e a negociação entre os interesses das várias identidades distintas.

deixe de lado sua própria identidade por meio do discurso constitucional, que se converte em linguagem comum e compartilhada que une o “eu” constitucional e os vários “outros” sociais em uma comunidade política constitucionalmente estruturada. O discurso constitucional constrói-se, fundamentalmente, com base em um texto constitucional escrito, que só pode ser apreendido em seu contexto próprio, tendo em vista suas inerentes restrições normativas e factuais.

Mas, como todo texto depende necessariamente de seu contexto, e, conforme visto anteriormente, é aberto a múltiplas possibilidades de interpretação e finalidades, e, no infundável processo de escritura e re-escritura, muda seu sentido ao longo do tempo, o sujeito constitucional depende do discurso constitucional para poder criar e re-criar sua própria identidade. “(...) Em outros termos, o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência (*lack*) e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível.”<sup>80</sup>

### **3. Papel da negação na formação da identidade constitucional.**

Antes de analisar como se realizam as construções e reconstruções da identidade constitucional no discurso constitucional, cumpre expor o relevante papel que a negação exerce para o estabelecimento de uma dada identidade constitucional<sup>81</sup>. Segundo Rosenfeld, três são os principais mecanismos relevantes para a articulação do discurso constitucional: a

---

<sup>80</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 40.

<sup>81</sup> Apesar de a ordem original de exposição dos temas não ser esta, preferiu-se trabalhar primeiramente a negação por conta de sua afinidade teórica com a teoria hegeliana apresentada no item anterior.

negação, a metáfora e a metonímia<sup>82</sup>, que “(...) combinam-se para selecionar, descartar e organizar os elementos pertinentes com vistas a produzir um discurso constitucional no e pelo qual o sujeito constitucional possa fundar a sua identidade.”<sup>83</sup>

A negação é fundamental na medida em que o sujeito constitucional apenas surge como eu distinto da tradição pré-revolucionária e dos “outros” sociais por meio da renúncia e da exclusão. Assim: “O papel da negação no processo de estabelecimento da identidade do sujeito constitucional é multifacetado, intrincado e complexo. Ele envolve, dentre outras coisas, a rejeição, o repúdio, a repressão, a exclusão e a renúncia. Essas funções podem se entrelaçar de vários modos e operar simultaneamente em vários níveis de realidade.”<sup>84</sup>

Rosenfeld retorna ao pensamento de Hegel: na concepção da dialética do sujeito, é a negação que permite ao sujeito transitar de sua posição inicial, na qual ele é uma mera ausência, para seu estágio final, no qual o sujeito converte-se em substância, tornando-se um em si para si. De acordo com tal lógica, a identidade inicial do sujeito é adquirida no momento em que a negação permite-lhe compreender que sua identidade não se confunde com os objetos do seu desejo. Ou seja, o primeiro rudimento de identidade depende da negação dos objetos como elementos constantes da identidade. “(...) Essa identidade inicial do sujeito, no entanto, é puramente negativa e oposicional na medida em que enfoca aquilo que o sujeito não é, sem revelar o que ele é.”<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> Metáfora e metonímia serão analisadas na segunda parte do segundo capítulo.

<sup>83</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 50.

<sup>84</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 51.

<sup>85</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 51.

Em outros termos, o primeiro estágio representa a emergência do sujeito como negação. O estágio seguinte da evolução lógica do sujeito é a busca por uma identidade positiva. Constitui-se na negação pelo próprio sujeito de que ele seja apenas um vazio, uma ausência, que culmina na procura por: “(...) uma identificação positiva na multifacetada diversidade de suas manifestações concretas.”<sup>86</sup> Entretanto, na medida em que acolhe essas manifestações, fragmenta-se a unidade do sujeito, tornando-se impossível para ele reconhecer a nascente identidade positiva como sendo efetivamente sua. Justamente por conta dessa impossibilidade, o sujeito se auto-aliena.

No terceiro e final estágio, o sujeito hegeliano nega a negação, ou seja, nega o segundo estágio – nega que a identidade positiva emergente não seja a sua própria identidade – e, portanto, assume como própria sua identidade positiva, tornando-se para si o que ele é em si.

O estabelecimento da identidade do sujeito constitucional dá-se de forma semelhante à lógica hegeliana supradescrita:

(...) No primeiro estágio, a identidade do sujeito constitucional é a pura negação, porque o sujeito constitucional adquire uma identidade diferenciada, distinta, mediante a negação daquilo que é o sujeito pré-constitucional, ou seja, um mero produto das identidades cultural, histórica, étnica ou religiosa vigentes. Em outros termos, o sujeito constitucional primeiramente entra em cena ao se diferenciar atravessando todos os sujeitos já constituídos encontráveis no quadro espaço temporal relevante. O sujeito constitucional chega a essa identidade puramente negativa mediante o repúdio ao passado pré-revolucionário; por meio da rejeição das identidades tradicionais; da repressão à sua necessidade de acolher uma identidade positiva, forte, em detrimento da pluralidade de identidades não-constitucionais que requeriam ser protegidas pelo constitucionalismo; da exclusão de qualquer tendência agressivamente,

---

<sup>86</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 52.

militantemente, antipluralista que pudesse derrotar o constitucionalismo; e, por fim, mediante a renúncia aos sonhos de hegemonia daqueles em condição de moldar o destino do sujeito constitucional.<sup>87</sup>

Logo, percebe-se que esse primeiro momento do sujeito constitucional assemelha-se ao estágio inicial da identidade do sujeito hegeliano, na qual ele percebe que sua identidade não é redutível aos objetos de seu desejo, do mesmo modo que o sujeito constitucional compreende que sua própria identidade não se resume às tradições já vigentes na comunidade da qual ele emerge.

No período em que o sujeito constitucional não passa de pura negatividade e ausência, invariavelmente surgirá a necessidade de preencher o vazio e o hiato internos nos quais o sujeito se percebe por meio do estabelecimento de uma identidade positiva. O segundo estágio do desenvolvimento lógico da identidade do sujeito constitucional é caracterizado pela busca por uma identidade positiva, que só pode ser alcançada recorrendo-se às mesmas tradições e identidades que, em um primeiro momento, foram repudiadas e descartadas. Tal ocorre porque: “(...) os objetivos do constitucionalismo não podem ser perseguidos no vácuo; eles requerem o estabelecimento de um aparato institucional viável que deve, necessariamente, se assentar na história, nas tradições, no patrimônio cultural da comunidade política pertinente.”<sup>88</sup>

De acordo com Hegel, a transição de um estágio para o outro ocorre por meio de um processo de subsunção<sup>89</sup>, no qual tudo que surge em um determinado estágio é preservado e

---

<sup>87</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 52.

<sup>88</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 53.

<sup>89</sup> *Aufhebung*, ou *sublation*, em inglês.

superado a partir do contexto e da perspectiva do próximo estágio. Desse modo, quando o sujeito constitucional recorre às identidades anteriormente descartadas para se preencher positivamente, não ocorre um retorno ao passado pré-constitucional; pelo contrário, trata-se de uma incorporação seletiva de elementos das identidades repudiadas, em consonância com os objetivos e interesses do próprio sujeito constitucional. “(...) Em outras palavras, as tradições incorporadas ao sujeito constitucional no segundo estágio o são em seu próprio benefício. Essas tradições só são invocadas à medida que sejam capazes de servir aos interesses do constitucionalismo.”<sup>90</sup>

Dessa forma, as identidades pré-constitucionais repudiadas são parcialmente re-  
incorporadas à identidade do sujeito constitucional no segundo estágio; entretanto, combinam-se e ocupam posições distintas daquelas que anteriormente ocupavam no período pré-revolucionário. Ou seja, importantes identidades da comunidade política, de cunho histórico, cultural, étnico, religioso, etc., não são simplesmente eliminadas do universo constitucional – pelo contrário, elas são seletivamente incorporadas à identidade constitucional, na medida em que promovam, ou, ao menos, que não interfiram nos objetivos específicos do constitucionalismo e da ordem constitucional instituída na comunidade política.

O momento final da evolução dialética da identidade do sujeito constitucional consubstancia-se em uma nova inversão de perspectiva, caracterizada pela negação da negação, ou seja, pela negação de que a busca pela identidade representa igualmente a perda da unidade e da subjetividade – possibilitando ao sujeito constitucional compreender

---

<sup>90</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 53.

que o desenvolvimento de sua identidade positiva é efetivamente determinado por sua própria vontade e interesses, e não por forças externas alheias a seu controle. Desse modo:

(...) o trabalho da negação da negação encontra-se completo quando o sujeito constitucional compreende que, embora o material bruto que figura em sua identidade positiva se origine do mundo objetivo exterior, sua seleção, combinação, organização e emprego em um todo coerente é o produto de sua própria obra, o resultado de seu próprio trabalho, de seus próprios esforços na luta por uma identidade distinta. (...) a construção pelo sujeito constitucional de sua identidade positiva não pode ser completada sem que o material bruto originariamente externo à esfera constitucional seja submetido aos limites normativos prescritos pelo constitucionalismo.<sup>91</sup>

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

#### **4. Construções e reconstruções da identidade do sujeito constitucional.**

Tendo em vista a apresentação do processo lógico-evolutivo do sujeito constitucional, resta claro que é somente por meio da construção intersubjetiva do discurso constitucional que ele pode adquirir sua identidade. Uma vez que a identidade do sujeito constitucional deve harmonizar os interesses e aspirações dos vários “eus” e “outros” da comunidade política, deve-se evitar a sua personificação precisa e determinada. Em

---

<sup>91</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 57.

verdade, ele é formado pelos constituintes originários, pelos intérpretes constitucionais, por aqueles que se encontram sujeitos ao texto constitucional, pelos membros da comunidade política pertencentes aos diversos grupos sociais, sem, no entanto, reduzir-se a nenhum de seus componentes. Desse modo:

(...) o sujeito constitucional enquanto tal só pode ser apreendido mediante expressões de sua auto-identidade no discurso intersubjetivo que vincula todos os atores humanos que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais. A expressão plena da auto-identidade constitucional (constitutional self-identity) só é concebível mediante um exercício imaginário que envolve uma extrema compressão de todas as épocas e uma simultânea apreensão de todas as variáveis interpretativas possíveis, combinadas com a habilidade de destilar, condensar tudo isso em uma narrativa coerente e confiável. Em resumo, a auto-identidade constitucional, no entanto, só pode ser articulada pouco a pouco por um sujeito parcial que deve construí-la a partir de fragmentos díspares que precisam ser projetados em um passado e em um futuro incertos. E, ainda, para que essa construção não seja vista como meramente arbitrária, ela deve ser suplementada por uma reconstrução. Como veremos, a construção não nos possibilita mais do que um vislumbre da identidade constitucional, e, assim, a função da reconstrução é transformar esse vislumbre em uma imagem definida.<sup>92</sup>

Apesar de ser possível imaginar a existência de uma efetiva identidade constitucional, que reuniria os aspectos fáticos e normativos condensados de toda uma história constitucional, integrada pelo passado, pelo presente e pelo futuro, além de todas as possibilidades interpretativas plausíveis e legítimas decorrentes dessa experiência constitucional específica, tal identidade completa e determinada é efetivamente inapreensível. Nessa medida, apenas por meio de exercícios de construção é viável desenvolver um vislumbre, uma linha de possibilidade interpretativa que apresente uma visão parcial e limitada, temporal e interpretativamente, de um contorno da identidade

---

<sup>92</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 40-41. Notar a semelhança entre o exercício imaginário proposto por Rosenfeld e as concepções de Dworkin relativas à cadeia do direito e à integridade.

constitucional. Do mesmo modo, é a partir desse contorno desenvolvido na construção que se basearão as reconstruções da identidade constitucional que visam dar respostas concretas e determinadas a problemas específicos surgidos na comunidade política.

De acordo com Rosenfeld, a compreensão da relação entre a construção e a reconstrução da identidade constitucional depende da percepção da antinomia existente entre facticidade e validade, ou seja, entre fatos e normas, entre o real e o ideal. Duas são as principais conseqüências dessa antinomia para a identidade constitucional. A primeira delas relaciona-se com a justaposição entre as normas constitucionais e os fatos sócio-políticos e históricos: a partir de relevantes fatos históricos diversos, a aplicação de uma mesma norma constitucional pode conduzir a resultados diferentes e igualmente legítimos<sup>93</sup>; similarmente, condições fáticas distintas podem produzir significados e sentidos distintos para uma mesma norma constitucional<sup>94</sup>.

A segunda consiste no conflito entre um dado texto constitucional vigente e os requisitos normativos do constitucionalismo: na medida em que cada constituição só pode incorporar uma gama limitada de prescrições normativas, tal conflito pode ser

---

<sup>93</sup> “(...) Assim, por exemplo, em razão das distintas experiências internas com o nazismo, normas similares acerca da liberdade de expressão são respectivamente interpretadas como protetoras do discurso *pro-nazi* nos Estados Unidos, mas não na Alemanha.” ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 41-42. Sobre o tema em apreço, ver igualmente ROSENFELD, Michel. *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis*. Cardozo Law School. Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies. April 2001. Working Paper Series No. 41. [Social Science Research Network: [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=265939](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939)] e SCHAUER, Frederick. Free Speech and the Cultural Contingency of Constitutional Categories. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994. p.353-368.

<sup>94</sup> “(...) O direito constitucional à subsistência, por exemplo, pode muito bem chegar a significar uma garantia jurídica em uma sociedade industrialmente avançada, mas não pode ser mais do que uma esperança, uma aspiração, em um país subdesenvolvido diante da fome que crassa amplamente.” ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 42.

compreendido como o confronto entre a facticidade de um texto constitucional e as normas que estabelecem o ideal de uma democracia constitucional; ou ainda, pode ser interpretado como o desajuste entre as normas promovidas por uma constituição e as normas inerentes ao constitucionalismo. Desse modo:

A antinomia entre o real e o ideal figura descaradamente na determinação da auto-identidade do sujeito constitucional como uma consequência das limitações e deficiências inerentes à efetiva posição historicamente situada desse sujeito. A realidade do sujeito constitucional, enquanto perpassada pela carência (lack) e incompletude, é sempre por demais empobrecida, enfraquecida para gerar uma auto-identidade viável capaz de fornecer um fundamento consistente, coerente, para a ordem constitucional. Assim, se levarmos em conta que da perspectiva fragmentada e limitada de um juiz constitucional singular, por exemplo, que, na melhor das hipóteses, tem um acesso parcial e incompleto à realidade empírica do constituinte e a mais pálida e fugidia intuição da realidade das gerações futuras, parece ser absolutamente impossível desenvolver um quadro coerente da auto-identidade constitucional com base exclusivamente no que lhe é empírica e historicamente acessível.<sup>95</sup>

Logo, uma concepção plausível da auto-identidade constitucional, justamente por causa da pobreza inerente ao real, depende de que se recorra ao ideal para ser formulada. Uma vez que a partir de pontos de vista singulares historicamente situados é impossível apreender o “eu” constitucional como um todo, torna-se necessário recorrer à imaginação para estabelecer qualquer possibilidade de imagem coerente. Ou seja, uma identidade constitucional viável requer que o real seja complementado pelo ideal, por meio de um exercício de imaginação contrafactual apto a acrescentar sentido e valor ao factual, ao real. O ideal, entretanto, além de suplementar o real, muitas vezes pode contradizê-lo, revelando as antinomias inerentes a qualquer ordem constitucional. Assim, construção e reconstrução

---

<sup>95</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 42-43

exercem a tarefa de harmonizar as antinomias entre os fatos e “contrafatos”, ao “(...) erguerem pontes entre o real e o ideal (...)”<sup>96</sup>.

O mérito de uma teoria que lança mão da construção e da reconstrução para trabalhar as antinomias entre o real e o ideal depende do grau de lógica e de persuasão com que essa teoria compara o factual e a imaginação contrafactual. Desse modo, toda tentativa reconstrutiva de comparação entre o real e o ideal será baseada em uma das seguintes finalidades: quando o ideal é concebido como suplementação do real, a reconstrução busca formular uma fundamentação normativa para o *status quo*; por outro lado, quando o ideal é apresentado em contradição com o real, a reconstrução procura fornecer uma crítica das instituições vigentes na comunidade política.

Percebe-se, nessa linha, que a construção vincula-se essencialmente à apreensão do real, ou seja, à apresentação do quadro político-institucional vigente de uma dada identidade constitucional. Já a reconstrução volta-se para a imaginação contrafactual, em busca de um vislumbre ideal que possibilite ou a justificação ou a crítica de uma situação vigente na comunidade política (e de sua correspondente construção da identidade constitucional). Logo, toda reconstrução tem como base uma construção da identidade constitucional, e ora visa sua justificação, ora visa sua própria crítica, ou ainda a crítica de outras possibilidades de construção da identidade constitucional. Assim:

Construção e reconstrução representam dois momentos distintos da investigação em curso que objetiva alcançar uma melhor apreensão da incompleta e sempre em desenvolvimento auto-identidade do sujeito

---

<sup>96</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 43.

constitucional. A tomada de decisão constitucional sempre se dá sob condições que excluem a possibilidade de determinação plena, o que torna a construção necessária. De fato, a tomada de decisão constitucional envolve a construção já que as questões constitucionais sempre requerem escolhas entre duas ou mais alternativas plausíveis.

(...) todas as decisões constitucionalmente significativas produzem algum impacto na identidade constitucional e assim, por isso mesmo, requerem justificação. A reconstrução fornece os meios para se realizar a tarefa de justificação e torna possível a defesa convincente ou a condenação das construções associadas ao processo da tomada de decisão constitucional.<sup>97</sup>

Ou, dito ainda de outro modo, toda tomada de decisão constitucional, necessariamente interpretativa, acrescenta novos elementos ao quadro da identidade constitucional. A reconstrução tem por função harmonizar os novos elementos com os elementos anteriormente presentes na identidade constitucional; ou, na medida em que os novos elementos abalam e quebram as harmonias entre os elementos anteriores, a reconstrução deve formular um novo quadro harmônico, inteligível e convincente, que recombine todos os elementos envolvidos. Entretanto essa: “(...) harmonização ou recombinação não pode ser alcançada (...) exclusivamente com base na realidade fragmentária com que ela se defronta e, assim, requer o exercício dessa imaginação contrafactual.”<sup>98</sup>

Evidentemente, não é todo exercício de imaginação contrafactual que resulta em uma reconstrução plausível e razoável da identidade constitucional. Por exemplo, tanto uma interpretação contrafactual que procurasse justificar o *status quo* a qualquer custo, como uma outra que estabelecesse um padrão ideal inalcançável, à luz da qual todas as práticas vigentes soariam ilegítimas, não seriam úteis nem aproveitáveis nos exercícios de

---

<sup>97</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 44-46.

<sup>98</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 46.

construção e reconstrução. Nesse sentido: “(...) parece recomendável submetemos a reconstrução, à medida que ela diz respeito à descoberta da identidade do sujeito constitucional aos limites normativos inerentes ao constitucionalismo.”<sup>99</sup> O compromisso com o pluralismo, com o princípio do governo limitado, a adoção do Estado de Direito (*rule of law*), e a proteção dos direitos fundamentais são limites que, além de apontarem para o mútuo reconhecimento entre o “eu” e o “outro”, situam ambos no mesmo grau de dignidade e respeito. Além disso, o exercício de reconstrução, quando limitado pelos princípios decorrentes do constitucionalismo<sup>100</sup>, serve igualmente como critério de avaliação da legitimidade das normas constitucionais efetivamente vigentes<sup>101</sup>. Ademais, o exercício de reconstrução pode ser suplementado pelo conceito de integridade formulado pelo próprio Rosenfeld:

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

---

<sup>99</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 47.

<sup>100</sup> “Podem existir diferentes modos de cumprir os principais requisitos decorrentes do constitucionalismo moderno, dependendo do caráter da identidade constitucional predominante e da relação entre essa identidade e outras identidades constitucionais relevantes.” ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. p. 11. “There can be several different ways of fulfilling the principal requirements of modern constitutionalism, depending on the character of the predominant constitutional identity and on the relationship between that identity and other relevant constitutional identities (...)”

<sup>101</sup> E, nesse sentido, pode-se falar em normas constitucionais inconstitucionais.

constitucionalismo, vinculada ao respeito aos limites impostos pelo relevante horizonte das possibilidades.<sup>102</sup>

Nesse sentido, a integridade funciona, para a identidade do sujeito constitucional, como vínculo com o contexto sócio-político da comunidade. A necessidade de plausibilidade e razoabilidade no exercício reconstrutivo exige que a reconstrução respeite os limites materiais impostos pelo contexto da identidade constitucional analisada, de modo que a reconstrução nem estabeleça padrões contrafactuais virtualmente inalcançáveis, nem justifique o *status quo* indiferente aos problemas e às contradições constantes do momento histórico específico de uma dada identidade constitucional. É apenas desse modo que o exercício reconstrutivo pode estabelecer uma ponte efetiva entre o ideal e o real, sem sacrificar nenhum dos dois às exigências e limites constantes de um e outro.

Em resumo, a construção é o instrumento básico de apreensão da realidade fragmentária e indeterminada, que possibilita vislumbres de uma identidade constitucional que, apesar de presente e existente, é sempre incompleta, aberta, e carente de interpretação. Já a reconstrução funciona como um recurso de segundo grau, que, além de servir de justificativa para as várias possibilidades plausíveis de construção da identidade constitucional, serve de instrumento crítico apto a rechaçar construções ilegítimas, bem como estabelece padrões ideais, com base na imaginação contrafactual, fundamentais para a crítica das instituições e das práticas vigentes na comunidade política, e para a formulação de novas possibilidades interpretativas de construções legítimas e razoáveis da identidade constitucional.

---

<sup>102</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 48.

## 5. Desconstrução e identidade constitucional.

No derradeiro item do presente capítulo, pretende-se fazer a ligação entre as considerações teóricas constantes da primeira parte e o conceito de identidade constitucional apresentado na segunda parte. Já à primeira vista, percebe-se que o processo de desenvolvimento do sujeito constitucional, que se origina da busca do “eu” pelo “outro”, visando o estabelecimento de sua auto-identidade, deriva diretamente da ética e da ontologia presentes na desconstrução, que igualmente propõe a procura pela superação da distância entre o “eu” e o “outro” como requisito fundamental constante de qualquer exercício interpretativo. Nesse sentido, todas as considerações relativas ao exercício interpretativo, constantes da primeira parte do capítulo, são similarmente aplicáveis à identidade constitucional, que pode ser encarada como uma espécie particular de interpretação jurídica<sup>103</sup>.

Uma vez que a interpretação vinculada à identidade constitucional em nada difere da interpretação em geral, e da interpretação jurídica em especial, todas as características da interpretação identificadas por Rosenfeld são igualmente aplicáveis à identidade constitucional. A primeira conclusão a que se pode chegar é que a identidade constitucional

---

<sup>103</sup> Particular, principalmente, na medida em que se encontra aberta a todos os membros da comunidade política, e porque as decisões tomadas na esfera constitucional acarretam conseqüências éticas, políticas, econômicas e sociais, além de jurídicas, bem mais perceptíveis e graves do que as de uma mera decisão jurídica comum. Considerações sobre o impacto das decisões constitucionais podem ser encontradas em ROSENFELD, Michel. *Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrast*. HENKIN, Louis. *A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects*. In.: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. p. 39-53. e JACOBSON, Arthur J. *Transitional Constitutions*. In.: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. p. 413-422.

não se resume à mera atividade política<sup>104</sup>, ou seja, os processos de construção e reconstrução da identidade constitucional, bem como o desenvolvimento lógico da auto-identidade do sujeito constitucional, devem se pautar por critérios jurídicos, ou melhor, por critérios oriundos do constitucionalismo, e não por considerações derivadas de preocupações políticas, econômicas, etc., que não tenham sido anteriormente filtradas pela própria identidade constitucional e ajustadas aos seus termos.

Em outras palavras, considerações não jurídicas oriundas de outras identidades presentes na comunidade política só podem constar da identidade constitucional na medida em que elas tenham sido selecionadas e re-significadas pelos requisitos do constitucionalismo. A inclusão dos padrões do constitucionalismo como fundamento essencial da identidade constitucional insere esta, naturalmente, na perspectiva desconstrutivista, uma vez que o constitucionalismo exige o respeito à diferença e à diversidade. Dessa forma, toda identidade constitucional necessariamente se pauta pela ética da identidade e da diferença.

A identidade constitucional não pode ser parcial e tendenciosa em relação às várias concepções de bem nela presentes, ou seja, nenhuma das concepções de bem constantes da comunidade política pode ser tornar a concepção que orienta a identidade constitucional. Pelo contrário, as várias concepções de bem são aceitas pela identidade constitucional na medida em que são ajustadas e re-significadas a partir da ética desconstrutivista, que visa sempre a superação da distância entre o “eu” e o “outro”.

---

<sup>104</sup> O sentido da identidade constitucional, nesse aspecto, jamais poderá ser arbitrário.

Desse modo, garante-se que uma dada identidade constitucional não tenderá a supraprotoger ou a infraprotoger direitos fundamentais<sup>105</sup>, nem poderá ser acusada de favorecer determinadas concepções de bem, já que os elementos das várias concepções de bem são aproveitados e aceitos visando justamente que nenhuma dessas concepções prevaleça sobre as outras, garantindo assim a diversidade e o pluralismo.

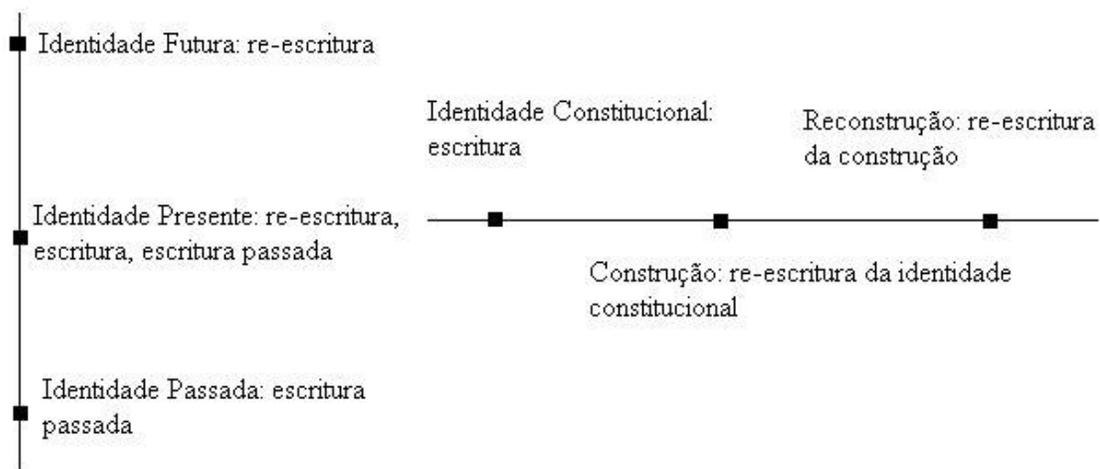
Toda identidade constitucional, a partir da ótica desconstrutivista, é uma escritura. Assim, além de ser uma tentativa falha da busca pela reconciliação entre “eu” e “outro”, a identidade constitucional igualmente projeta-se para o passado e para o futuro, de modo que ela é igualmente uma re-escritura de uma escritura passada, uma escritura presente, e a escritura passada de uma re-escritura futura<sup>106</sup>. Todavia, a identidade constitucional, em si, é inapreensível. Nessa medida, ela só pode ser vislumbrada por meio de construções plausíveis, que se convertem em re-escrituras da escritura constituída por uma dada identidade constitucional.

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

---

<sup>105</sup> Uma vez que o nível de proteção adequado é aquele consoante com o reconhecimento de igual dignidade e respeito ao “eu” e ao “outro”.

<sup>106</sup> É exatamente por isso que um quadro completo da identidade constitucional teria que necessariamente se projetar para o passado, até os constituintes originários, e para o futuro, infinitamente rumo às gerações vindouras. Do mesmo modo, a exigência de coerência, integridade e unidade do Direito (e da identidade constitucional) pode ser derivada do fato de toda identidade constitucional ser uma escritura.



O sentido e o significado de uma determinada identidade constitucional, portanto, dependem tanto da seqüência de continuidade e coerência interpretativa ao longo da linha temporal de sua existência, quanto das várias possibilidades de construções e reconstruções plausíveis em um dado momento histórico<sup>107</sup>. Dessa forma, é a interação entre a história da identidade constitucional e o seu contexto específico e momentâneo que estabelece os critérios de legitimidade, plausibilidade e razoabilidade das várias construções e reconstruções da identidade constitucional.

Percebe-se, assim, que toda identidade constitucional, bem como suas construções e reconstruções legítimas, são, em algum momento, escrituras nas quais figura uma tentativa falha de reconciliação entre o “eu” e o “outro”. A identidade constitucional deve estar sempre aberta à interpretação, é sempre incompleta, também porque a desejada

<sup>107</sup> Logo, a identidade constitucional, suas construções e reconstruções podem ser interpretadas como textos inseridos em um processo histórico e em um contexto específico. Suas exigências éticas e interpretativas decorrem tanto do processo e do contexto, quanto da necessidade de busca pelo “outro”.

reconciliação, a partir da concepção desconstrutivista, é sempre adiada, é sempre deixada para o futuro. É na seqüência temporal e lógico-discursiva de evolução das construções e reconstruções da identidade constitucional que se podem perceber as falhas, os sucessos, e os elementos que devem ser re-combinados na permanente busca pela superação do abismo entre o “eu” e o “outro”.

Logo, o sentido das escrituras e re-escrituras vinculadas à identidade constitucional é necessariamente intersubjetivo. Toda construção e reconstrução da identidade constitucional, portanto, é uma re-escritura colaborativa, tanto em seu aspecto temporal quanto em seu aspecto lógico-discursivo.

Nesse sentido, abre-se espaço para o conceito de comunidade aberta de intérpretes, e as marcas semânticas inerentes ao discurso constitucional passam a depender dos consensos e desacordos existentes na comunidade política (que integram a identidade constitucional), e não da mera decisão política, ou ainda da decisão jurídica vinculada a um grupo de juízes<sup>108</sup>.

Igualmente, são as marcas semânticas constantes do discurso constitucional que garantem a possibilidade de continuidade de uma dada identidade constitucional, pois elas possibilitam a compreensão do sentido e do significado ao longo do passado, do presente e do futuro.

---

<sup>108</sup> Seja esse grupo uma corte constitucional, ou todos os juízes, legitimados pelo controle difuso de constitucionalidade a exercer a jurisdição constitucional.

Destarte, as práticas vinculadas à identidade constitucional, ou seja, suas construções, reconstruções, e a própria tomada de decisões constitucionais são procedimentos essencialmente discursivos. O próprio Rosenfeld defende que a identidade constitucional funciona como a linguagem apta para que o “eu” e o “outro” na comunidade política possam buscar a almejada reconciliação entre identidade e diferença, e para que possam dialogar em defesa e promoção de seus próprios direitos e interesses. É a partir dessa sugestão lingüística que se desenvolverá o segundo capítulo.

## **CAPÍTULO III – O Sistema de Significação da Identidade Constitucional.**

O presente capítulo tem por premissa a idéia de que a identidade constitucional pode ser compreendida como um sistema de significação único e particular, ou seja, de que a identidade constitucional é, como sugere Rosenfeld, uma linguagem. Para tanto, optou-se, por se recorrer à teoria semiológica clássica<sup>109</sup>, lançando mão de conceitos tais como signos e significação, língua e fala, sistema e sintagma, conotação e metalinguagem, que, similarmemente, são utilizados pelo próprio Rosenfeld para aclarar a idéia de identidade constitucional.

O instrumental lingüístico presentemente apresentado é de extrema importância para o conceito de identidade constitucional proposto por Rosenfeld. Os contornos e parâmetros da conformação do discurso constitucional, amparado em uma possibilidade de construção ou reconstrução da identidade constitucional, pressupõem a aproximação da idéia de identidade constitucional com a de linguagem, já que cada discurso constitucional é delimitado, e só faz sentido, a partir de uma determinada identidade constitucional.

Pretende-se, dessa forma, analisar o funcionamento da identidade constitucional em seu aspecto lingüístico, expondo-se os elementos teóricos que subsidiam os mecanismos da

---

<sup>109</sup> Utiliza-se, principalmente, a teoria proposta inicialmente por Saussure, bem como seus futuros desenvolvimentos elaborados por Umberto Eco e Roland Barthes. Ver, principalmente: SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. [Trad.: Antonio Chelini, João Paulo Paes e Isidoro Blikstein]. São Paulo: Editora Cultrix e Editora da Universidade de São Paulo, 1969.

metáfora, da negação e da metonímia propostos por Rosenfeld como formadores da identidade e dos discursos constitucionais.

Umberto Eco, em sua obra “A Estrutura Ausente”<sup>110</sup>, define a pesquisa semiológica como a investigação dos fenômenos da cultura sob a perspectiva de fatos da comunicação – a dúvida semiológica se constitui em investigar como as mensagens isoladas se organizam e se tornam compreensíveis em referência a códigos específicos de comunicação. Nesse sentido, todo fenômeno cultural<sup>111</sup> pode ser estudado como se fosse um sistema de signos, nos quais se realizam fenômenos de comunicação.

A identidade constitucional, por se constituir em linguagem, pode também ser estudada a partir de seus efeitos e relações propriamente comunicacionais, ou seja, como um sistema composto de signos organizados a partir de códigos, léxicos e repertórios<sup>112</sup> próprios e únicos.

A natureza comunicacional da identidade constitucional, bem como as relações entre a linguagem, o sistema de comunicação da identidade constitucional, e outros sistemas de comunicação relevantes em uma dada comunidade<sup>113</sup>, serão o tema central da primeira parte do capítulo.

---

<sup>110</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. [Trad.: Pérola da Carvalho] 7ª Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001. Ver. Igualmente: ECO, Umberto. *Tratado Geral de Semiótica*. [Trad.: Antônio de Pádua Danesi e Gilson César Cardoso de Souza]. 4ª Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

<sup>111</sup> Sendo que por cultura pode entender-se “(...) toda intervenção humana sobre o dado natural, modificado de modo a poder ser inserido numa relação social.” Ver ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p.5

<sup>112</sup> Sobre esses conceitos, ver adiante no presente capítulo.

<sup>113</sup> Outras tradições ou identidades relevantes na comunidade política.

A linguagem é o mais conhecido dos sistemas de comunicação humanos. Entretanto, é impossível saber se de fato é o sistema de comunicação mais importante, ou até mesmo se é o mais utilizado<sup>114</sup>. Ainda assim, a linguagem exerce um papel primordial em relação aos outros sistemas de comunicação, na medida em que tais sistemas podem e são explicados por meio da linguagem<sup>115</sup>.

Na verdade, as relações entre a linguagem e outros sistemas de comunicação não são estanques, e usualmente se dão de forma recíproca: conquanto a linguagem exerça influência sobre o sistema de comunicação que descreve, na medida em que as relações comunicacionais de tal sistema passam a ser pensadas e interpretadas a partir das descrições traçadas por meio da linguagem, também a linguagem é contra-influenciada pelo sistema de comunicação que descreve, pois os elementos constantes de tal sistema são, de certa forma, “traduzidos” para a linguagem, incorporando-se a seu patrimônio lingüístico.

Logo, pretende-se compreender de que forma a linguagem dá amparo à identidade constitucional e a seu discurso (na medida em que elementos “emprestados” da linguagem passam a integrar o sistema de comunicação da identidade constitucional), além de analisar como elementos específicos da linguagem e de outros sistemas de comunicação se incorporam à identidade constitucional.

---

<sup>114</sup> Existe uma miríade de sistemas de comunicação humanos, tais como a moda (vestuário), a arquitetura, a linguagem corporal, os sinais de trânsito, etc. – diante de sistemas pouco estudados e compreendidos, é impossível determinar qualquer prevalência da linguagem sobre outras formas de comunicação. Sobre esses vários sistemas de comunicação diversos da linguagem ver BARTHES, Roland. *A Aventura Semiológica*. [Trad.: Mario Laranjeira] São Paulo: Martins Fontes, 2001. e BARTHES, Roland. *Mitologias*. [Trad.: Rita Buongiorno et al.] Rio de Janeiro: DIFEL, 2003.

<sup>115</sup> Nesse caso, a linguagem exerce a função de metalinguagem (linguagem sobre uma linguagem) em relação ao sistema de comunicação que pretende explicar.

## 1. A teoria dos signos e da significação.

O processo de significação é o fenômeno fundamental que caracteriza qualquer sistema de comunicação. O que define a existência de um determinado sistema de comunicação são justamente os vários processos de significação que ocorrem em seu interior, sejam eles exclusivos (únicos daquele sistema específico) ou não. A identidade constitucional igualmente realiza procedimentos de atribuição de significado, às vezes exclusivos, às vezes compartilhados por outros sistemas de comunicação.

Segundo Saussure<sup>116</sup>, o signo lingüístico é um objeto que apresenta estreita unidade (como duas faces de uma folha de papel) entre significante e significado. O processo de significação é a união entre um conceito e uma imagem acústica, sendo que o significante (plano da expressão) não é a forma fônica, nem tampouco o significado (plano do conteúdo) é a coisa – o significado é uma imagem mental da coisa, e o significante a imagem da forma fônica. O processo de significação, o elo entre o significante e o significado, é arbitrário, mas necessário para quem fala (imposto pela língua em seus aspectos denotativos).

O signo lingüístico une não uma coisa e uma palavra, mas um conceito e uma imagem acústica. Esta não é o som material, coisa puramente física, mas a impressão (empreinte) psíquica desse som, a representação que dele nos dá o testemunho de nossos sentidos; tal imagem é sensorial e, se chegamos a chamá-la “material”, é somente neste sentido, e por oposição ao outro termo da associação, o conceito, geralmente mais abstrato (...)

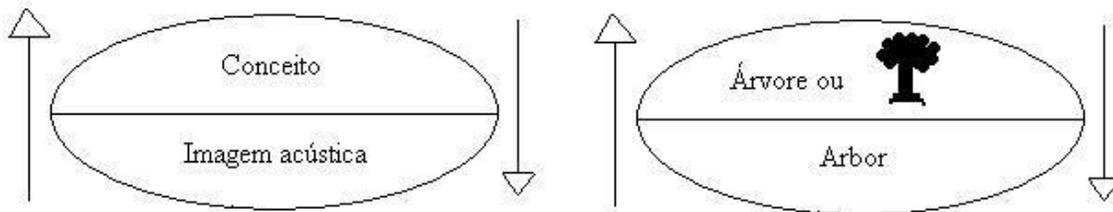
(...) O signo lingüístico é, pois, uma entidade psíquica de duas faces, (...) Esses dois elementos estão intimamente unidos e um reclama o outro. Quer

---

<sup>116</sup> Ver BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. [Trad.: Izidoro Blikstein] São Paulo: Editora Cultrix, 2001. p.39-59. e SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. p. 70-93.

busquemos o sentido da palavra latina arbor, ou a palavra com que o latim designa o conceito “árvore”, está claro que somente as vinculações consagradas pela língua nos parecem conformes à realidade, e abandonamos toda e qualquer outra que se possa imaginar.<sup>117</sup>

Logo, o signo é o total da união entre o significado e o significante, sendo que o significado representa o conceito, e o significante a imagem acústica. Graficamente, tem-se:



Nos sistemas de comunicação podem ser encontrados códigos, léxicos e repertórios. A noção de código<sup>118</sup> escapa de uma definição que precise todos os contornos do conceito, mas os códigos podem ser concebidos como sistemas de expectativas válidos no mundo dos signos, que terminam por delinear sistemas de expectativas correlatos no mundo dos comportamentos psicológicos, dos modos de pensamento. Nesse sentido, os códigos estabelecem a correspondência entre significantes e significados (que constituem os signos), fixam repertórios de signos e símbolos<sup>119</sup> (que se distinguem por oposição

<sup>117</sup> SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. p. 80.

<sup>118</sup> “(...) O código é o modelo de uma série de convenções comunicacionais que se postula existente como tal, para explicar a possibilidade de comunicação de certas mensagens.” ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p.39.

<sup>119</sup> O conceito de símbolo apresentado por Umberto Eco pode ser aproximado do conceito de signo presentemente utilizado. “Por símbolo podemos entender, por exemplo, um signo da língua verbal como a palavra “cão”. Esse símbolo tem uma relação imotivada e não natural com a coisa que indica, isto é, o cão propriamente dito (...) Mas a mediação entre o símbolo e o referente é dada pela “referência”, que não é senão (...) “a informação que o nome transmite ao ouvinte”. Essa definição pode bastar provisoriamente para indicar

recíproca<sup>120</sup>), limitam as possibilidades combinatórias dos símbolos e dos signos (estabelecem as regras de combinação), ou ainda: “(...) um código é uma estrutura elaborada sob forma de modelo e postulada como regra subjacente a uma série de mensagens concretas e individuais que a ela se adequam e só em relação a ela se tornam comunicativas.”<sup>121</sup> No caso particular da língua, o código estabelece-se por cristalização social, é o produto de uma média estabelecida pelo uso<sup>122</sup>. Assim:

(...) Estabelece-se um código assumindo que quem comunica tem à sua disposição um repertório de símbolos dados, entre os quais escolhe os que quer combinar e combina, obedecendo a certas regras. Estabelece-se, assim, uma espécie de ossatura de cada código, representável por meio de dois eixos, um vertical e outro horizontal, que são os eixos do paradigma e do sintagma. O eixo do paradigma é o eixo do repertório de símbolos e regras (o eixo da seleção), o eixo do sintagma é o eixo da combinação dos símbolos em cadeias sintagmáticas sempre mais complexas que constituem o discurso propriamente dito (...)<sup>123</sup>

A representação gráfica dos eixos paradigmático e sintagmático citados por Eco é a seguinte:

---

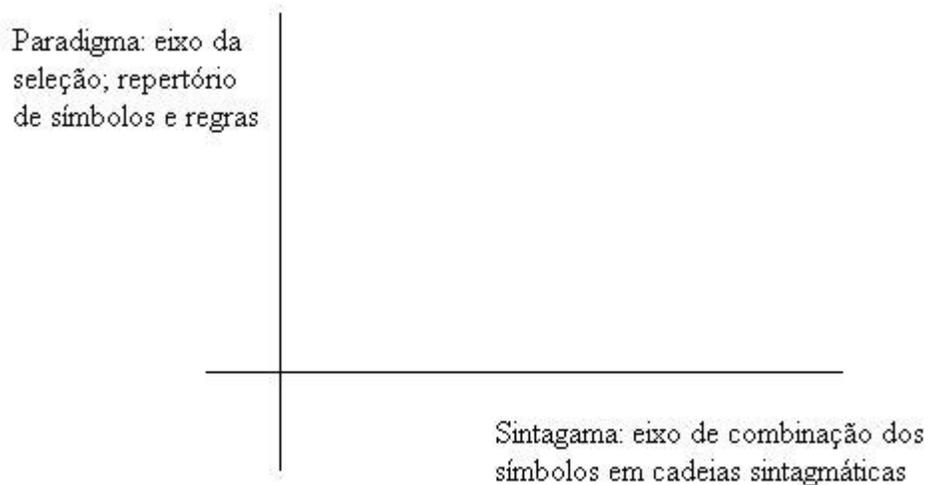
algo que para alguns será um *conceito*, para outros, uma *imagem mental*, para outros ainda, a *condição de emprego* do símbolo em questão, etc. Em qualquer dos casos está claro que, enquanto a relação entre símbolo e referente é discutível, e em todo caso, indireta e não natural, a relação que se estabelece entre símbolo e referência é imediata, recíproca e reversível; quem emprega a palavra “cão” pensa no significado “cão”, e quem ouve é levado mentalmente a individuar a mesma ordem de fenômenos definível como “cão”; quem quer, destarte, indicar um cão, empregará o símbolo “cão”. ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p. 21-22.

<sup>120</sup> O código funcionaria como um sistema de diferenças: cada símbolo se distingue do outro pela sua posição e como pólo de uma oposição.

<sup>121</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p.39-40.

<sup>122</sup> Entretanto, é importante notar que um código também pode ser instituído por uma autoridade ou grupo decisório e imposto a um grupo social, que, ou usa o código conscientemente e o reconhece, ou utiliza-o inconscientemente, sem se dar conta de submeter-se a um sistema de relações impostas. Esse parece ser o caso da identidade constitucional, pelo menos em seus primórdios, quando uma determinada comunidade política opta por estabelecer um novo código de comunicação que oriente sua ação política e jurídica.

<sup>123</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p.39.



Eco<sup>124</sup> estabelece a diferença entre repertórios, códigos e léxicos (ou subcódigos). O repertório prevê uma lista de símbolos (significantes), fixa a equivalência entre eles e determinados significados. Já o código erige esses símbolos em um sistema de diferenças e oposições e lhes fixa as regras de combinação. Os códigos denotativos fixam rigidamente uma relação unívoca entre um significado e um significante (denotação); são, portanto, facilmente individuáveis e apresentam regras precisas e estáveis. Os léxicos constituem-se em sistemas de oposições significativas, mas geralmente não englobam as regras combinatórias, pois remetem ao código do qual são léxicos (subcódigos) – logo, um léxico conotativo atribui outros valores aos significados do código denotativo subjacente, mas aceita suas regras articulatórias.

---

<sup>124</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p.40-43.

Assim, os significados de um determinado significante são determinados tanto por meio de processos denotativos<sup>125</sup> (orientados pelos códigos), quanto por meio de processos conotativos<sup>126</sup> (orientados pelos léxicos). “A relação de conotação se estabelece quando um par formado pelo significante e pelo significado denotado, conjuntamente, se torna o significante de um significado adjunto.”<sup>127</sup> Desse modo, a conotação se estabelece a partir do significante e do significado denotativo unidos (ou seja, do signo): um determinado léxico conotativo “acopla-se” ao sistema denotativo da linguagem, “colando” novos significados a signos já denotativamente constituídos. “(...) enquanto os significados denotativos são estabelecidos pelo código, os conotativos são estabelecidos por subcódigos ou “léxicos” específicos, comuns a certos grupos de falantes e não necessariamente a todos (...)”<sup>128</sup> O processo de significação, portanto, não é um único momento no qual determinado significado é fixado em relação a um certo significante, mas sim constitui-se numa dinâmica polissêmica variável de acordo com as diferenças culturais existentes na sociedade. “O significante apresenta-se (...) como forma geradora de sentido, que se preenche de montes de denotações e conotações graças a uma série de códigos e léxicos que estabelecem as correspondências entre ele e grupos de significados.”<sup>129</sup>

Percebe-se que a identidade constitucional, por se configurar igualmente em sistema de comunicação, é composta por códigos, repertórios e léxicos próprios e particulares. Do

---

<sup>125</sup> A denotação seria a classe das coisas reais que o emprego do símbolo abarca, e estaria relacionada à extensionalidade do símbolo.

<sup>126</sup> A conotação seria o conjunto de propriedades que devem (em consonância com um determinado código ou léxico) ser atribuídos ao conceito indicado pelo símbolo, e estaria relacionada à intencionalidade do símbolo.

<sup>127</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p.26. Ver também, a respeito da conotação e denotação BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. p.95-99. Sobre a teoria dos significantes e significados, ver ainda BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. p.39-59.

<sup>128</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p.28.

<sup>129</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p.29.

mesmo modo, desenvolvem-se em seu interior processos de conotação e denotação únicos, vinculados aos sentidos e significados que a compõem. Cumpre notar, entretanto, que a identidade constitucional, por se apresentar como linguagem política e jurídica da comunidade, será diversamente interpretada, ou seja, significados diferentes serão atribuídos a um mesmo significante, por grupos sociais diversos<sup>130</sup> da comunidade política – tal gama de possibilidades interpretativas, longe de ser malévola, faz parte da carência e incompletude da identidade constitucional, e, de certo modo, garante a sua própria eficácia como parâmetro da ordem política.

Saussure apresenta a relação entre significante (plano da expressão) e significado (plano do conteúdo) por  $\frac{Se}{So}$ <sup>131</sup>. “(...) o signo apresenta-se, demonstrativamente, como a extensão de uma situação profunda: na língua, o significado, de certo modo, está atrás do significante e só pode ser atingido através dele (...)”<sup>132</sup>. Hjelmslev<sup>133</sup>, entretanto, apresenta uma representação puramente gráfica da relação entre significante e significado: “(...) há relação (R) entre o plano de expressão (E) e o plano do conteúdo (C).”<sup>134</sup> Assim temos que: *E-R-C*. Tal esquema tem a vantagem de poder explicar satisfatoriamente os processos de metalinguagem e denotação, importantes para a compreensão, mais à frente, das relações entre a linguagem, o sistema de comunicação da identidade constitucional e outros sistemas de significação. Logo, o sistema de comunicação da identidade constitucional pode ser representado por:

---

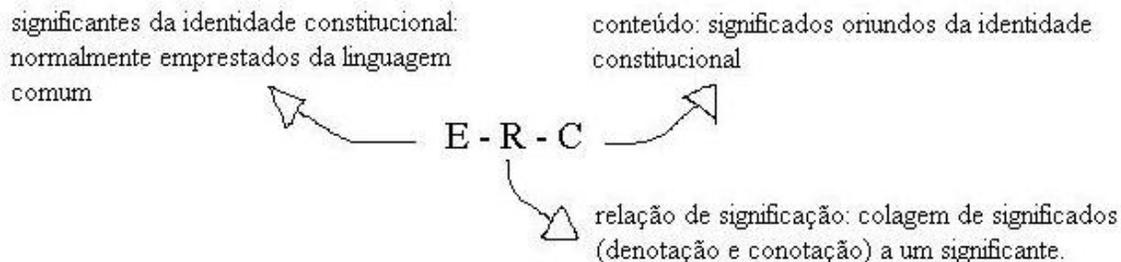
<sup>130</sup> E até mesmo por indivíduos diferentes, a partir de suas experiências sociais e culturais privadas.

<sup>131</sup> Se = significante. So = significado.

<sup>132</sup> BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. p. 51-52

<sup>133</sup> Sobre o tema, ver HJELMSLEV, Louis. *Prolegômenos a uma Teoria da Linguagem*. [Trad.: J. Teixeira Coelho Netto]. 2ª Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003. p. 53-64.

<sup>134</sup> BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. p. 52.



Assim, todo sistema de comunicação (e suas relações de significação) pode ser representado pela estrutura E-R-C. As significações se estabelecem com base nos códigos e léxicos inerentes ao sistema, por meio de processos denotativos e conotativos.

Por exemplo, pode-se pensar sobre a relação estabelecida entre a linguagem e o sistema de comunicação da identidade constitucional a partir do signo liberdade. O significante liberdade, na linguagem comum, possui uma série de significados que são usualmente reconhecidos por qualquer falante daquela língua<sup>135</sup>.

Já no âmbito do sistema de comunicação da identidade constitucional, o significante liberdade adquire uma série de novos significados<sup>136</sup> diversos dos significados originais do significante na linguagem, de forma que os significados originais só são aceitos, se são, após serem submetidos ao crivo ético da identidade constitucional que, necessariamente, impõe novos significados ou altera os antigos. Ademais, além de ser capaz de atribuir novos significados a significantes “tradicionais”, a identidade constitucional também “cria”

<sup>135</sup> Mormente a idéia de se fazer o que se quer, ou ainda a possibilidade de livre locomoção.

<sup>136</sup> Por exemplo, a liberdade em seu sentido técnico-jurídico, a liberdade como possibilidade de exercício dos direitos humanos, a liberdade como respeito e dignidade, etc. Sobre os mais comuns sentidos da liberdade, ver BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. In: KING, Preston T. *O estudo da política: coletânea de palestras inaugurais*. Trad.: José Luiz Porto de Magalhães. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

novos significantes, colando-os a significados para os quais não existam significantes minimamente adequados.

Igualmente, é possível refletir sobre o processo de seleção e combinação de traços e elementos de outras identidades relevantes pela identidade constitucional, em termos semelhantes aos do parágrafo anterior. Assim, o conceito de trabalho, que possui um significado para o grupo social genérico dos empregadores, e outro significado para o grupo dos trabalhadores<sup>137</sup>, será re-significado pelo sistema de comunicação da identidade constitucional, incorporando elementos de significado tanto do grupo dos empregadores quanto dos trabalhadores, na medida em que tais elementos contribuam para a busca ética de reconciliação entre o “eu” e o “outro”. A identidade constitucional, portanto, funciona exatamente como uma nova linguagem, de modo que os termos oriundos de outros sistemas de significação só podem fazer sentido e serem aceitos em seu seio se forem traduzidos e re-significados.

Os léxicos determinam significados segundos, por meio dos processos de conotação: as várias teorias constitucionais que surgem em uma dada comunidade política, por exemplo, podem ser pensadas como léxicos conotativos pertencentes à identidade constitucional daquela comunidade. Do mesmo modo, toda construção constitucional, além de ser um discurso oriundo do sistema de comunicação da identidade constitucional, pode também ser considerada como um léxico que estabelece significados conotativos com base

---

<sup>137</sup> Perceba-se que, nessa hipótese, diversos grupos sociais poderão decodificar um determinado discurso com base em códigos e léxicos diversos dos originais do discurso, bem como diversos entre si. É nesse sentido que a identidade constitucional pode funcionar como linguagem política, fornecendo os códigos e léxicos que serão utilizados por todos para a decodificação de discursos. Essa função é a mesma, por exemplo, da exercida por línguas como o inglês e o português, que apresentam códigos e léxicos minimamente compartilhados para que possa existir um certo nível de compreensão entre os falantes.

nos códigos denotativos<sup>138</sup> originais pertencentes à identidade constitucional. Cumpre ressaltar, nesse momento, que é extremamente difícil estabelecer quais significados da identidade constitucional são denotativos e quais são conotativos.

Por ora, basta considerar que os significados denotativos relacionam-se à marcas semânticas sobre as quais existe acordo e consenso na comunidade de intérpretes, enquanto os significados conotativos referem-se a interpretações contestadas ou contestáveis, e às possibilidades de reconstrução da identidade constitucional (que, entretanto, para serem legítimas, devem basear-se em construções que, necessariamente, ancoram-se em alguns dos significados denotativos inerentes à identidade constitucional).

Poder-se-ia igualmente ponderar a respeito dos códigos e léxicos da identidade constitucional em relação ao constitucionalismo e ao texto constitucional. Sob essa ótica, as exigências inerentes ao constitucionalismo, bem como o texto constitucional, poderiam ser considerados como códigos da identidade constitucional, enquanto as efetivas práticas institucionais e políticas da comunidade, na medida em que guardassem diferenças em relação a esses códigos, mas, ainda assim, permanecessem legítimas, poderiam ser consideradas como léxicos da identidade constitucional.

---

<sup>138</sup> Nesse sentido, os códigos da identidade constitucional representariam as regras de seleção e combinação de signos e denotações já aceitas, ou seja, não contestadas seriamente na comunidade política. O principal código de qualquer identidade constitucional são os direitos fundamentais. A separação de poderes, o Estado de Direito, por exemplo, seriam outros códigos relevantes. Já os léxicos equiparam-se, geralmente, às possibilidades de interpretação da identidade constitucional, sobre as quais inexistente consenso. Por exemplo, uma interpretação dos direitos sociais da Constituição de 1988 que os considerasse auto-aplicáveis, e não meramente programáticos, gerando inclusive responsabilidade jurídica para o Estado, seria uma hipótese de léxico conotativo da identidade constitucional (dada a imensa gama de re-significações que essa possibilidade interpretativa acarretaria). Note-se, entretanto, que tanto os códigos quanto os léxicos da identidade constitucional devem ser legítimos, ou seja, devem estar de acordo com as exigências mínimas decorrentes da ética desconstrutivista, bem como devem respeitar os requisitos do constitucionalismo e da integridade como ferramenta discursiva.

## 2. Linguagem, língua e fala.

As relações entre linguagem, língua e fala são pensadas por Roland Barthes<sup>139</sup> a partir de seus conceitos correlatos. A linguagem poderia ser definida como o conjunto sistemático das convenções necessárias à comunicação; a fala seria a parte puramente individual da linguagem (fonação e realização das regras e combinações contingentes dos signos); já a língua seria a linguagem menos a fala, ou seja, a linguagem enquanto instituição social e sistema de valores.

Ainda segundo Saussure, a língua é o depósito de regras no qual se baseia o falante, enquanto a fala é o ato individual por meio do qual o falante usa a língua e se comunica<sup>140</sup>.

A Língua é então, praticamente, a linguagem menos a Fala: é, ao mesmo tempo, uma instituição social e um sistema de valores. Como instituição social, ela não é absolutamente um ato, escapa a qualquer premeditação; é a parte social da linguagem; o indivíduo não pode, sozinho, nem criá-la nem modificá-la. Trata-se essencialmente de um contrato coletivo ao qual temos de submeter-nos em bloco se quisermos comunicar; além disto, este produto social é autônomo, à maneira de um jogo com as suas regras, pois só se pode manejá-lo depois de uma aprendizagem. Como sistema de valores, a Língua é constituída por um pequeno número de elementos de que cada um é, ao mesmo tempo, um vale-por e o termo de uma função mais ampla onde se colocam, diferencialmente, outros valores correlativos; sob o ponto de vista da língua, o signo é como uma moeda: esta vale por certo bem que permite comprar, mas vale também com relação a outras moedas, de valor mais forte ou mais fraco (...)<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*.

<sup>140</sup> Ver ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p.29-30.

<sup>141</sup> BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*.p. 17-18.

A língua é sistemática, e vincula-se ao eixo da valoração diferencial<sup>142</sup>, já a fala é articulatória e vincula-se ao eixo sintagmático<sup>143</sup>. A fala, portanto, é um ato de seleção (fundado na língua) e atualização (materializada na combinação dos signos selecionados atualizados em cadeias sintagmáticas). A língua constitui-se em produto da fala, já que inexistente língua sem fala<sup>144</sup>, mas é também instrumento da fala, pois a fala não pode existir fora da língua. Em outros termos, a fala é o discurso com base na língua, que não pode existir sem ser falada, sem dar origem a nenhum discurso.

Nesse sentido, considerando a identidade constitucional como um sistema de significações, a linguagem pode ser pensada como a própria identidade constitucional, ou seja, a combinação do texto constitucional com os requisitos do constitucionalismo, moldada pela história e particularidades sociais dessa comunidade.

A linguagem da identidade constitucional é composta pelos requisitos sistemáticos mínimos que possibilitam a existência de uma efetiva identidade constitucional ligada ao constitucionalismo moderno e às exigências do pluralismo social.

Tal linguagem, portanto, guardaria profunda relação com os códigos denotativos da identidade constitucional, na medida em que tais códigos referem-se aos consensos que

---

<sup>142</sup> O sistema, ou paradigma, é concebido como o eixo do repertório de símbolos e regras onde se realiza a seleção dos signos. Ver o gráfico anterior sobre paradigma e sistema. ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p.39-40

<sup>143</sup> O sintagma é concebido como o eixo de combinação dos signos em cadeias sintagmáticas complexas, que constituem o discurso propriamente dito. Ver, igualmente, o gráfico anterior. ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p.39-40

<sup>144</sup> De modo que os fatos da fala sempre precedem os fatos da língua.

permitem à identidade constitucional funcionar como linguagem política da comunidade, em busca da inclusão e da superação do hiato entre identidade e diferença.

Já a língua seria a efetiva realização social de uma dada identidade constitucional em um momento histórico específico, ou seja, a língua da identidade constitucional compõe-se pelas instituições político-constitucionais que representam e externam a identidade constitucional da comunidade política.

Por exemplo, a extensão reconhecida a direitos constitucionais, os mecanismos de separação de poderes, as atribuições jurisdicionais de diversos tribunais, as técnicas de hermenêutica constitucional aceitas, são todos aspectos componentes da língua de uma dada identidade constitucional. A língua é a manifestação concreta da identidade constitucional na prática institucional de uma comunidade política.

Por fim, a fala é o ato de atualização da língua, é todo discurso constitucional, individual ou coletivo, toda construção e reconstrução da identidade constitucional que participa do exercício constante de re-escritura colaborativa ao qual toda identidade constitucional se encontra sujeita.

A fala é igualmente qualquer tomada de decisão constitucional, qualquer emenda ou proposta de emenda constitucional, e também qualquer livro sobre teoria constitucional que seja publicado. Em resumo, a fala constitui-se em todo discurso que de algum modo esteja vinculado à experiência constitucional da comunidade política.

### 3. Esquema, norma e uso.

O funcionamento comunicacional da identidade constitucional, entretanto, pode ainda ser compreendido a partir da ótica pugnada por Hjelmslev<sup>145</sup>, que expande o par Língua/Fala para os conceitos de Esquema/Norma/Usos, que estariam todos contidos na língua, opostos à fala. O esquema seria a forma pura da língua (enquanto sistema de diferenciações), a norma seria a forma material da língua (enquanto realização social – mas independente dos pormenores de sua realização), e o uso seria a língua enquanto conjunto de hábitos lingüísticos de uma determinada sociedade.

Entre os elementos fala, norma, uso e esquema, dar-se-iam as seguintes relações: a norma determina o uso e a fala; uso e fala determinam-se reciprocamente; e o esquema é determinado, ao mesmo tempo, pelo uso, pela fala e pela norma.

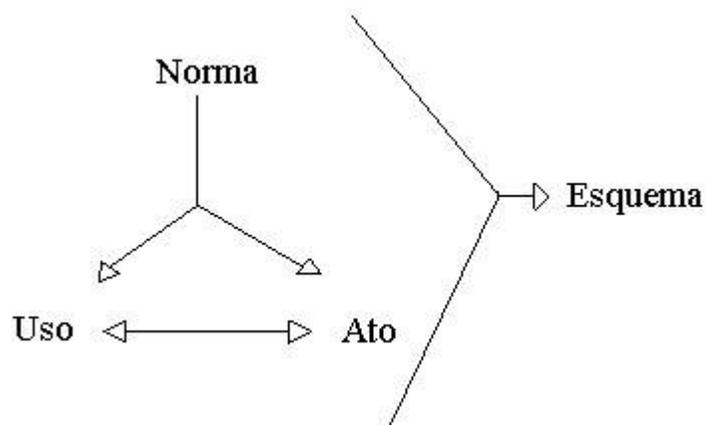
As distinções que acabamos de estabelecer apresentam a vantagem de esclarecer-nos sobre as relações possíveis entre língua e palavra na acepção saussuriana (...) A norma determina (i.e., pressupõe) o uso e o ato, e não inversamente (...) o ato e o uso precedem lógica e praticamente a norma; a norma nasceu do uso e do ato, mas não inversamente. O grito espontâneo é um ato sem norma, o que não impede, por outro lado, que se dê em virtude de um uso (...) Entre uso e ato (da fala) há interdependência; eles pressupõem-se mutuamente (...) O esquema é determinado (i.e., pressuposto) tanto pelo ato quanto pela norma, e não inversamente (...) Em todo sistema semiológico, o esquema constitui a constante, isto é, o pressuposto, ao passo que, em relação ao esquema, a norma, o uso e o ato são as variáveis, ou seja, aqueles que pressupõem.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. p. 20-23. Além da supracitada obra de Hjelmslev, ver também HJELMSLEV, Louis. *Ensaio Lingüísticos*. [Trad.: Antônio de Pádua Danesi]. São Paulo: Editora Perspectiva, 1991.

<sup>146</sup> HJELMSLEV, Louis. *Ensaio Lingüísticos*. p. 88-90.

Graficamente, poder-se-ia representar as relações entre esquema, norma, uso e ato de fala por:



Nesse sentido, uma terceira categoria se insere nas considerações acerca da identidade constitucional: conquanto o esquema possa ser aproximado à linguagem, e a norma possa ser pensada como língua (a realização social e institucional<sup>147</sup>), o uso caracteriza o *hábito* constitucional em uma determinada sociedade. A teoria de Hjelmslev considera a fala uma simples concretização do esquema, de modo que o conceito de uso, profundamente social, adquire a maior importância no funcionamento da comunicação.

---

<sup>147</sup> Note-se que o conceito de norma proposto por Hjelmslev independe dos pormenores da manifestação social, que pertencem ao uso. A norma, segundo o próprio Hjelmslev, não passa de uma abstração de método, ou seja, uma abstração fundada no esquema. Ver BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. p. 20-21. “A norma, de outra parte, é uma ficção – a única ficção que se encontra entre as noções que nos interessam. O uso, compreendendo o ato, não o é. O esquema, também não. Essas noções representam realidades. A norma, pelo contrário, é apenas uma abstração tirada do uso por um artifício de método. Constitui quando muito um corolário conveniente para estabelecer os quadros da descrição do uso. Para falar estritamente, é supérflua; constitui algo assim como um acréscimo e uma complicação inútil (...)”HJELMSLEV, Louis. *Ensaio Lingüísticos*.p. 92.

De fato, uma fala constitucional, um simples ato de atualização individual, tem pouca importância na estrutura comunicacional da identidade constitucional<sup>148</sup>; entretanto, o uso, o conjunto das falas – ou seja, as falas em sua dimensão social, e não individual –, define o aspecto profundamente social e colaborativo da identidade constitucional:

De fato, a execução do esquema seria necessariamente um uso: uso coletivo e uso individual. Desse ponto de vista, não vemos como seria possível conservar a distinção entre o social e o individual. Assim como a palavra pode ser considerada um documento da língua, também o ato pode ser considerado um documento de uso coletivo; seria mesmo vão e inútil considerá-los de modo diverso. Poder-se-ia responder que nessas condições não se compreenderia o caráter suficientemente livre e espontâneo, o papel criador do ato; mas isso

---

<sup>148</sup> A não ser, é claro, que se trate de uma decisão de uma Suprema Corte, ou de uma emenda constitucional. É interessante notar que, no espectro meramente comunicacional, não existe garantia de que uma decisão constitucional *erga omnes*, ou uma emenda à Constituição, vá efetivamente alterar a interpretação das pessoas a respeito da identidade constitucional da qual elas participam. Veja-se, por exemplo, a decisão do STF (ver a ADC 9-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 23.04.2004, p. 6) que considerou o racionamento de energia elétrica, durante o período do “Apagão”, legítimo, por se ajustar aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista o direito dos consumidores em geral (segundo a Ementa: “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N.º 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente.”). Ou ainda a decisão relativa ao não-pagamento dos precatórios pelo governo do Estado de São Paulo (ver IF 2.915-5 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 28.11.2003, p.11; segundo a Ementa: “INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido.”), ambas altamente contestadas e contestáveis do ponto de vista da identidade constitucional brasileira. Convém ressaltar, entretanto, que um simples ato de fala pode, consensualmente, converter-se em uso na comunidade, passando a influenciar decisivamente sua identidade constitucional.

seria um erro, pois o uso não poderia ser senão um conjunto de possibilidades entre as quais qualquer ato teria livre escolha; ao descrever o uso, convém levar em conta a latitude de variação que ele admite, e essa latitude, desde que registrada de maneira exata, jamais seria ultrapassada pelo ato; no momento em que aparentemente o fosse, a descrição do uso deveria ser modificada. Parece, portanto, que, por definição, nada pode haver no ato que não seja previsto pelo uso.<sup>149</sup>

Percebe-se, pela passagem acima, que, assim como relata Rosenfeld, as possibilidades de discurso constitucional (ato de fala) se encontram limitadas pelo uso (ou seja, pelo hábito constitucional), necessariamente colaborativo e não arbitrário, existente na comunidade política. O uso não é arbitrário justamente porque se vincula à identidade constitucional, na qual encontram-se presentes exigências éticas decorrentes da ontologia desconstrutivista e do compromisso com o constitucionalismo.

Na verdade, o que o excerto analisado revela é que o uso de uma linguagem, ou seja, a materialização do esquema dessa linguagem, limita os atos de fala que ocorrem dentro dessa estrutura comunicacional.

Um ato de fala só será compreendido dentro de uma língua caso ele esteja em consonância com o uso coletivo; do contrário, ele simplesmente não integrará, não fará parte daquela estrutura comunicacional. O mesmo, entretanto, não se dá de forma perfeita em relação ao sistema de comunicação da identidade constitucional.

A linguagem comum é um sistema de comunicação isológico, ou seja, é um sistema de comunicação que não depende de nenhum outro sistema de comunicação<sup>150</sup>. Já a

---

<sup>149</sup> HJELMSLEV, Louis. *Ensaíos Lingüísticos*.p. 92.

<sup>150</sup> Outros exemplos de sistema de comunicação isológicos são a pintura, a arquitetura, a moda, etc.

identidade constitucional é um sistema de comunicação não isológico, ou seja, é um sistema de comunicação que depende de outro sistema de comunicação para subsistir.

No caso, a identidade constitucional depende da linguagem, do direito e da política<sup>151</sup>, tanto como sistemas doadores de significantes e significados, quanto como sistemas pelos quais a identidade constitucional se expressa.

Os discursos da identidade constitucional, suas construções, reconstruções, e ainda qualquer texto constitucional, expressam-se necessariamente por meio da linguagem. Nesse sentido, a identidade constitucional encontra-se limitada pelo uso e pelo esquema da linguagem falada pela comunidade política. Entretanto, o esquema da identidade constitucional não se confunde com o esquema da linguagem, que apenas contribui com as regras de articulação e seleção no plano da expressão lingüística.

O esquema da identidade constitucional é o constitucionalismo, e as regras e limitações a ele inerentes. É o constitucionalismo que fornece os requisitos mínimos a qualquer prática constitucional para que se possa efetivamente falar na existência de uma identidade constitucional. Em outros termos, o constitucionalismo está para a identidade constitucional como a estrutura gramatical e sintática está para uma língua.

---

<sup>151</sup> Convém ressaltar que direito e política são igualmente sistemas não isológicos. Poder-se-ia igualmente colocar a ética como outro sistema do qual a identidade constitucional depende. Exemplificativamente, entretanto, o texto ater-se-á apenas à política e ao direito. Sobre a relação entre direito e linguagem, recomenda-se WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

Prosseguindo com o raciocínio anterior, tem-se que o uso da identidade constitucional é o conjunto das instituições político-jurídicas da comunidade, e a norma é o texto constitucional<sup>152</sup> vigente.

De fato, qualquer texto constitucional não passa de uma abstração, quase supérflua, como diria Hjelmslev: a identidade constitucional é verdadeiramente determinada pelas regras oriundas do constitucionalismo e pelo efetivo uso e adaptação social dessas regras em uma determinada comunidade política, sendo que o mero texto constitucional deriva sua existência desses dois fatores<sup>153</sup>.

Um texto constitucional, sozinho, é incapaz de alterar as práticas constitucionais de uma comunidade, e figura, normalmente, como uma tentativa de teorização e explicitação dos compromissos com o constitucionalismo que, em determinado momento, os constituintes originários interpretaram como aqueles que a comunidade política desejava assumir. É o uso, entretanto, a efetiva vivência constitucional social e colaborativa, que expressa a configuração constitucional real de uma comunidade política.

Torna-se mais simples compreender que o constitucionalismo é o esquema da identidade constitucional na medida em que se percebe que o próprio constitucionalismo não é imutável.

---

<sup>152</sup> Seja ele escrito ou não.

<sup>153</sup> O que explica inúmeras mudanças de Constituição em vários países.

Por se tratar de uma experiência historicamente situada, o constitucionalismo, ao dar origem<sup>154</sup> às várias experiências constitucionais nas comunidades políticas modernas e pós-modernas, ou seja, ao ensejar o surgimento de um uso, é igualmente contra-influenciado e determinado por essas experiências, de modo que o uso, ou seja, as experiências concretas, passam a determinar o esquema, exatamente como explica Hjelmslev.

O constitucionalismo, igualmente, é determinado pela norma, pelos textos constitucionais que figuram nas diversas experiências históricas das comunidades políticas. Assim, tem-se que:

### **Identidade Constitucional**

<b>Esquema</b>	<b>Norma</b>	<b>Uso</b>	<b>Fala</b>
Constitucionalismo	Texto Constitucional	Discurso social colaborativo (hábito constitucional)	Discurso constitucional individual

Entretanto, apesar de o constitucionalismo ser o esquema da identidade constitucional, ele nem é o esquema de expressão da identidade constitucional, nem é

---

<sup>154</sup> Note-se, entretanto, que o constitucionalismo não surge pronto e determinado em um vácuo histórico – justamente por se tratar de um esquema, ele depende da existência de um uso prévio, consubstanciado nas práticas e ideais político-institucionais, que eventualmente culminou no surgimento do constitucionalismo. Perceba-se que apenas por uma questão conceitual, ou seja, teórico-filosófica, esse uso só pode ser vinculado ao constitucionalismo como precursor do movimento.

exclusivo. Uma vez que a identidade constitucional é um sistema de comunicação não isológico dependente da linguagem, da política, e do direito, os discursos constitucionais podem se constituir com base em um desses outros esquemas, ignorando o esquema do constitucionalismo, sem se tornar ininteligível dentro da estrutura comunicacional da identidade constitucional.

Um discurso favorável à pena de morte, por exemplo, que claramente contraria pressupostos caros ao constitucionalismo, desde que se ajuste às prescrições do esquema da linguagem comum por meio da qual se enuncia, será plenamente compreensível dentro da estrutura comunicacional da identidade constitucional. Poderá até mesmo ter a aparência de legitimidade, desde que se funde em elementos constantes dos esquemas ou da política ou do direito<sup>155</sup>.

Do mesmo modo, é possível enunciar outros discursos aparentemente legítimos com base nos esquemas da política e do direito, em desrespeito ao esquema do constitucionalismo.

O compromisso ético com os pressupostos do constitucionalismo proposto por Rosenfeld, portanto, pode ser encarado como o compromisso discursivo com o esquema do constitucionalismo, em todas as instâncias comunicacionais da identidade constitucional.

A situação acima narrada pode ser ilustrada da seguinte forma:

---

<sup>155</sup> E, infelizmente, não são poucos os argumentos políticos e meramente jurídicos que servem para justificar a pena de morte.

### **Identidade Constitucional.**

<b>Esquema</b>	<b>Esquema de expressão</b>	<b>Esquema complementar</b>	<b>Esquema complementar</b>
Constitucionalismo	Esquema da linguagem comum	Esquema da política	Esquema do direito

Percebe-se, portanto, que qualquer discurso enunciado corretamente dentro da linguagem comum da comunidade política será ao menos inteligível para a comunidade de intérpretes constitucionais. Do mesmo modo, discursos ilegítimos dentro das exigências do constitucionalismo poderão ter a aparência de legitimidade, desde que ajustados aos pressupostos dos esquemas ou da política ou do direito. Obviamente, a seleção de um esquema diverso do constitucionalismo para a construção de discursos constitucionais é arbitrária e subjetiva, estando sujeita a todas as críticas levantadas por Rosenfeld e expostas no primeiro capítulo.

Dessa forma, cumpre ressaltar que a legitimidade dos discursos constitucionais depende do respeito à busca pela reconciliação entre o “eu” e o “outro” (que integra os pressupostos do constitucionalismo por conta da necessidade de respeito ao pluralismo

social) e aos outros requisitos inerentes ao constitucionalismo<sup>156</sup>, de modo que nem todo discurso que faz sentido constitucionalmente (ou seja, que é compreensível), verdadeiramente faz sentido no seio da identidade constitucional (ou seja, apresenta significados legítimos e aceitáveis dentro da comunidade política, tendo em vista seu compromisso com o constitucionalismo).

#### **4. Conotação e metalinguagem: acoplamento de sistemas.**

No item anterior, abordaram-se algumas das relações entre a identidade constitucional, a linguagem, o direito e a política. Igualmente, em sua narrativa sobre a evolução da identidade do sujeito constitucional, Rosenfeld trata da incorporação de elementos oriundos de outras tradições e identidades comunitariamente relevantes pela identidade constitucional. Resta compreender como, lingüisticamente, pode se dar tal processo.

Conforme explicitado anteriormente, o sistema de comunicação da identidade constitucional e a linguagem não se confundem, mas se relacionam. A identidade constitucional, obviamente, utiliza-se de signos, significados e significantes oriundos da linguagem, além de apresentar significantes e significados próprios<sup>157</sup> que, apesar de originais da identidade constitucional, necessariamente se expressam pela linguagem.

---

<sup>156</sup> Tais questões de legitimidade serão melhor trabalhadas no terceiro capítulo.

<sup>157</sup> Por exemplo, os conceitos de utilidade pública e função social da propriedade, originalmente inexistentes na linguagem comum (apesar de existentes como significantes, inexistentes como signos dotados de significado claro e coerente).

Nesse caso, signos, significados e significantes próprios da identidade constitucional podem terminar por se incorporar à linguagem<sup>158</sup>.

Visando compreender como pode se dar o acoplamento entre o sistema de comunicação da identidade constitucional e a linguagem, é útil demonstrar como Barthes explica os processos de conotação e metalinguagem<sup>159</sup>.

Lembremos que qualquer sistema de significação comporta um plano de expressão (E) e um plano de conteúdo (C) e que a significação coincide com a relação (R) entre os dois planos: E R C. Vamos supor agora que tal sistema E R C se torne, por sua vez, o simples elemento de um segundo sistema, que lhe será assim extensivo; estaremos então às voltas com dois sistemas de significação imbricados um no outro, mas também desengatados, um em relação a outro. Todavia, o “desengate” dos dois sistemas pode fazer-se de duas maneiras inteiramente diferentes, segundo o ponto de inserção do primeiro sistema no segundo, dando lugar assim a dois conjuntos opostos (...)<sup>160</sup>

Na hipótese da conotação, tem-se que um primeiro sistema constitui-se em plano de denotação, enquanto um segundo sistema, extensivo ao primeiro, constitui-se em plano de conotação – ou seja, o plano de expressão do segundo sistema é ele próprio composto por um sistema de significação:



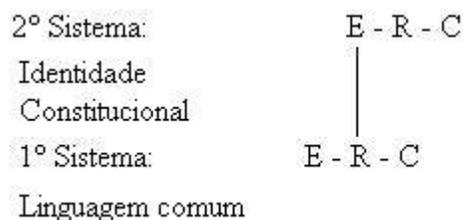
<sup>158</sup> Por exemplo, o conceito de direito adquirido, que, tomado da identidade constitucional, passa a ter o mesmo significado na linguagem comum.

<sup>159</sup> BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. p.95-99.

<sup>160</sup> BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. p. 95.

Ou ainda (E-R-C)-R-C. Tem-se, portanto, que os significantes do segundo sistema são constituídos pelos signos do primeiro sistema. “Diremos, pois, que um sistema conotado é um sistema cujo plano de expressão é, ele próprio, constituído por um sistema de significação; os casos correntes de conotação serão evidentemente constituídos por sistemas complexos, cuja linguagem articulada forma o primeiro sistema (é o caso da Literatura, por exemplo).”<sup>161</sup>

Esse é o caso da relação entre linguagem e identidade constitucional. A linguagem constitui o primeiro sistema da relação, que fornece os signos<sup>162</sup> que servirão de significante para os signos da identidade constitucional. Ou seja, a identidade constitucional toma emprestado da linguagem os significantes (as imagens acústicas), e os preenche de novos significados consoante os requisitos do constitucionalismo e as características inerentes a essa identidade constitucional em particular<sup>163</sup>. Tem-se que:



Tome-se como exemplo o signo casa. Em relação à linguagem comum, segundo o Aurélio<sup>164</sup>, tem-se como primeira definição de casa: “Edifício de um ou poucos andares,

<sup>161</sup> BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. p. 95-96.

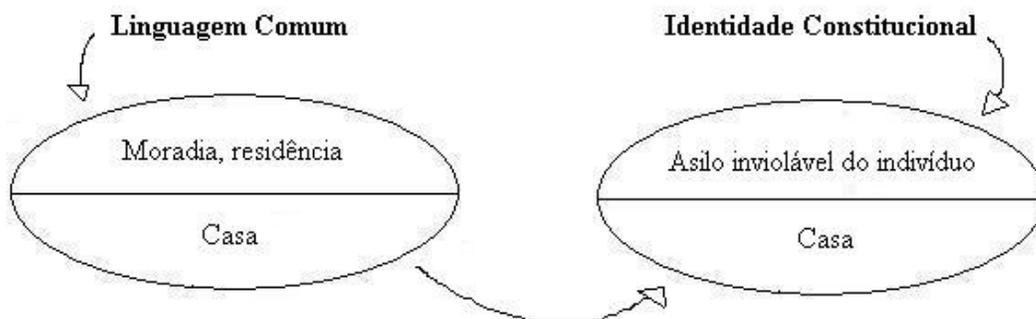
<sup>162</sup> Convém lembrar que os signos compõem-se de significante, significado, e da relação existente entre ambos.

<sup>163</sup> O mesmo se dá com qualquer construção ou reconstrução da identidade constitucional.

<sup>164</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

destinado, geralmente, a habitação; morada, vivenda, moradia, residência.” Ou seja, ao significante “casa” encontra-se acoplado o significado enunciado. Já nos termos da identidade constitucional brasileira, observe-se o art. 5º, XI, da Constituição Federal de 1988: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;” O significado oriundo da identidade constitucional é consideravelmente diverso do significado pertencente à linguagem comum. Ocorre, portanto, justamente o processo acima explicado: do signo da linguagem comum “casa”, a identidade constitucional utiliza o significante “casa” para preenchê-lo com um novo significado correspondente às exigências da identidade constitucional. Nesse exemplo, fica claro exatamente porque a identidade constitucional pode ser considerada um sistema de significação, e, portanto, um sistema de comunicação e uma linguagem.

Ilustrativamente, tem-se que:



Ressalte-se, entretanto, que a identidade constitucional não toma apenas o significante “casa” da linguagem comum, mas sim o signo casa (que envolve tanto o significante quanto o significado), que se converte em significante do novo significado fornecido pela identidade constitucional. Tal situação representa claramente o fato de que a linguagem comum é o veículo de expressão da identidade constitucional, e relaciona-se igualmente à influência que a identidade constitucional sofre do esquema da linguagem comum.

O procedimento inverso pode igualmente ocorrer, e se dá de três formas diversas. A primeira delas, que sempre ocorre, decorre do processo mesmo acima narrado. Após a identidade constitucional atribuir um novo significado a um signo tomado da linguagem, esse novo significado passa imediatamente a fazer parte da linguagem, ao lado dos outros significados originalmente associados ao significante em questão. Assim, a definição de casa como asilo inviolável do indivíduo passa igualmente a pertencer à linguagem comum.

O segundo procedimento, semelhante ao primeiro, ocorre quando o significado atribuído pela identidade constitucional substitui inteiramente os significados originais correspondentes à linguagem comum. Assim, por exemplo, a idéia de liberdade de expressão, apesar de originalmente deter uma série de significados dentro da linguagem comum<sup>165</sup>, hodiernamente, na grande maioria das comunidades políticas ocidentais, só pode ser compreendida a partir de seu significado vinculado à identidade constitucional<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> Provavelmente oriundo da política e do direito. Entretanto, não cumpre, presentemente, analisar essa questão.

<sup>166</sup> Interessantes análises sobre liberdade de expressão e seu significado a partir da identidade constitucional podem ser encontradas em ROSENFELD, Michel. *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a*

Nesse caso, os significados originais de liberdade de expressão na linguagem comum se perdem em detrimento do significado posto pela identidade constitucional.

Por fim, o terceiro procedimento corresponde ao surgimento de um novo signo dentro da identidade constitucional, que passa a compor igualmente a linguagem comum. Pode acontecer tanto de o novo signo surgir da combinação de significantes de signos diversos, combinação essa carente de uma significação imediata, quanto de o novo signo surgir da efetiva criação de um novo signo<sup>167</sup>. Exemplo do último caso seria o *habeas data*<sup>168</sup>, signo inteiramente novo no universo da linguagem, cujo significado depende exclusivamente da identidade constitucional.

A primeira hipótese é um pouco mais complexa. Pensemos no conceito de função social da propriedade. Os signos que o compõem pertencem à linguagem, e, diante de tal expressão, é possível imaginar uma série de significados para o conceito com base exclusivamente na linguagem comum, sem, que, entretanto, se possa ter certeza de quais significados podem lhe ser efetivamente atribuídos. É somente a partir do significado posto pela identidade constitucional que se torna possível completar o signo, fechando a relação entre significante e significado. Logo, tal signo passa igualmente a fazer parte da linguagem comum, completado pelo significado originado da identidade constitucional.

---

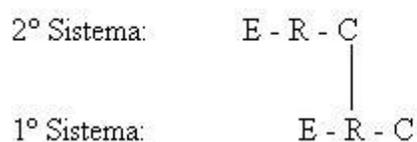
*Comparative Analysis*. e SCHAUER, Frederick. Free Speech and the Cultural Contingency of Constitutional Categories. p.353-368.

<sup>167</sup> Mesmo nessa hipótese a identidade constitucional permanece dependente da linguagem, uma vez que o novo signo se expressa pela linguagem comum e deve respeitar suas regras de articulação e seleção.

<sup>168</sup> É óbvio que os termos *habeas* e *data* possuem significados próprios e individuais. A junção dos dois termos, entretanto, sem o fulcro da identidade constitucional, não sugere nenhum significado específico.

Aparentemente, a incorporação de elementos oriundos de outras identidades relevantes, ou seja, de outros sistemas de comunicação, dar-se-ia de forma semelhante ao processo de conotação existente entre a linguagem e a identidade constitucional. Entretanto, a linguagem é efetivamente o único plano de expressão da identidade constitucional. Das outras identidades relevantes, os signos não são re-trabalhados como significantes, mas sim como significados. De fato, os elementos oriundos de outras identidades não funcionam como forma, mas como conteúdo para a identidade constitucional. Trata-se, portanto, de um acoplamento metalingüístico.

No caso da metalinguagem, tem-se que o plano de conteúdo do segundo sistema é constituído por um outro sistema de significação, ou seja, os significados do segundo sistema são compostos pelos signos do primeiro sistema:

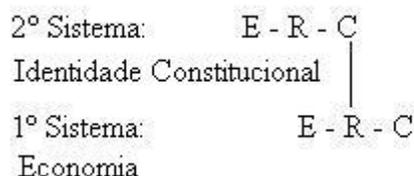


Ou ainda E-R-(E-R-C). “(...) uma metalinguagem é um sistema cujo plano do conteúdo é, ele próprio, constituído por um sistema de significação; ou ainda, é uma Semiótica que trata de uma Semiótica”<sup>169</sup>. Nas metalinguagens, o sistema-objeto (no caso, o primeiro sistema) é significado pela metalinguagem: seria o caso, por exemplo, da linguagem, em seu estado denotado, que procura explicar um outro sistema de objetos

---

<sup>169</sup> BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. p. 96.

significantes, como a moda, a biologia, a física, etc. A relação entre identidade constitucional e economia, por exemplo, poderia ser esquematizada da seguinte forma:



Logo, a identidade constitucional, ao defrontar-se com elementos oriundos do sistema de comunicação da economia<sup>170</sup>, poderá ou rejeitá-los<sup>171</sup> ou incorporá-los ao seu conjunto de signos. Essa incorporação, entretanto, é um processo de re-significação, por meio do qual o significado do signo original oriundo da economia é atribuído a um novo significante da identidade constitucional, de modo que o novo signo formado pelo significado econômico e pelo significante constitucional esteja de acordo com as exigências e requisitos constantes da identidade constitucional. Nesse sentido, a identidade constitucional funciona como uma linguagem que fala sobre outra linguagem (a economia), consubstanciando o acoplamento metalingüístico.

Destarte, quando Rosenfeld fala da incorporação seletiva de elementos de outras identidades visando a formação de uma auto-identidade constitucional positiva, é justamente por meio da metalinguagem, isto é, do discurso sobre outras identidades a partir da perspectiva da própria identidade constitucional, que o sujeito consegue adaptar o

---

<sup>170</sup> Ou de qualquer outra identidade relevante, como o direito, a política, uma religião, uma etnia, etc.

<sup>171</sup> Por meio da negação. Ver a segunda parte do presente capítulo.

conteúdo externo à identidade constitucional às exigências éticas decorrentes da ontologia desconstrutivista e do compromisso com o constitucionalismo. Ou seja, apesar de boa parte do conteúdo da identidade constitucional pertencer originalmente a outras identidades relevantes da comunidade política, cabe exclusivamente à identidade constitucional determinar o processo de seleção, organização e incorporação dos conteúdos externos.

Tome-se da economia, por exemplo, o conceito de consumidor. Inserida no seio dos conceitos clássicos da teoria econômica, que constituem uma importante identidade da maior parte das comunidades políticas ocidentais, a idéia de consumidor não pressupõe, a princípio, nenhum dos direitos, garantias, e vantagens que lhe são atribuídos pela identidade constitucional brasileira, mas sim se configura a partir do papel do consumidor para o funcionamento adequado de uma economia de mercado. Percebe-se que, nessa hipótese, o conceito econômico de consumidor, ao ser incorporado pela identidade constitucional, é re-significado, é colado a novos significantes, de modo a lhe garantir uma série de prerrogativas que anteriormente não constavam de seu conceito original.

Exemplo semelhante pode ser dado em relação ao conceito de propriedade oriundo do sistema de significação do direito e o conceito de propriedade incorporado pela identidade constitucional. Na teoria jurídica clássica, a propriedade resume-se aos poderes de fruir, usar e abusar do bem sobre o qual ela incide. A identidade constitucional, entretanto, ao re-interpretar a propriedade de modo que ela possa se ajustar aos requisitos de legitimidade da própria identidade constitucional, vincula o conceito de propriedade à função social, limitando os poderes clássicos do proprietário em consonância com os seus próprios significados.

Por fim, poder-se-ia ainda citar o pluralismo partidário, como conceito decorrente do sistema de significação da política. Em termos estritamente políticos, o pluralismo partidário figura unicamente como a possibilidade da existência de vários partidos políticos dentro de uma comunidade. A identidade constitucional brasileira, entretanto, estipula uma série de regras e limitações ao pluralismo partidário<sup>172</sup>, dentre os quais se destaca o resguardo à soberania nacional, ao pluralismo político e aos direitos fundamentais<sup>173</sup>. A idéia de pluralismo político, re-significada pela identidade constitucional, adquire uma série de limites, requisitos e sentidos que não poderiam ser depreendidos de sua versão original constante da identidade meramente política.

Compreende-se, portanto, que a identidade constitucional realiza o trabalho de seleção e incorporação de elementos de outras identidades, processo esse que garante a existência da própria identidade constitucional, por meio do acoplamento metalingüístico a outros sistemas de significação. Conquanto o conteúdo pertença originalmente a identidades diversas, os pressupostos de aceitação, negação, combinação e transformação do conteúdo são todos orientados pela identidade constitucional, e por suas possibilidades plausíveis de construção e reconstrução.

Ressalte-se, todavia, que processo inverso semelhante pode e costumeiramente ocorre. Outras identidades tomam para si o conteúdo da identidade constitucional e as re-significam e re-interpretam com base em seus próprios quesitos, exigências e critérios. A

---

<sup>172</sup> Ver art. 17 da Constituição Federal de 1988.

<sup>173</sup> Cabe ainda ressaltar a autonomia dos partidos para definir suas estruturas internas, bem como a vedação de os partidos manterem organizações paramilitares.

confusão entre o quê, de fato, uma dada identidade constitucional estipula e o quê a interpretação da identidade constitucional, por meio de uma outra identidade estipula, pode resultar em construções e re-construções da identidade constitucional, bem como em discursos e tomadas de decisões constitucionais altamente ilegítimas, ou, no mínimo, suspeitas.

Tome-se, como exemplo, recente decisão do STF<sup>174</sup> que aceita a impossibilidade de pagamento dos precatórios por parte do Estado de São Paulo, até mesmo de precatórios alimentares, porque tal pagamento resultaria no comprometimento da receita do Estado em alíquota superior a 2%. Está-se diante não de uma construção efetiva da identidade constitucional, mas sim de uma construção que se baseia em uma re-interpretação econômica da identidade constitucional. Nesse caso, as exigências da identidade constitucional foram re-interpretadas metalingüisticamente à luz da identidade econômica, e não da identidade constitucional. Trata-se, portanto, de um discurso econômico, não de um discurso constitucional.

Nessa hipótese, o discurso utiliza-se de significados oriundos da identidade constitucional, mas os organiza e condiciona por meio dos significantes de uma outra identidade, sem, todavia, realizar a distinção: assim, conquanto os significantes do discurso promovam e se ajustem aos quesitos da sua identidade, eles são apresentados como se fossem significantes pertencentes à própria identidade constitucional. Ou seja, especificamente, os significantes econômicos são mascarados de significantes

---

<sup>174</sup> IF 2.915-5 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 28.11.2003, p.11. Para detalhes, ver a Ementa em nota anterior.

constitucionais, visando justificar uma decisão de fundamento econômico por meio de argumentos ilusoriamente vinculados à identidade constitucional. Tal espécie de problema, entretanto, será melhor tratada no próximo capítulo, conjuntamente com a questão da penetração retórica e ideológica de outros sistemas de comunicação na identidade constitucional.

Tendo sido feitas as presentes considerações, cumpre analisar como efetivamente se constitui o discurso vinculado à identidade constitucional.

## **CAPÍTULO IV – A Formação do Discurso Constitucional.**

O capítulo atual intenta analisar os mecanismos de formação do discurso constitucional propostos por Rosenfeld, quais sejam a negação, a metáfora, a metonímia e a sobredeterminação, à luz do instrumental semiológico recuperado no capítulo anterior, tendo em vista a configuração lingüística, normativa e esquemática assumida pela identidade constitucional no plano comunicacional.

Para tanto, inicialmente apresentar-se-ão os mecanismos de constituição do discurso amparados na articulação dos eixos sintagmáticos e sistemáticos, bem como um modelo simples de decodificação da comunicação, útil para se compreender como os intérpretes constitucionais apreendem e emitem seus textos e discursos jurídicos. Nessa medida, será possível analisar o funcionamento intersubjetivo da negação, da metáfora, da metonímia e da sobredeterminação, que se integram nos processos de seleção e articulação do discurso jurídico.

Após se visualizar a estruturação da comunicação a partir dos mecanismos semióticos por ora analisados, a constituição do discurso poderá ser compreendida como um processo de constantes interrelações entre negação, metáfora e metonímia, que se completam e se complementam tendo em vista os objetivos de cada construção ou reconstrução da identidade constitucional.

Assim, a compreensão de como se articula e estrutura o discurso constitucional possibilitará, no restante da presente dissertação, analisar e sugerir alguns dos pressupostos de legitimidade inerentes ao discurso constitucional, com base, tanto em seu necessário vínculo com a identidade constitucional, quanto em relação aos mecanismos semiológicos de constituição do discurso.

### **1. Sistema e sintagma: seleção e articulação.**

Antes de analisar pormenorizadamente os mecanismos propostos por Michel Rosenfeld como conformadores do discurso constitucional, vale a pena analisar como a teoria semiológica trabalha a constituição genérica de qualquer discurso.

Conforme citado anteriormente, a língua, que é sistemática, vincula-se ao eixo da valoração diferencial, isto é, ao sistema ou eixo do paradigma. O sistema é o repertório de símbolos e regras que possibilita a seleção dos signos.

Já a fala, por ser articulatória, liga-se ao eixo sintagmático. O sintagma<sup>175</sup> é o eixo de combinação dos signos em cadeias que constituem o discurso, ou seja, é o ato de atualização dos signos selecionados a partir do sistema.

As relações e as diferenças entre termos lingüísticos se desenvolvem em duas esferas distintas, cada uma das quais é geradora de certa ordem de valores; a oposição entre essas duas ordens faz compreender melhor a natureza de cada

---

<sup>175</sup> Sobre sistema e sintagma, ver igualmente JAKOBSON, Roman. *Lingüística e Comunicação*. [Trad.: Izidoro Blikstein e José Paulo Paes]. 5ª Ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1971.

uma. Correspondem a duas formas de nossa atividade mental, ambas indispensáveis para a vida da língua.<sup>176</sup>

Segundo Saussure “(...) o sintagma é uma combinação de signos, que tem por suporte a extensão; na linguagem articulada, essa extensão é linear e irreversível (é a “cadeia falada”) (...) cada termo tira aqui seu valor da oposição ao que precede e ao que segue (...) a atividade analítica que se aplica ao sintagma é o recorte (...)”<sup>177</sup> Assim, tem-se que:

De um lado, no discurso, os termos estabelecem entre si, em virtude de seu encadeamento, relações baseadas no caráter linear da língua, que exclui a possibilidade de pronunciar dois elementos ao mesmo tempo. Estes se alinham um após outro na cadeia da fala. Tais combinações, que se apóiam na extensão, podem ser chamadas de sintagmas. O sintagma se compõem sempre de duas ou mais unidades consecutivas (por exemplo: re-ler, contra todos; a vida humana; Deus é bom; se fizer bom tempo, sairemos etc.). Colocado num sintagma, um termo só adquire seu valor porque se opõe ao que o precede ou ao que o segue, ou a ambos (...) A relação sintagmática existe *in praesentia*; repousa em dois ou mais termos igualmente presentes numa série efetiva.<sup>178</sup>

Já o sistema, ou plano associativo, como o chama Saussure, se caracteriza por unidades que, fora do discurso, se associam na memória e formam grupos relacionais, séries de palavras que, de algum modo, se associam.

Assim, “(...) em cada série, ao contrário do que se passa no nível do sintagma, os termos estão unidos *in absentia*; a atividade analítica que se aplica às associações é a classificação.”<sup>179</sup> Ou ainda, segundo Saussure:

---

<sup>176</sup> SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de Lingüística Geral*. p. 142.

<sup>177</sup> BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. p.63.

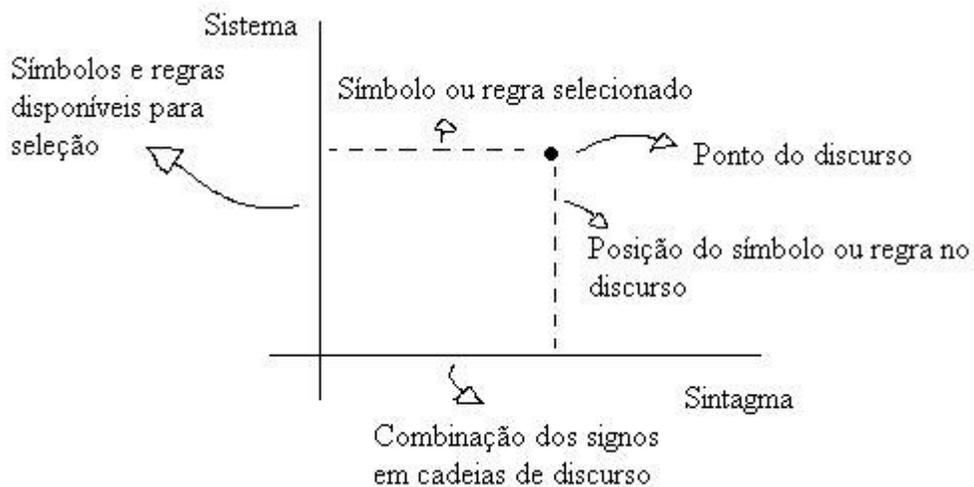
<sup>178</sup> SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de Lingüística Geral*. p. 142-143.

<sup>179</sup> BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. p. 64.

Por outro lado, fora do discurso, as palavras que oferecem algo de comum se associam na memória e assim se formam grupos dentro dos quais imperam relações muito diversas. Assim, a palavra francesa enseignement ou a portuguesa ensino fará surgir inconscientemente no espírito uma porção de outras palavras (enseigner, renseigner etc. ou então armement, changement, ou ainda éducation, apprentissage); por um lado ou por outro, todas têm algo de comum entre si.

Vê-se que essas coordenações são de uma espécie bem diferente das primeiras. Elas não têm por base a extensão; sua sede está no cérebro; elas fazem parte desse tesouro interior que constitui a língua de cada indivíduo. Chamá-las-emos relações associativas (...) a relação associativa une termos in absentia numa série mnemônica virtual.”<sup>180</sup>

A relação entre o sistema e o sintagma pode ser representada da seguinte forma:



Logo, é possível perceber que, também no sistema comunicacional da identidade constitucional, tanto o sistema quanto o sintagma exercem funções específicas e diversas. Na medida em que existe uma fala e um uso (hábito) no cerne das estruturas constitucionais, o eixo do sintagma possibilita a constituição de um discurso constitucional, isto é, de um discurso que realiza a atualização de signos a partir de regras selecionadas no

<sup>180</sup> SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de Lingüística Geral*. p. 143.

sistema, ou seja, nas séries associativas, que caracterizam o sistema comunicacional da identidade constitucional.

Saltam à vista as principais séries associativas do sistema da identidade constitucional, que correspondem, grosso modo, aos direitos fundamentais, ao Estado de Direito, à separação de poderes, à Democracia, ao pluralismo social e à jurisdição constitucional, bem como aos campos associativos nascidos da incorporação de elementos vindos de outras identidades relevantes na comunidade política.

Os elementos dos campos associativos relacionam-se entre si, sendo que o discurso constitucional se constrói a partir da seleção de elementos desses campos, que adquirem valor em consonância com sua posição na cadeia discursiva em relação aos outros elementos selecionados para a atualização do discurso.

Desse modo, o discurso constitucional lança mão de elementos selecionados a partir de seus campos associativos, combinando-os, articulando-os, opondo-os, etc., de forma a constituir um discurso plausível e coerente, com base no paradigma inerente ao sistema de comunicação da identidade constitucional.

Esse paradigma, exatamente por constituir o eixo sistemático que fornece as regras necessárias de articulação e seleção que possibilitam o discurso, encontra-se determinantemente sujeito às exigências éticas oriundas da filosofia desconstrutivista e do compromisso com o constitucionalismo.

Entretanto, não custa mais uma vez ressaltar o problema anteriormente citado em relação à multiplicidade de esquemas aos quais a identidade constitucional está submetida: do mesmo modo que a identidade constitucional dialoga e aproveita os esquemas da linguagem, da política, do direito, etc., também os paradigmas da linguagem, do direito, da política, podem facultar regras e possibilidades associativas que, apesar de aparentemente legítimas, não se ajustam aos requisitos efetivos de articulação e seleção constantes do paradigma do sistema de significação da identidade constitucional.

## **2. Um modelo de decodificação da comunicação.**

Após a exposição simplificada relativa à constituição do discurso, pretende-se apresentar, antes da efetiva análise dos mecanismos de construção do discurso da identidade constitucional, um modelo simples de formação e decodificação do processo comunicativo, conforme elaborado por Umberto Eco. Tal modelo será útil para a compreensão de como os participantes e intérpretes constitucionais da comunidade política emitem e recebem os dados comunicacionais, ou seja, qual é o esquema genérico de emissão e de interpretação do discurso.

A teoria de Eco se baseia, essencialmente, nos conceitos de remetente, destinatário, sinal, canal, mensagem, ruído, receptor, e na teoria dos códigos e léxicos anteriormente apresentada. O remetente pode ser equiparado àquele que formula o discurso; já o destinatário é o intérprete de um dado discurso. O sinal são os signos e símbolos que compõem o discurso, enquanto o canal é o veículo por meio do qual os sinais são transmitidos. O ruído é qualquer interferência que atrapalhe a possibilidade de emissão e

decodificação dos sinais. O receptor é o veículo de captação dos sinais originalmente emitidos pelo remetente. Por fim, os códigos e léxicos atuam no momento de emissão do sinal pelo remetente, e de decodificação da mensagem pelo destinatário. Assim, segundo Eco:

O terceiro ponto que nos propuséramos examinar (...) era o de saber se remetente e destinatário sempre comunicam e recebem com base no mesmo código. E a resposta (...) é não (...) Consideremos, por exemplo, a emissão de um sinal como “I vitelli dei romani sono belli”. Esse sinal pode estar composto de sons vocais ou de signos gráficos, e o canal pode ser constituído de ondas acústicas ou pelo papel em que está escrito; o receptor pode ser o ouvido, que converte vibrações acústicas em imagens sonoras, ou o olho, que converte traços de tinta impressa em percepções visuais ... O que a esta altura nos interessa é a mensagem no ponto de chegada. É mister, porém, estabelecermos aqui uma diferença entre a mensagem como forma significante e a mensagem como sistema de significados. A mensagem como forma significante é a configuração gráfica ou acústica “I vitelli dei romani sono belli”, que pode subsistir mesmo se não for recebida, ou se for recebida por um japonês que não conheça o código língua italiana. Ao contrário, a mensagem como sistema de significados é a forma significante que o destinatário, baseado em códigos determinados, preenche de sentido.

Muitos leitores talvez já saibam que a frase citada (...) pode ser lida (decodificada) tanto em latim como em italiano. A forma significante permanece imutada, mas o significado varia conforme o código usado. Em latim é “Vai, Vitélio, ao som da guerra do deus romano”, e em italiano, se quisermos realmente reportar a mensagem ao interpretante que lhe compete, significa que os nascidos de vacas criadas pelos nossos antigos progenitores (ou pelos atuais habitantes da capital italiana) são agradáveis de se ver.

Por outro lado, pode muito bem acontecer que o remetente emita a mensagem referindo-se ao código língua latina e que o destinatário a decodifique reportando-a à língua italiana. A situação é, indubitavelmente, paradoxal, mas – embora sendo uma situação limite – define a condição da comunicação entre seres humanos. Ora o código denotativo pode mudar de modo radical, dando origem a mensagens polissêmicas do tipo citado; ora a polissemia pode ser reduzida, como quando digo “aquele caríssimo cãozinho”, onde não está claro se o cachorrinho é querido ou custa um preço demasiadamente alto.<sup>181</sup>

A extensa nota apresentada ajuda a compreender o problema da polissemia, ou seja, da multiplicidade de significados possíveis que uma determinada mensagem significante

---

<sup>181</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p. 42-43.

pode ter. A questão da polissemia, presente até mesmo em relação aos códigos denotativos, que são aqueles códigos que fixam rigidamente as relações entre os significantes e os significados, torna-se bem mais grave em relação aos léxicos de natureza conotativa, os subcódigos, que estabelecem significados adjuntos a signos já denotativamente construídos.

O processo de decodificação da mensagem, quando submetido a problemas de polissemia<sup>182</sup>, não se dá, entretanto, aleatoriamente. Certos elementos, relatados por Eco, orientam o processo de decodificação. O primeiro deles é o contexto interno do sintagma, ou, em outras palavras, o sintagma como contexto (ou seja, a própria estrutura e continuidade da mensagem emitida), que pode fornecer indicações úteis para a decodificação da mensagem. O segundo deles é a circunstância de comunicação, que, muitas vezes, pode indicar quais códigos e léxicos estão sendo utilizados na emissão da mensagem. O terceiro deles, por fim, é a explícita indicação do código ou do léxico pelo emissor da mensagem<sup>183</sup>. Dentre esses três elementos indicadores da decodificação, o mais importante deles é a circunstância, que funciona como referente e contexto da mensagem:

Ora, é a própria circunstância da comunicação (...) que se apresenta como uma espécie de referente da mensagem. No sentido, porém, de que a mensagem não indica o referente, mas se desenvolve no referente, na situação concreta que contribui para dar-lhe sentido. Se digo a palavra “porco”, não importa que ao termo corresponda ou não determinado animal, importa, isso sim, o significado que a sociedade em que vivo atribui a esse termo, e as conotações com que o envolve (...) A presença do referente induz-me a identificar o léxico conotativo mais apto; a realidade orienta-me para os códigos adequados (...) A circunstância é a presença de uma realidade à qual, por experiência, fui habituado a aliar o emprego de certos significados em lugar de outros.<sup>184</sup>

---

<sup>182</sup> O que se dá quase sempre. Se até mesmo pequenas mensagens estão sujeitas às possibilidades de decodificação divergente, imagine-se o grau de polissemia de longas cadeias discursivas.

<sup>183</sup> Por exemplo, como muitas vezes utilizado na presente dissertação: “Segundo fulano”, “de acordo com sicrano”.

<sup>184</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p. 44.

Dessa forma, a circunstância determina a escolha de códigos e léxicos. Nesse aspecto, ela pode mudar o sentido da mensagem, pode mudar a função da mensagem, e pode ainda mudar a cota informativa da mensagem. Em outros termos, a circunstância da comunicação ancora a emissão de mensagens e o discurso na realidade concreta e histórica da comunidade de falantes, e, desse modo, da comunidade política como um todo.

Percebe-se facilmente que o problema da polissemia torna-se consideravelmente mais espinhoso em relação aos léxicos conotativos, gerando situações nas quais nem mesmo a circunstância ou outro elemento de indicação de sentido revela os códigos e léxicos utilizados para a emissão da mensagem original. Mensagens de alto teor conotativo costumam acarretar dificuldades de decodificação, na medida em se encontram sérias dificuldades para estabelecer quais foram as intenções lexicais originais do emissor da mensagem:

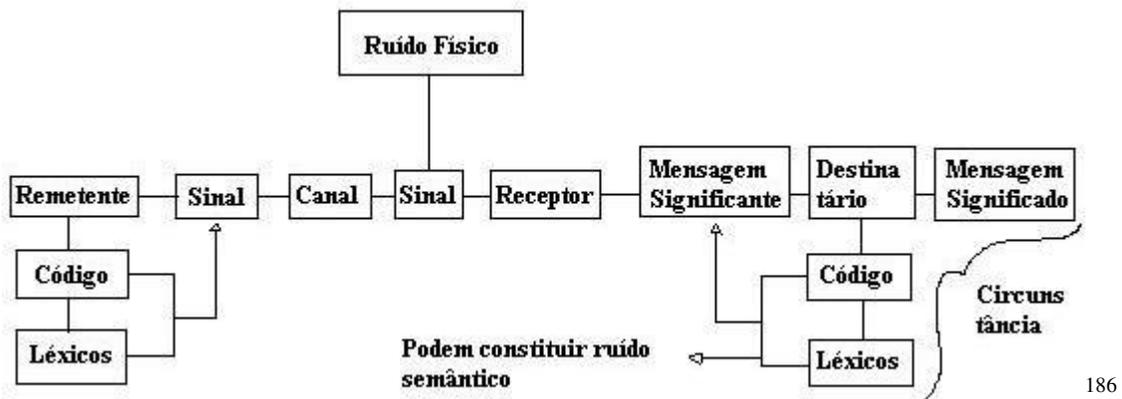
Vejamos, por exemplo, uma frase como: “os operários devem permanecer em seu posto”. No plano denotativo, seu sentido afigura-se unívoco para quem compreenda a língua portuguesa, mas o código não me esclarece qual seja o posto dos operários. Devo recorrer, para decodificar o enunciado, a léxicos conotativos que abarquem o segundo sentido de expressões como “permanecer em seu posto” ou “o posto dos operários”. E percebo que posso usar dois diferentes léxicos conotativos que (...) se referem a duas situações culturais e a duas posições ideológicas distintas.

Posso ler a frase em chave conservadora, conferindo-lhe estas conotações: “Os operários devem permanecer no posto que a sorte lhes destinou, sem tentarem forçar o equilíbrio social”; ou então posso lê-la em chave revolucionária, no sentido de: “Os operários devem permanecer no posto que a dialética da história lhes atribui, isto é, no vértice do poder, realizando a ditadura do proletariado.”

(...) Diremos então que na medida em que remetente e destinatário se referem a uma cadeia de léxicos conotativos de grau e força vários, e na medida em que,

se não o código, pelo menos grande parte desses léxicos diferem, a mensagem como forma significante surge como uma forma vazia a que se podem atribuir os mais diferentes significados.<sup>185</sup>

Desse modo, a mensagem como forma significante (ou seja, à qual ainda não foi atribuído significado), uma vez que representa a escolha de certos símbolos em detrimento de outros, pertencentes ao código, constitui-se, ao sair do canal e ser traduzida pelo receptor em uma forma física reconhecível pelo destinatário, em fonte de mensagens significado possíveis. Nesse sentido, é o destinatário que converte a mensagem significante em uma mensagem significado final, com base em determinados léxicos por ele inferidos ou deliberadamente escolhidos. O processo de comunicação presentemente proposto pode ser graficamente representado da seguinte forma:



O processo acima representado pode ser descrito da seguinte forma: o remetente, com base no código e nos léxicos da sua escolha, emite o sinal (o discurso ou mensagem) por meio de um determinado canal (um livro, sua voz, etc.). Do canal emana um novo sinal, rumo ao destinatário – nesse canal, pode estar presente alguma espécie de ruído físico: por

<sup>185</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p. 45-46.

<sup>186</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p. 48.

exemplo, um borrão em uma página escrita, ou ainda barulho enquanto o remetente fala. Por meio do receptor – seu olho, ou seu ouvido, por exemplo –, o destinatário recebe o sinal, que se apresenta como mensagem significativa, à qual pode ser atribuída uma gama de significados diversos. O destinatário decodifica a mensagem por meio do código e dos léxicos conotativos da sua escolha, que podem se constituir em ruído semântico, atrapalhando uma decodificação plausível da mensagem significativa. Por fim, à mensagem significativa, com base no código e nos léxicos selecionados pelo destinatário, bem como de acordo com a circunstância da comunicação, são atribuídos significados, convertendo-a em mensagem significado.

É possível pensar tal esquema para a emissão de um discurso constitucional. Tome-se como exemplo a seguinte mensagem constitucional: “Os princípios constitucionais devem ser razoavelmente ponderados entre si no momento da tomada de decisão constitucional”, emitida por um ministro do STF enquanto ele lê seu voto para uma série de intérpretes presentes em uma seção normal de julgamento.

Poder-se-ia, plausivelmente, imaginar as seguintes condições da comunicação: o ministro, remetente, com base no código da língua portuguesa, e em outros códigos e léxicos oriundos do sistema de comunicação da identidade constitucional, emite o sinal, seus sons vocais, pelo canal das ondas acústicas. Eventualmente, a tosse de algum outro ministro próximo poderia causar ruído físico.

O sinal é recebido pelos ouvidos de um dos intérpretes, que converte as vibrações acústicas em ondas sonoras, tornando a mensagem significativa compreensível. O intérprete,

então, fundado no código da língua portuguesa e nos códigos e léxicos constitucionais de sua escolha, atribui significados à mensagem significante apresentada. Tais códigos e léxicos poderiam causar ruído semântico: por exemplo, o intérprete poderia não saber o significado do verbo ponderar, ou ainda, ter dúvidas sobre qual seria o momento de tomada de decisão constitucional dentro do código da identidade constitucional. Por fim, tem-se a mensagem significado final, ou seja, a decodificação feita pelo intérprete da mensagem original emitida pelo remetente.

E quais poderiam ser os significados atribuídos pelo intérprete à mensagem, nesse caso? Percebe-se que a mensagem usada de exemplo guarda um altíssimo grau de polissemia, podendo significar muitas coisas. Possivelmente, apenas as circunstâncias da comunicação possibilitariam ao intérprete limitar a gama de significados possíveis e selecionar um ou alguns deles como conclusão final da decodificação.

Assim, por exemplo, com base em elementos anteriores do voto que o Ministro vinha lendo, o intérprete pode concluir que a mensagem, em verdade, significa que a ponderação de princípios constitucionais representa, naquele momento, o afastamento de alguns princípios e a utilização de outros princípios e argumentos para a tomada de decisão constitucional específica que o ministro elaborou em seu voto.

Convém ressaltar que, como o seu sistema de comunicação depende da linguagem, a identidade constitucional, necessariamente, utilizará o código básico da linguagem comum da comunidade política. Entretanto, a identidade constitucional também possui

códigos<sup>187</sup> e léxicos próprios, sendo que o emprego mínimo de seus códigos principais é condição de comunicação legítima com base na identidade constitucional.

De forma semelhante, tem-se nessa instância o problema de códigos oriundos de outros sistemas de comunicação serem utilizados como se fossem códigos da identidade constitucional, do mesmo modo que, como citado anteriormente, os esquemas do direito e da política, por exemplo, podem se apresentar como o esquema da identidade constitucional.

É interessante notar que, em relação ao processo de decodificação, tal questão torna-se ainda mais aguda, porque é maior o número de códigos do que o número de esquemas, e a possibilidade de ocorrer uma interferência de códigos alheios e ilegítimos é maior tanto em relação à elaboração do discurso, quanto em relação à sua decodificação e interpretação.

Compreendido um modelo simples de funcionamento da comunicação, passa-se à análise dos principais mecanismos utilizados no discurso constitucional, em suas muitas possibilidades de construção e reconstrução.

### **3. Negação, Metáfora e Metonímia.**

O discurso constitucional confunde-se com as construções e reconstruções da identidade constitucional. Todo discurso constitucional se apóia em uma construção ou em

---

<sup>187</sup> Diante da impossibilidade de se provar se existem códigos ou apenas um código da identidade constitucional, optou-se simplesmente por inferir que o sistema de comunicação da identidade constitucional é composto de códigos e léxicos diversos.

uma reconstrução (ou ainda em ambas) da identidade constitucional, mesmo que tais construções e reconstruções sejam ilegítimas, ou, ainda, nem tenham correspondência com a identidade constitucional. Estar-se-ia, no caso, diante de um discurso embasado em alguma outra identidade, que se pretende constitucional, mas ignora a identidade constitucional. De qualquer forma, resta a compreensão de que o processo de construção e reconstrução constitucional, e o processo de formação da própria identidade constitucional são indissociáveis dos discursos constitucionais que emanam na comunidade política.

A negação já foi analisada relativamente à sua importância no processo de constituição lógica da identidade do sujeito constitucional, na segunda parte do primeiro capítulo. Entretanto, segundo Rosenfeld:

A negação não é a única ferramenta crucial na busca do sujeito constitucional do ideal definido pelo constitucionalismo, mas também são essenciais os seus esforços para negociar o espaço que separa a Constituição em questão do universo normativo do constitucionalismo. À medida que uma Constituição concreta é insuficiente no que toca as prescrições fundamentais do constitucionalismo – quer em razão de seus dispositivos textuais, quer por suas práticas interpretativas ou implementadoras, a negação figurará como uma ferramenta essencial tanto no nível da construção quanto no da reconstrução.<sup>188</sup>

Nesses termos, a negação pode funcionar como mecanismo apto a esconder as contradições inerentes ao conflito existente entre os preceitos e requisitos do constitucionalismo e uma dada prática constitucional efetiva. É curioso notar que, nesse caso, nós poderíamos estar falando de uma identidade constitucional ainda em processo de formação, ou seja, de uma identidade constitucional que comporta, em seu seio, normas constitucionais inconstitucionais em relação às exigências decorrentes do

---

<sup>188</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p.57-58.

constitucionalismo. Ressalte-se, porém, que todas as identidades constitucionais ajustam-se a essa descrição, na medida exata em que se constituem em uma carência, em uma incompletude, sempre aberta à interpretação.

Segundo Peirce:

Negação é usada logicamente, metafisicamente. No sentido lógico, pode ser usada de modo relativo e de modo absoluto. Usada de modo relativo, quando aplicada a uma proposição, pode ser entendida como negando a proposição, ou como negando o predicado.

Em seu sentido lógico, a negação opõe-se à afirmação, embora, quando usada de modo relativo, este talvez não seja um termo contrário conveniente; em seu sentido metafísico, negativo opõe-se a positivo (fato, etc.).<sup>189</sup>

Em consonância com as idéias de Peirce, a negação pode ser lógica ou metafísica. A negação metafísica caracteriza-se por negar fatos positivos. Já a negação lógica pode ser absoluta ou relativa. A negação absoluta nega uma afirmação, enquanto a negação relativa nega proposições ou predicados. Todas essas espécies de negação podem ser utilizadas no discurso constitucional, visando harmonizar um aspecto conflitante e contestável da prática constitucional.

O art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988 determina que é direito de todos os trabalhadores: “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”.

---

<sup>189</sup> PEIRCE, Charles S. *Semiótica*. [Trad.: José Teixeira Coelho Neto]. 3ª Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003. p.116.

Tal artigo está em consonância com os requisitos do constitucionalismo, mormente os direitos fundamentais da dignidade humana e do trabalho, além de ser elemento importante inerente à identidade constitucional brasileira. A prática constitucional brasileira relativa ao valor do salário mínimo, entretanto, contraria tanto o dispositivo constitucional quanto as exigências do constitucionalismo, dada a inviabilidade desse valor em satisfazer todos os itens que deveria ser capaz de atender. Convém analisar, portanto, como um determinado discurso constitucional poderia lançar mão da negação para tentar “solucionar” esse problema.

Uma negação de caráter metafísico poderia simplesmente negar o fato de que o valor do salário mínimo é insuficiente para satisfazer as necessidades constantes do artigo. Nessa hipótese, o discurso constitucional poderia afirmar, metafisicamente, que, de fato, o salário mínimo é capaz de satisfazer às exigências constitucionalmente previstas. Antes de considerar simplista esse raciocínio, vale lembrar, por exemplo, que por anos o governo militar negou que fosse uma ditadura.

Já no caso da negação lógica, a desarmonia constitucional pode ser enunciada pela seguinte proposição: o salário mínimo, constitucionalmente previsto, deve ser capaz de atender às necessidades previstas no art. 7º, IV, em consonância com as exigências do constitucionalismo. Um exercício de negação absoluta poderia simplesmente negar a validade da proposição. Assim, quando tecnocratas governamentais afirmam que o salário mínimo não pode ser aumentado sem que o país vá à bancarrota, eles efetivamente negam a proposição acima, que poderia ser substituída, no caso, pela seguinte: o salário mínimo não

deve ser capaz de atender às necessidades previstas no art. 7º, IV, já que isso traria ruína econômica para o país.

Uma negação lógica relativa atuaria de forma mais refinada: procuraria negar o predicado da proposição, ou seja, “o atendimento às necessidades previstas no art. 7º, IV”. Nessa hipótese, que comporta uma gama de possibilidades, poder-se-ia argumentar que o salário mínimo, ao invés de atender às necessidades constitucionalmente determinadas, deveria valer US\$ 100,00 (cem dólares norte-americanos). Ou ainda, que ele deveria ser capaz de comprar a cesta de produtos básicos levantada pelas estatísticas oficiais. Similarmente, poder-se-ia argumentar, em um nível proposicional diferente, que as exigências do constitucionalismo não envolvem, por exemplo, lazer, previdência social e reajustes periódicos. É compreensível que essa espécie de negação costume ser das mais difíceis de detectar, principalmente quando presente em um discurso, em geral, ilegítimo em relação à identidade constitucional.

Cabe ressaltar que o mecanismo da negação na construção do discurso constitucional não é inerentemente ilegítimo. Pelo contrário, na medida em que toda identidade constitucional é imperfeita e carente de maior desenvolvimento, sem o papel exercido pela negação poder-se-ia cair em um impasse argumentativo e de legitimidade, no qual uma dada identidade constitucional se tornasse simplesmente incapaz, por conta de suas contradições, de animar a vida institucional de uma determinada comunidade política. Uma vez que nenhuma identidade constitucional é idêntica à identidade ideal do constitucionalismo, a negação exerce, muitas vezes, a importante função de operacionalizar e tornar aceitável a identidade constitucional da comunidade política.

A metáfora, por seu turno, é o principal mecanismo discursivo de vínculo entre as construções e reconstruções da identidade constitucional e a ética desconstrutivista pugnada por Rosenfeld. Apesar de a negação exercer o importante papel de estabelecer o que a identidade constitucional não é, auxiliando, dessa forma, a estruturação de uma auto-identidade positiva do sujeito constitucional, a metáfora funciona como recurso apto a aclarar e fixar as relações entre identidade e diferença no seio da identidade constitucional:

(...) Enquanto uma ferramenta pensada para estabelecer similaridades e equivalências, a metáfora fornece o eixo, o ponto de apoio discursivo ao pólo da identidade na dialética entre identidade – no sentido de similaridade – e diferença. Mediante um processo de combinação e substituição, a metáfora explora similaridades e equivalências para forjar vínculos de identidade.<sup>190</sup>

De acordo com Rosenfeld, a metáfora é semelhante ao processo de condensação descrito por Freud<sup>191</sup>. A condensação pode ser definida como um processo psíquico no qual as similaridades são combinadas e ressaltadas, em detrimento das diferenças. Usualmente, a condensação se dá por combinação ou por substituição. Na hipótese da combinação, elementos complexos e multifacetados são reunidos com base em características semelhantes por eles compartilhadas, organizando-se um quadro composto no qual as diferenças são, em grande parte, ignoradas e deixadas de lado<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p.61.

<sup>191</sup> Ver FREUD, Sigmund. *A Interpretação dos Sonhos*. [Trad.: Walderedo Ismael de Oliveira]. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1999. p. 278-302.

<sup>192</sup> Rosenfeld cita como exemplo, no contexto do sonho, a formação de uma imagem de uma única face, na qual estivessem reunidas características similares de faces de várias pessoas diferentes. O exemplo relativo à substituição igualmente utiliza-se da imagem de uma face híbrida.

Já no caso da substituição, uma situação indesejada e questionável é deslocada, transferida para um novo quadro composto de características similares, mas não idênticas às do quadro original. Assim:

(...) Imaginemos, por exemplo, que uma única face feita de um composto de características faciais semelhantes pertencentes a várias pessoas simbolize em um sonho as pessoas pelas quais o sonhador sente-se sexualmente atraído. Suponhamos ainda que a atração sexual por uma dessas pessoas simbolicamente representadas não possa ser conscientemente reconhecida porque violaria um tabu fundamental. Sob essas circunstâncias, a condensação serve para ocultar uma atração proibida substituindo as características faciais da pessoa objeto dessa atração por características similares, próximas o bastante para permitir um vínculo inconsciente e, no entanto, distantes o suficiente para proteger o sonhador de se tornar consciente de seu desejo proibido. Em suma, a condensação, por meio da substituição ao longo de uma série de características similares, embora não idênticas, abre um canal de expressão para o material reprimido. Como veremos, dispor de um canal de expressão análogo para o sujeito constitucional é importante. Ele permite tanto a substituição de identidades incompatíveis com a ordem constitucional como a crítica de identidades associadas ao sujeito constitucional como simples substitutos de identidades que devem ser banidas.<sup>193</sup>

Lacan, no âmbito de sua teoria lingüística<sup>194</sup>, igualmente lança mão do conceito de metáfora como tradução da idéia de condensação proposta por Freud. A partir da teoria lingüística formulada por Roman Jakobson<sup>195</sup>, Lacan determina que a metáfora contribui para a formação de sentido e significado, conjuntamente com a metonímia<sup>196</sup>, na medida em que fixa relações de similaridade em referência a um código, ou, em outros termos, vincula signos em relação a um eixo paradigmático, ou sistemático. Ou seja, o

---

<sup>193</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 62.

<sup>194</sup> A referência original de Rosenfeld é LACAN, Jacques. *The language of the self: the function of language in psychoanalysis*. 157, 246 [Trad.: Anthony Wilden]. Dell Publishing Co., 1968. Para uma versão em português, ver LACAN, Jacques. *Escritos*. p. 238-324.

<sup>195</sup> JAKOBSON, Roman. *Lingüística e Comunicação*. p. 34-62. Segundo Jakobson, a metáfora relaciona-se à seleção e substituição, tendo por base a similaridade.

<sup>196</sup> Que será analisada no item a seguir.

deslocamento no eixo paradigmático, a troca de valor entre uma marca semântica e outra, se dá por meio de procedimentos essencialmente metafóricos.

A metáfora, ao realizar processos de combinação e seleção visando o realce das similaridades em detrimento das diferenças, possibilita à identidade constitucional utilizar-se de níveis de abstração adequados para a promoção de direitos fundamentais que, muitas vezes, necessitam que as diferenças entre os membros da comunidade política e os vários grupos sociais sejam deixadas de lado. Nesse sentido, a metáfora funciona como mecanismo descontextualizante, ou seja, elimina do discurso constitucional as diferenças factualmente existentes que poderiam conduzir a conclusões diversas daquelas pugnadas por uma dada construção ou reconstrução da identidade constitucional.

Percebe-se, portanto, que o raciocínio metafórico é fundamental em grande parte dos discursos jurídicos e constitucionais – já que boa parte da argumentação jurídica repousa sobre o estabelecimento e a defesa de analogias e similaridades. Entretanto:

No domínio do discurso constitucional, por outro lado, a metáfora não somente opera no nível da retórica, mas também contribui ao assentar pontos cardeais de referência da ordem constitucional. A começar pela assertiva “todos os homens”, no sentido de todos os seres humanos, “nascem iguais”, sublinhando o postulado da igualdade sobre o qual se assenta o constitucionalismo moderno, há um grande número de construções constitucionais fundamentais que dependem decisivamente de processos metafóricos. Assim, “todos os homens nascem iguais” certamente enfatiza as similaridades à custa das diferenças e, em um exame mais acurado, e, em última instância, pode depender mais da substituição do que da combinação. Sem dúvida, não se trata tanto do fato de todos os seres humanos compartilharem certas características em comum, mas sim da proposição contrafactual de que todos os seres humanos são iguais enquanto agentes morais, que constitui a espinha dorsal do universo normativo associado ao constitucionalismo.<sup>197</sup>

---

<sup>197</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 64.

Um bom exemplo do recurso metafórico na comunidade política brasileira pode ser encontrado no debate atual, já resultante em uma série de decisões jurídicas, relativo aos direitos de meação de bens e guarda de filhos em famílias e casais formados por parentes homossexuais<sup>198</sup>. A argumentação jurídico-constitucional que possibilita o reconhecimento de ambos os direitos a partir da sociedade de fato<sup>199</sup> existente entre os casais homossexuais ampara-se essencialmente em procedimentos metafóricos.

---

<sup>198</sup> Sobre a hipótese de guarda de filhos, ver, como exemplo, o Resp 502995-RN, Min. Rel. Fernando Gonçalves, DJ de 16.05.05, p. 353 (segundo a Ementa: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações. 2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele munus, sem questionamento por parte dos familiares. 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família. 4. Recurso especial não conhecido.) Sobre a hipótese de partilha de bens, ver, como exemplo, o Resp 148897-MG, Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 06.04.98, p. 132 (segundo a Ementa: SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. PARTILHA DO BEM COMUM. O PARCEIRO TEM O DIREITO DE RECEBER A METADE DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO COM OS REQUISITOS NO ART. 1363 DO C. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ASSISTÊNCIA AO DOENTE COM AIDS. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DE RECEBER DO PAI DO PARCEIRO QUE MORREU COM AIDS A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL DE TER SUPOSTADO SOZINHO OS ENCARGOS QUE RESULTARAM DA DOENÇA. DANO QUE RESULTOU DA OPÇÃO DE VIDA ASSUMIDA PELO AUTOR E NÃO DA OMISSÃO DO PARENTE, FALTANDO O NEXO DE CAUSALIDADE. ART. 159 DO C. CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. DEMAIS QUESTÕES PREJUDICADAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO.). Cumpre ainda ressaltar, devido à sua grande repercussão na mídia, o recente caso envolvendo a guarda do filho de famosa cantora homossexual falecida, que foi concedida à sua companheira, que auxiliava na criação da criança como parente de fato, em detrimento dos avós da criança.

<sup>199</sup> Infelizmente, conforme visto na nota anterior, o grosso da jurisprudência brasileira não reconhece a situação como união estável, mas sim como sociedade de fato, vinculada ao direito civil, e não ao direito de família. Argumenta-se, por meio de um raciocínio exegético extremamente preso à interpretação textual, que a Constituição Federal de 1988 reconhece a união estável somente entre homens e mulheres, não sendo extensível a casais homossexuais. Apesar disso, entretanto, todos os direitos usualmente associados à união estável têm sido reconhecidos e atribuídos a essas “sociedades de fato”.

A partir da seleção das características similares existentes entre os casais heterossexuais e os casais homossexuais, descontextualizando-se os possíveis elementos de diferença que justificassem um tratamento diverso para ambas as situações, o raciocínio metafórico possibilita que se atinja um nível de abstração no qual, pelo menos para efeito de questões vinculadas aos usuais direitos de família, não sejam reconhecidas diferenças juridicamente relevantes entre as duas situações factualmente diversas.

Desse modo, na medida em que as situações dos casais homossexuais e dos casais heterossexuais são compreendidas em um quadro único, no qual suas características individuais não divergem suficientemente para justificar tratamentos jurídicos diferenciados, é possível, para o juiz constitucional, no momento de tomada de decisão constitucional<sup>200</sup>, assegurar aos casais homossexuais direitos e deveres idênticos àqueles normalmente reconhecidos aos casais heterossexuais.

Apesar de o debate sobre esse tema, na comunidade política brasileira, ainda não estar completamente pacificado, é certo que as várias decisões dessa natureza, recentemente proferidas dos órgãos jurisdicionais brasileiros, alteraram profundamente uma parcela importante da identidade constitucional nacional. Convém ressaltar que tais decisões, a partir do instrumental teórico fornecido por Rosenfeld, se ajustam à ética da desconstrução, consubstanciando-se, ao menos, em reconstruções legítimas da identidade

---

<sup>200</sup> Tomada de decisão constitucional no sentido de que, mesmo que reconhecidas como direito civil, trata-se de questões diretamente vinculadas à ordem e à identidade constitucionais. De fato, todo o raciocínio desenvolvido por Rosenfeld conduz para a conclusão de que as questões constitucionais não se definem por qual tribunal as decide, ou ainda por como elas são classificadas, mas sim em decorrência de seu impacto e importância em relação à identidade constitucional, bem como por seu vínculo com as pretensões e exigências oriundas do constitucionalismo moderno. Logo, igualmente, o juiz constitucional pode ser considerado como qualquer juiz que porventura esteja às voltas com questões de natureza semelhante à descrita acima.

constitucional, uma vez que se voltam para uma possibilidade de superação do hiato existente entre identidade e diferença – persistente na comunidade política, na hipótese em tela, em relação aos vários preconceitos e ao tratamento factual diferenciado dado aos casais heterossexuais em relação à opção homossexual.

Já a metonímia, por se constituir em um complemento da metáfora, exerce sua função contrária: estabelece e promove relações de contigüidade em referência a um contexto, ou, em outros termos, encadeia o discurso em relação ao eixo sintagmático.

Do mesmo modo, na medida em que a metáfora trabalha com altos níveis de abstração, descontextualizando as situações, a metonímia exerce o papel inverso: seu procedimento contextualiza as situações, ressaltando as diferenças em detrimento das similaridades e identidades.

Segundo Jakobson, a diferença entre metonímia e metáfora pode ser pensada da seguinte forma:

Todo signo lingüístico implica dois modos de arranjo:

- 1) A combinação. Todo signo é composto de signos constituintes e/ou aparece em combinação com outros signos. Isso significa que qualquer unidade lingüística serve, ao mesmo tempo, de contexto para unidades mais simples e/ou encontra seu próprio contexto em uma unidade lingüística mais complexa. Segue-se daí que todo agrupamento efetivo de unidades lingüísticas liga-as numa unidade superior: combinação e contextura são as duas faces de uma mesma operação.
- 2) A seleção. Uma seleção entre termos alternativos implica a possibilidade de substituir um pelo outro, equivalente ao primeiro num aspecto e

diferente em outro. De fato, seleção e substituição são as duas faces de uma mesma operação.<sup>201</sup>

Lacan, mais uma vez baseado na teoria lingüística de Jakobson, compreende a metonímia como a transposição lingüística do conceito de deslocamento proposto por Freud<sup>202</sup>. O deslocamento configura-se na possibilidade de expressão de pensamentos reprimidos por meio do redirecionamento da carga emotiva deles oriunda para um objeto contíguo àquele que seria o alvo natural da carga emotiva, caso o recalçamento não o tivesse tornado inacessível<sup>203</sup>. Dessa forma:

Lacan trabalha o conceito freudiano de deslocamento ao focar a metonímia como o símbolo do revoar do desejo de um objeto para outro, como a frustração decorrente da necessidade de reprimir o objeto original do desejo que conduz à busca sempre insatisfeita de objetos de desejo contíguos que dele poderiam se aproximar, sem, contudo, jamais o alcançar. Assim, para Lacan, a metonímia do desejo indica uma ausência de ser (a lack of being) ou, na linguagem hegeliana, um ser-para-si que é uma ausência, um vazio. A metonímia, enquanto um mecanismo doador de sentido, atua mediante o estabelecimento de relações contextuais de um eixo sintagmático. Desse modo é que, ao eixo paradigmático, que pode ser visualizado como um eixo vertical, corresponde o eixo sintagmático da metonímia, que pode ser visto como o eixo horizontal. Para dizê-lo de um outro modo, a oposição entre a metáfora e a metonímia corresponde ao contraste entre “sincronia” (“o eixo das simultaneidades”) e “diacronia” (“o eixo das sucessividades”).<sup>204</sup>

Na medida em que a identidade constitucional é também uma ausência, uma incompletude, uma sempre presente necessidade de autodeterminação positiva do sujeito constitucional, a metonímia converte-se em mais um dos mecanismos fundamentais na configuração da identidade constitucional.

---

<sup>201</sup> JAKOBSON, Roman. *Lingüística e Comunicação*. p. 39-40.

<sup>202</sup> FREUD, Sigmund. *A Interpretação dos Sonhos*. p. 303-307.

<sup>203</sup> “(...) Assim, por exemplo, se o ódio inconsciente de um tio que usa bengala é recalçado por identidade e não pode encontrar expressão, ele poderá ser deslocado para as bengalas, resultando em uma aversão consciente a bengalas.” ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 68.

<sup>204</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 68-69.

A busca do sujeito constitucional por uma auto-identidade positiva é semelhante à descrição da metonímia do desejo proposta por Lacan: como o desejo sempre se desloca para outros objetos, nunca se auto-realizando, a metonímia do desejo converte-se, em última instância, em desejo do desejo. Logo, tem-se que:

(...) Similarmente, o sujeito constitucional só poderia superar plenamente essa sua carência se ele se tornasse plenamente determinado, ou, em termos hegelianos, se ele se tornasse para si o que ele é em si, ou seja, um ser em si para si. Assim, a carência, o vazio, do sujeito constitucional, é, em último termo, o desejo insatisfeito de determinação exaustiva. Essa determinação exaustiva, no entanto, só poderia se realizar como uma conseqüência de sua plena contextualização – ou seja, como o resultado de uma síntese de todas as manifestações concretas passadas, presentes e futuras do lugar do sujeito constitucional no interior da ordem constitucional. E isso, é claro, é impossível: não somente porque o futuro não pode ser plenamente profetizado, mas porque o passado não pode ser inteiramente recordado.<sup>205</sup>

Percebe-se que, na seara da argumentação jurídico-constitucional, a metonímia exerce função tão importante e fundamental quanto a da metáfora. Aos argumentos metafóricos que ressaltam similaridades e identidades, contrapõem-se os argumentos metonímicos que, com base no trabalho de contextualização, realçam as diferenças e detalhes concretos decorrentes de cada contexto específico.

A metonímia, portanto, opera em direção diametralmente oposta à da metáfora: enquanto a metáfora abstrai e desdiferencia, a metonímia contextualiza e diversifica, apontando as características únicas e divergentes de diversas situações comparadas.

---

<sup>205</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 69-70.

Tendo em vista a ética desconstrutivista pugnada por Rosenfeld, enquanto a metáfora visa o pólo da identidade, na busca pela superação da distância entre o “eu” e o “outro”, a metáfora volta-se para o pólo da diferença, visando encontrar arranjos satisfatórios em suas tentativas de reconciliação. Assim:

O processo metonímico também contribui para a definição da identidade do sujeito constitucional. Ao passo que ao constitucionalismo importam o pluralismo e a heterogeneidade, a identidade constitucional não pode ser reduzida à mera relação de semelhança. Precisamente porque a identidade constitucional deve preencher o vazio, o hiato entre o “eu” e o “outro”, ela deve incorporar as diferenças por meio da contextualização para evitar a subordinação de uns aos outros no interior do mesmo regime constitucional. Em uma sociedade religiosamente pluralista ou multicultural, por exemplo, é muito pouco provável que uma identidade positiva que seja neutra em relação a todos os grupos religiosos ou culturais venha a ser alcançada algum dia. Assim, a consideração de certas diferenças pode levar a uma identidade constitucional mais satisfatória do que se elas forem simplesmente desconhecidas.<sup>206</sup>

Dessa forma, conquanto a princípio possa parecer que somente a argumentação metafórica atua no sentido de ampliação e implementação dos direitos fundamentais, mediante a desconsideração das diferenças factuais existentes entre os membros da comunidade política, muitas vezes é o raciocínio metonímico que, por meio do destaque dado às diferenças, possibilita um tratamento mais equânime e uma implantação mais justa dos direitos fundamentais decorrentes do constitucionalismo, em geral, e da ordem constitucional específica de uma dada comunidade política.

---

<sup>206</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 74. Ainda sobre esse tema: “A contribuição da função metonímica para a delimitação dos direitos constitucionais torna-se manifesta na implementação desses direitos. Todos, em abstrato, deveriam gozar da mesma igualdade ou direitos de liberdade de crença religiosa. Na prática, no entanto, esses direitos não podem ser igualmente gozados a menos que sejam adequadamente moldados às diversas necessidades e circunstâncias com que se defrontam os seus beneficiários. Exatamente porque a igualdade requer mais a proporcionalidade do que a simples similaridade de tratamento, é necessário contextualizar e levar determinadas diferenças em conta. Assim, por exemplo, a igualdade para as mulheres requer mais do que serem tratadas do mesmo modo que os homens. A liberdade de culto ou de exercício de religião de alguém concretamente considerada, do mesmo modo, requer contextualização uma vez que leis gerais aplicáveis podem não ter o mesmo impacto sobre distintas práticas religiosas (...)” ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 73.

Nesse sentido, a metonímia, justamente por ressaltar as características únicas de cada contexto, expõe tanto as falhas decorrentes da utilização de níveis de abstração inadequados para uma correta consideração do “eu” e do “outro”, quanto aponta para possibilidades de tratamento diferenciado e contextualizado, melhor ajustadas às exigências da identidade constitucional da comunidade política.

No Brasil, as recentes discussão e implementação de políticas de cotas para negros em Universidades e no serviço público servem de ilustração para como exatamente funciona o discurso constitucional metonímico. A princípio, a idéia das cotas parece afrontar a determinação oriunda do constitucionalismo de que todos os homens são iguais, sem distinções de credo, raça, cor, nacionalidade, etc., de modo que a reserva de vagas para uma determinada parcela dos membros da comunidade política seria contrária ao raciocínio metafórico e contrafactual da igualdade entre os homens.

Entretanto, a metonímia, nesse caso, possibilita a contextualização da situação histórica e institucional dos negros no Brasil. O realce das diferenças de tratamento e oportunidades dadas aos negros em relação aos brancos ao longo da nossa história política e social permite o desenvolvimento de um discurso que justifica a política de cotas como uma tentativa de implementação dos princípios decorrentes do constitucionalismo e da ordem constitucional brasileira, e não o contrário. Nesse sentido, a igualdade efetiva entre negros e brancos só poderia ser atingida, em nossa realidade presente, por meio de uma política de cotas que respeitasse o contexto específico dentro do qual a questão se insere.

A contextualização, nesse caso, possibilita que se defenda, em termos constitucionais, a política de cotas, sem, no entanto, acarretar o raciocínio contrário que justificaria igualmente cotas para brancos, ou ainda que possibilitaria o tratamento diferenciado para raças diversas em outras situações nas quais o contexto não o justificasse. Logo, a força do argumento metonímico reside precisamente na contextualização. São apenas os contextos específicos, de forma concreta, e não abstrata, que justificam certas práticas e políticas, que não se estendem para outras situações fora do âmbito de influência do contexto tomado em consideração.

Assim como no exemplo anterior concernente à metáfora, a questão das cotas alterou sensivelmente as possíveis percepções da identidade constitucional brasileira. Conquanto o debate ainda permaneça, recheado de defensores e opositores, cumpre notar que, ainda que se discorde dos argumentos relativos à necessidade de implementação de cotas com fulcro na contextualização da situação histórico-institucional dos negros no país, a reconstrução da identidade constitucional que adota essa visão não é, pelo menos a princípio, ilegítima, e, igualmente, encontra-se em consonância com as exigências da ética desconstrutivista.

#### **4. Relações entre negação, metáfora e metonímia.**

Os processos discursivos de construção e reconstrução da identidade constitucional consubstanciam-se em cadeias argumentativas complexas nas quais interagem negação, metáfora e metonímia. Em verdade, a combinação desses três elementos não apenas possibilita a projeção de imagens distintas e diversas da identidade constitucional, como

também permite que elementos criticáveis e questionáveis de uma dada construção da identidade constitucional possam ser re-trabalhados por meio da reconstrução para servirem de base e esteio de novas visões relativas à identidade constitucional. “(...) A interação entre os aparatos da negação, da metáfora e da metonímia (...) ocorre em vários níveis distintos resultando em múltiplas combinações e intersecções, que têm que ser integradas com sucesso para apresentar uma avaliação exaustiva da formação, da evolução e da dissolução reconstrutivas das identidades constitucionais.”<sup>207</sup>

A negação pode ser considerada como o mecanismo fundamental de conformação da identidade constitucional. Por meio da determinação, da renúncia, da repressão, do recalçamento, a negação possibilita à identidade constitucional definir o que ela não é, indicando as possibilidades plausíveis de busca por uma construção positiva da identidade constitucional. Já metáfora e metonímia assumem o papel secundário, mas não menos importante, de doar sentido e significado às funções da identidade e da diferença no cerne do discurso constitucional. Assim:

(...) A negação, é claro, delimita o sujeito constitucional ao fazer a mediação entre identidade e diferença. Mas identidade e diferença só podem adquirir formas determinadas ao se utilizar o trabalho da metáfora e da metonímia. Em outros termos, somente a metáfora e a metonímia revelarão qual identidade – ou mais precisamente, quais identidades – e qual diferença – ou diferenças – devem ser mediatizadas pela negação para a produção de uma reconstrução plausível de um sujeito constitucional adequado.<sup>208</sup>

Deve-se lembrar que a negação é o principal mecanismo que cria o vazio, o hiato que caracteriza a identidade constitucional, uma vez que seu trabalho não só repudia e

---

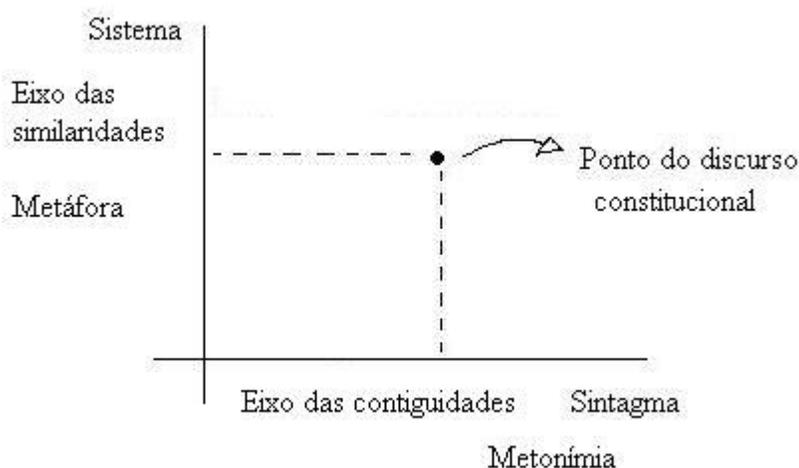
<sup>207</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 82.

<sup>208</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 83.

extirpa elementos considerados inadequados, como também derruba situações vigentes anteriormente aceitas como legítimas e plausíveis. Dessa forma, os sentidos e significados afastados pelo trabalho da negação devem ser substituídos por significados equivalentes ao longo do eixo paradigmático, por meio da metáfora, e por significados contíguos ao longo do eixo sintagmático, por meio da metonímia. Logo, a substituição de cadeias de sentido e significado repudiadas pelo trabalho da negação exige a fixação conjunta e concorrente de coordenadas tanto no eixo paradigmático, quanto no eixo sintagmático. Segundo Jakobson:

O desenvolvimento de um discurso pode ocorrer segundo duas linhas semânticas diferentes: um tema (topic) pode levar a outro quer por similaridade, quer por contigüidade. O mais acertado seria talvez falar de processo metafórico no primeiro caso, e de processo metonímico no segundo, de vez que eles encontram sua expressão mais condensada na metáfora e na metonímia respectivamente.<sup>209</sup>

Convém, igualmente, retomar o gráfico anteriormente apresentado, relativo à conformação genérica do discurso, agora adaptado para o discurso constitucional em si:



<sup>209</sup> JAKOBSON, Roman. *Linguística e Comunicação*. p. 55.

O gráfico acima ajuda a compreender como interagem metáfora e metonímia para a fixação de sentido e significado a partir da combinação das coordenadas de cada um dos eixos do discurso. A negação, por ser o mecanismo primeiro, usualmente estabelece os espaços, ou seja, os sentidos e significados vedados para metáfora e metonímia, assim como determina quais sentidos e significados precisam ser substituídos pelo trabalho reconstrutivo. Do mesmo modo, entretanto, metáfora e metonímia, a partir do trabalho reconstrutivo, fornecem novos elementos sobre os quais a negação deverá incidir, visando o sempre necessário “aperfeiçoamento” da identidade constitucional.

A metáfora faz sempre referência a um código; entretanto, o código simplesmente desvinculado de um contexto é incapaz, pelo menos discursivamente, de estabelecer sentidos e significados, de modo que o código depende necessariamente de um contexto que lhe sirva de ancoragem em uma situação concreta e específica<sup>210</sup>. Do mesmo modo, a metonímia sempre se refere a um contexto; porém, desligada de um código, tampouco as cadeias de contigüidade fazem sentido por si só.

Logo, percebe-se que o sentido e o significado de qualquer discurso constitucional exigem a interação das coordenadas dos dois eixos, sistema e sintagma, para que se constitua uma construção ou reconstrução da identidade constitucional:

---

<sup>210</sup> Um exemplo simples, adaptado do exemplo proposto por Rosenfeld, pode servir para aclarar a situação. Um dicionário de uma linguagem perdida e esquecida, por si só, é incapaz de se auto-explicar, de estabelecer o próprio sentido. No caso, tal dicionário precisaria de um contexto no qual fosse possível compreender aquela linguagem – contexto esse que, interagindo com o código, resultaria em sentidos e significados específicos ao longo das coordenadas dos eixos. Desse modo, o contexto para a compreensão da linguagem hieroglífica, por exemplo, foi a existência de traduções paralelas do texto hieroglífico em linguagens ainda conhecidas à época da decifração da Pedra de Rosetta.

A metáfora, como já mencionado, opera mediante a fixação de relações em referência a um código, enquanto a metonímia faz o mesmo tendo como ponto de referência um contexto. Nem a metáfora, nem a metonímia, por si sós, completamente desvinculadas de qualquer código ou contexto, podem gerar qualquer significação coerente. Em outros termos, para que o significado, o sentido seja produzido, a via semântica constituída por relações metafóricas deve se cruzar com a via construída por relações metonímicas. A jornada ao longo da via metafórica pode encontrar analogia, é claro, com a tentativa de se determinar o sentido de um termo recorrendo-se exclusivamente ao dicionário. Ao não se fazer nenhuma referência a qualquer contexto, a confiança no dicionário prova-se completamente circular. Cada termo teria que ser definido por outros termos, com o termo que originalmente se buscava definir figurando no final da definição, referindo-se, assim, a si próprio novamente. Por outro lado, se as relações sintagmáticas ao longo da via metonímica fossem tomadas em consideração de forma absolutamente separada de qualquer relação paradigmática, seria igualmente impossível gerar qualquer significação coerente já que cada termo em uma seqüência conduziria ao próximo na mesma seqüência, sem nunca adquirir uma identidade própria (...)<sup>211</sup>

Assim, a significação, na seara do discurso constitucional, e, de fato, em qualquer discurso, requer referências a coordenadas tanto do eixo paradigmático quanto do eixo sintagmático, ou seja, o sentido depende de processos metafóricos e de processos metonímicos para se estabelecer. É óbvio, entretanto, que em discursos específicos, ora prevalecerão argumentos de ordem metafórica, ora prevalecerão elementos de ordem metonímica. Usualmente, mas não exclusivamente, a argumentação jurídico-constitucional que pretende a expansão da aplicação de direitos vincula-se aos procedimentos metafóricos, enquanto que a argumentação que visa a limitação da aplicação de direitos volta-se para o emprego de recursos metonímicos<sup>212</sup>.

---

<sup>211</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 84-85.

<sup>212</sup> Cumpre ressaltar, todavia, que é igualmente possível utilizar argumentos metafóricos para limitar direitos, quanto recursos metonímicos para expandir direitos. Assim, a utilização de argumentos metafóricos contrários à política de cotas, com base na igualdade abstrata entre brancos e negros, seria um exemplo de metáfora para restringir direitos. Do mesmo modo, as correntes de pensamento que defendem a legalização do aborto, que se configuraria em direito da mulher, lançam mão de um argumento metonímico que visa a expansão de direitos. No caso, a metonímia se consubstancia na contextualização da condição da mulher, que, para ser efetivamente livre, necessitaria do resguardo do direito de liberdade completa sobre o seu corpo.

Entretanto, um enfoque mais abrangente da formação da identidade constitucional permite compreender que os procedimentos metafóricos e metonímicos se entrecruzam em um processo dialético que não só garante a percepção de continuidade da identidade constitucional na comunidade política, como também visa promover o equilíbrio, a superação do hiato entre identidade e diferença. De fato, a configuração adequada de uma construção ou reconstrução da identidade constitucional exige que tanto identidades quanto diferenças relevantes sejam levadas em conta na conformação do discurso. Logo, deve-se evitar “(...) o duplo perigo da identidade por demais restritiva e da diferença insuficientemente delimitada.”<sup>213</sup>

Na medida em que os argumentos da cadeia paradigmática desenvolvem-se de forma correlata aos argumentos da cadeia metonímica, resta a questão de como o discurso consubstanciado em ambas as cadeias de similaridade e de contigüidade pode se delinear de modo a cumprir com as exigências éticas da desconstrução, mormente a perene busca pela superação da distância entre o “eu” e o “outro”. Ou, em outros termos, como é possível estabelecer o valor das marcas semânticas, tanto em relação aos códigos que determinam campos associativos disponíveis para o discurso constitucional, quanto em relação às efetivas cadeias de discurso que se referem a contextos específicos para adquirir sentido.

A seleção de certas identidades e diferenças para figurar em um dado projeto de reconstrução constitucional é uma função da confluência dos limites estruturais impostos por uma ordem constitucional, bem como pela herança

---

<sup>213</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 90.

sociocultural da forma política relevante (polity). Esses limites estruturais valem para o estabelecimento de uma identidade constitucional plausível e dependente da produção de uma narrativa significativa por meio da negação, da substituição (metáfora) e do deslocamento (metonímia). Por outro lado, a herança sociocultural, fornece o material que deve ser reconformado mediante a negação da metáfora e da metonímia; de um tal modo que promova, contemporaneamente, ambos os vínculos com e em oposição ao “eu” pré-constitucional e extra-constitucional.<sup>214</sup>

Negação, metáfora e metonímia combinam e selecionam os materiais hauridos da herança sociocultural da comunidade política, bem como de suas identidades relevantes, para formar uma identidade constitucional plausível, tanto com base na ontologia desconstrutivista, quanto a partir do papel exercido pelo direito constitucional nas comunidades políticas atuais. O direito, e também o direito constitucional, é experimentado, na maioria dos casos, como uma experiência coercitiva e alienante<sup>215</sup>. Mesmo as leis decorrentes de procedimentos democráticos necessariamente impõem limitações e constrangimentos externos a todos aqueles cidadãos e pessoas sobre os quais incidem. Entretanto, na medida em que muitas vezes o direito constitucional pode ser invocado para se opor às leis democraticamente constituídas, ele igualmente adquire contornos emancipatórios, possibilitando a auto-afirmação do sujeito. “Em última instância, tanto o *eu* cuja auto-afirmação e emancipação são promovidas pelo Direito Constitucional, quanto o outro, que busca a auto-afirmação mediante a lei aprovada pela maioria, devem ser incluídos no sujeito constitucional.”<sup>216</sup>

Assim, a Constituição é, ao mesmo tempo, coercitiva e emancipatória; contribui ao mesmo tempo para a alienação e para a auto-afirmação do sujeito. O trabalho da negação,

---

<sup>214</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p.90-91.

<sup>215</sup> Que Rosenfeld, com base na psicanálise, compara aos comandos do superego.

<sup>216</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 92.

da metáfora e da metonímia, visando a construção de uma identidade constitucional coerente, deve estar igualmente atento para o papel coercitivo e emancipatório inerente ao direito constitucional.

Toda identidade constitucional emerge como um hiato, uma ausência, um vazio, que deve ser superado, por meio dos mecanismos discursivos ora analisados, com base no material sociocultural haurido da comunidade política. Obviamente, todo hiato da identidade constitucional depende do contexto histórico específico de uma dada comunidade política para que seus contornos possam ser adequadamente delineados. Desse modo, em comunidades nas quais a herança sociocultural esteja muito presente e seja muito forte, o primeiro passo da identidade constitucional seria o de negar essa herança. Outrossim, em comunidades nas quais a herança já houvesse sido repudiada, a identidade constitucional precisaria desenvolver novos materiais e conteúdos por meio da reincorporação de elementos da herança descartada.

A reincorporação de elementos oriundos de outras identidades, que pode ser interpretada como o retorno do reprimido, exige a utilização dos recursos da metáfora e da metonímia para impedir que a ordem constitucional seja simplesmente subvertida. Assim, para que o retorno do material reprimido seja bem sucedido, é necessário que esse material tenha sido transformado e alterado o suficiente para que o sujeito constitucional possa identificá-lo como elemento integrante de sua identidade positiva. Logo, o vínculo necessário que deve se estabelecer entre os materiais antigos e os novos materiais seletivamente incorporados à identidade do sujeito constitucional depende de uma série de deslocamentos e substituições efetivadas por meio de recursos metafóricos e metonímicos.

Como a identidade constitucional deve promover a reconciliação ou o equilíbrio entre o eu e o outro, a identidade e a diferença, a imposição coercitiva e a emancipação, a herança sociocultural e a renovação ou reinvenção sociocultural, os aspectos mais privilegiados ao longo da via metafórica e da metonímica serão mais provavelmente os mais adequados – nos termos das circunstâncias específicas envolvidas – para se alcançar a maioria, senão a totalidade, desses objetivos. Essa é, assim, a sobredeterminação, tal como entendida na teoria freudiana, que assenta os marcos ao longo das vias metafórica e metonímica da identidade constitucional.<sup>217</sup>

A sobredeterminação, conforme idealizada por Freud<sup>218</sup>, lança mão da substituição e do deslocamento, isto é, da metáfora e da metonímia, para possibilitar a emergência expressiva de desejos e símbolos contraditórios<sup>219</sup>. Ou seja, por meio do estabelecimento de coordenadas concorrentes no eixo paradigmático e no eixo sintagmático, o material anteriormente reprimido encontra um canal de expressão no qual, transformado e alterado, pode ser efetivamente aceito pelo sujeito. Processo semelhante se dá em relação ao sujeito constitucional, que se utiliza da sobredeterminação, da ação conjunta de metáfora e metonímia, para realizar o retorno de elementos selecionados e modificados oriundos de outras identidades constantes da herança sociocultural da comunidade política.

---

<sup>217</sup> ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 93-94.

<sup>218</sup> FREUD, Sigmund. *A Interpretação dos Sonhos*.

<sup>219</sup> “(...) Freud dá o exemplo de uma mulher com tendência ao vômito hístico, um sintoma que possibilita que desejos contraditórios encontrem uma saída expressiva (embora inconsciente). Um dos desejos dessa mulher era o de se engravidar o máximo possível do máximo de homens possível, o outro, era o contradesejo punitivo de ser tão pouco atraente que nenhum homem a desejasse. O vômito simboliza ambos os desejos contraditórios por meio da substituição e do deslocamento. Ao longo da via metafórica, o vômito tornou-se um substituto para a feiúra, por outro lado, na via metonímica, o vômito deslocou a gravidez (com a qual ele se associa intimamente através do enjô matinal). O vômito pode se destacar como um pivô a conjugar os dois desejos contraditórios ao longo tanto da via metafórica quanto da metonímica. Dado às suas coordenadas metafóricas e metonímicas, o vômito dota esses desejos contraditórios de uma saída expressiva que permanece inacessível à consciência da mulher. Em suma, a confluência de todos esses fatores sobredeterminou o vômito como veículo simbólico adequado para a expressão dos desejos inconscientes da mulher.” ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 94.

Interessante exemplo sobre as relações entre negação, metáfora e metonímia, na comunidade política brasileira, pode ser dado em relação à recente decisão do STF que inocentou um homem da acusação de estupro presumido<sup>220</sup> por ter praticado o ato sexual com uma menina de doze anos. O discurso que fundamentou a tomada de decisão<sup>221</sup> no sentido de destipificação do ato sexual, no caso específico em tela, amparou-se em argumentos de ordem metafórica, metonímica, e em procedimentos oriundos da negação.

No plano paradigmático, a argumentação considerou que a aparência física da menina à época da prática do ato sexual, comprovada fotograficamente, bem como o fato de ela ter afirmado ao parceiro que possuía dezesseis anos, além de asseverar em seu depoimento que desejou praticar o ato<sup>222</sup> e que já tinha mantido conjunção carnal com outros rapazes, contribuíram para desqualificar o comportamento do suposto agressor de seu enquadramento típico no crime de estupro presumido. Tem-se que, por meio do

---

<sup>220</sup> A figura penal do estupro presumido surge da combinação do art. 213 com o art. 224, a), do Código Penal Brasileiro. Tem-se que – Art. 213: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça” e Art. 224: “Presume-se violência se a vítima: a) não é maior de quatorze anos”. Dados os aspectos melindrosos do caso, preferiu-se não fazer nenhuma referência mais explícita sobre os seus detalhes específicos. Ver o HC 73662-9-MG, Min. Rel. Marco Aurélio, DJ de 20.09.96, p. 34535 (segundo a Ementa: COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal.).

<sup>221</sup> Apesar de a decisão ter natureza essencialmente penal, é claro que ela acarretou importantes conseqüências para a conformação da identidade constitucional brasileira.

<sup>222</sup> A ação penal, de fato, foi instigada pelo pai da vítima. A menina, em todos os seus depoimentos, sempre deixou claro que tinha praticado o ato sexual por sua livre vontade, e que tinha muito medo de que o pai descobrisse que ela já possuía uma vida sexual.

raciocínio metafórico, a diferença entre uma menina de doze anos e uma menina de dezesseis anos, que já não se enquadra na figura penal, foi abstraída e desconsiderada.

Do mesmo modo, no plano sistemático, o discurso passou à análise do contexto em que o ato foi praticado visando sua desqualificação. Apesar de, genericamente, a prática de ato sexual com uma menor de quatorze anos ser penalmente típica, a argumentação considerou, com base na metáfora anteriormente estabelecida, que, nesse caso específico, no contexto em tela, não estava caracterizada a situação prevista pelo código penal. Assim, o raciocínio metonímico possibilitou que, por meio da análise dos detalhes concretos e específicos do caso analisado, mormente o desejo da menina de praticar espontaneamente o ato sexual, bem como o fato de ela igualmente tê-lo praticado anteriormente, pudesse ser tomada uma decisão diversa daquela legalmente prevista.

Por fim, combinam-se metáfora e metonímia para possibilitar uma justificativa discursiva para a negação do enquadramento da situação na figura penal tipicamente prevista. Desse modo, vários setores da comunidade política passaram a considerar, a partir dessa decisão, a negação do sentido absoluto da regra do estupro presumido como um novo elemento constante da jurisprudência brasileira, ou seja, uma nova linha de interpretação jurídica dessa espécie de crime.

Obviamente, alguns setores da sociedade elogiaram a decisão com base em sua sintonia com as profundas diferenças existentes entre a juventude atual e aquela da época

em que o código penal foi redigido<sup>223</sup>, enquanto outros setores da sociedade criticaram-na por desproteger e desconsiderar os direitos de uma menor de idade.

Nos termos presentemente propostos, a decisão pode ser encarada como uma reconstrução da identidade constitucional na qual figura uma nova visão a respeito não só das adolescentes brasileiras, como também apresenta uma interpretação do ato sexual diversa da presente no código penal. Em outras palavras, está-se diante de um discurso que, por meio da metáfora, da negação e da metonímia, realiza uma reconstrução plausível<sup>224</sup> da identidade constitucional de nossa comunidade política.

---

<sup>223</sup> Que é, inclusive, um dos principais argumentos do voto do relator.

<sup>224</sup> Não cabe, entretanto, presentemente, discutir sua legitimidade efetiva. Interessante notar que, a partir da teoria psicanalítica adotada por Rosenfeld, tal decisão poderia ser igualmente interpretada como o retorno de elementos anteriormente reprimidos pelo sujeito constitucional brasileiro, justamente por meio da sobredeterminação – na medida em que pode-se estar diante de uma tentativa de re-incorporação jurídica de elementos sócio-culturais de natureza machista e discriminatórios das funções e do papel do gênero feminino em seus aspectos sexuais na comunidade política brasileira.

## **CAPÍTULO V – Legitimidade da Jurisdição Constitucional.**

Após ter-se apresentado uma análise esquemática da conformação do discurso constitucional, bem como dos principais mecanismos argumentativos presentes nas várias possibilidades de construção e reconstrução da identidade constitucional, mormente negação, metáfora e metonímia, o presente capítulo dedicar-se-á a avaliar alguns dos aspectos, decorrentes da teoria da identidade do sujeito constitucional e de suas afinidades com a teoria semiótica, vinculados à legitimidade da jurisdição constitucional e dos discursos dela oriundos.

Convém ressaltar, entretanto, que os limites e contornos de legitimidade que serão propostos não se restringem unicamente aos discursos jurisdicionais, mas igualmente se aplicam a todo discurso constitucional surgido da comunidade aberta de intérpretes que se pretenda plausível e legítimo, a partir da ótica proposta por Rosenfeld compromissada com o constitucionalismo e com o pluralismo social.

Apresentar-se-ão algumas idéias a respeito da legitimidade das construções e reconstruções da identidade constitucional com base nas exigências oriundas do constitucionalismo filosófico. Nesse sentido, certos requisitos do discurso serão analisados como decorrências, principalmente, do pluralismo social, dos direitos fundamentais, do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito, que funcionam como marcas

semânticas relevantes para a formação legítima do discurso de natureza constitucional, a partir de uma linguagem fundada na identidade constitucional da comunidade política.

Logo, associar-se-ão aspectos da teoria semiótica com as considerações filosóficas decorrentes do constitucionalismo, visando-se a apresentação de limites necessários à formação do discurso constitucional legítimo. Para tanto, as reflexões iniciar-se-ão por meio de uma aproximação do conceito filosófico do constitucionalismo com o conceito lingüístico de esquema, que delimita e estabelece os parâmetros e critérios da linguagem.

### **1. Constitucionalismo como esquema.**

Conforme visto no capítulo anterior, a respeito da expansão do conceito de língua e fala, originalmente proposto por Saussure, para a idéia de esquema/norma/uso defendida por Hjelmslev, o constitucionalismo pode ser considerado o esquema inerente ao sistema de significação da identidade do sujeito constitucional.

Em outros termos, tem-se que o constitucionalismo serve de base para, em qualquer comunidade política que com ele se comprometa: a elaboração e interpretação do texto constitucional (norma); as práticas constitucionais e institucionais corriqueiras da comunidade política<sup>225</sup> e suas grandes linhas argumentativas (uso); e todo e qualquer discurso constitucional efetivamente manifestado (fala).

---

<sup>225</sup> Dentre as quais pode-se dizer que figura a jurisdição constitucional.

Similarmente, o constitucionalismo, como corrente filosófica, é necessariamente retroalimentado pelas constituições, práticas institucionais e discursos surgidos no seio das comunidades políticas que o adotam. Entretanto, o constitucionalismo, para não se descaracterizar, deve manter certas linhas e marcos gerais a ele inerentes.

Exemplificadamente, conquanto uma língua como o português possa ser e efetivamente é constantemente alterada pelo uso que lhe é dado nas sociedades que a falam, há um ponto a partir do qual o português deixaria de ser português para se tornar outra coisa<sup>226</sup>. Do mesmo modo, o constitucionalismo somente permanece como constitucionalismo na medida em que são respeitados seus requisitos essenciais.

Conforme já visto anteriormente, o constitucionalismo, segundo Rosenfeld, caracteriza-se essencialmente pelo compromisso com o pluralismo social, com o Estado de Direito e com os direitos fundamentais. A partir da análise presentemente traçada, pode-se igualmente incluir entre esses requisitos a idéia do Estado Democrático de Direito, bem como as noções de integridade e de história institucional da comunidade política.

Os requisitos citados compõem, igualmente, os principais campos associativos vinculados ao sistema de significação da identidade constitucional. Na medida em que os campos associativos vinculam-se ao código da identidade constitucional, eles justamente definem quais são os símbolos disponibilizados para os procedimentos metafóricos. Do mesmo modo, o discurso em si, ou seja, o encadeamento contíguo dos signos e símbolos,

---

<sup>226</sup> Apenas como exemplo, compare-se o português atual com os textos galaicos dos trovadores medievais, ou ainda o processo de separação entre a língua portuguesa e o idioma castelhano, originalmente muito próximos entre si.

retira seus elementos desses campos associativos, revelando mais uma vez o processo de interação entre metáfora e metonímia para a constituição do discurso.

A composição exata dos campos associativos inerentes a cada identidade constitucional depende, a princípio, tanto dos elementos quase “fixos” originados do constitucionalismo (fundamentais para que uma determinada identidade possa ser verdadeiramente chamada de constitucional), quanto do trabalho da negação, que define quais elementos não serão incorporados a novos campos associativos, e, conseqüentemente, quais serão.

Similarmente, entretanto, é o trabalho da metáfora e da metonímia que definirá os contornos exatos, as qualidades singulares que os elementos herdados do constitucionalismo, e ainda os elementos re-significados a partir de outras identidades, terão no seio da identidade constitucional que se configura.

Compreende-se, porém, que existem elementos mínimos necessários, que constituiriam as exigências essenciais decorrentes do constitucionalismo para o estabelecimento de qualquer identidade constitucional. Tais elementos mínimos poderiam ser caracterizados como a base de cada um dos principais campos associativos supracitados, que serviriam de oriente para o estabelecimento e a configuração de novos símbolos utilizáveis para a identidade constitucional.

Passa-se, portanto, tendo em vista os argumentos supra-apresentados, à análise de algumas das possíveis proposições de legitimidade derivadas dos requisitos essenciais decorrentes do constitucionalismo.

## **2. Legitimidade, Pluralismo, Direitos Fundamentais e Estado de Direito.**

A idéia de pluralismo pode ser considerada um dos elementos centrais do trabalho de Michel Rosenfeld – figurando como esteio para o desenvolvimento de sua teoria –, bem como uma das principais preocupações inerentes à sua reflexão filosófica<sup>227</sup>. Na verdade, a adoção da teoria desconstrutivista, vinculada à necessidade ética de busca da superação do hiato entre identidade e diferença, ampara-se essencialmente no conceito e no fato do pluralismo. Assim:

O desafio de encontrar um caminho para se atingir interpretações justas é assustador. É necessário não apenas encontrar um modo de superar o hiato entre o eu e o outro sem suprimir a diversidade que deflui da coexistência de uma pluralidade de concepções de bem; mas fazê-lo de uma forma que respeite as conclusões delineadas na análise anterior, incluindo as relativas à contingência, à falta de uma perspectiva moral neutra e funcional, à impossibilidade de se confiar no procedimentalismo puro, e à impossibilidade de se separar completamente o direito da ética e da política. Apesar desses obstáculos, eu acredito que o caminho para interpretações justas pode ser encontrado por meio do fulcro no pluralismo – ou mais precisamente, no pluralismo compreendido em termos normativos substantivos. Eu chamo essa espécie de pluralismo de “pluralismo compreensivo”.<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> Ver, por exemplo, a interessante relação traçada entre o pluralismo e a filosofia de Spinoza: ROSENFELD, Michel. *Spinoza's Dialectic and the Paradoxes of Tolerance: A Foundation for Pluralism?*. Cardozo Law School. Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies. November 2003, Working Paper Series No. 79 [Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=466360>].

<sup>228</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 199. “The challenge of clearing a path to just interpretations is daunting. Not only must a suitable way be found to close the gap between self and other without undermining the diversity that stems from the coexistence of a plurality of conceptions of the good; but this must be done in a way that fully accounts for the conclusions reached throughout the preceding analysis, including those concerning contingency, lack of a workable neutral moral standpoint, impossibility of successfully relying on pure proceduralism, and impracticability of completely

Rosenfeld distingue o pluralismo entre pluralismo como fato e pluralismo como norma. O pluralismo como fato se caracteriza pela existência de uma sociedade composta de diversos grupos étnicos, culturais, religiosos, e ideológicos, que, pelo menos em relação a algumas questões éticas, políticas, e jurídicas fundamentais, discordam entre si. Em outros termos, cada um desses grupos sociais adotaria concepções de bem diversas e, muitas vezes, contraditórias, em relação às dos outros grupos sociais. Em complemento a essa espécie de pluralismo de grupo, devido à divisão da comunidade política entre “eus” e “outros”, há também o pluralismo individual<sup>229</sup>, na medida em que cada indivíduo pode tanto desenvolver sua própria concepção de bem, quanto adotar concepções de bem oriundas dos grupos sociais existentes na comunidade política: “(...) Além disso, na

---

severing laws from ethics or politics. These obstacles notwithstanding, I believe that a path to just interpretations may be found through reliance on pluralism – or more precisely, on pluralism understood in substantive normative terms. I call the latter kind of pluralism “comprehensive pluralism”.

<sup>229</sup> O pluralismo de grupo e o pluralismo individual não são necessariamente antagônicos, apesar de poderem muitas vezes conflitar: “Apesar de o pluralismo comunitário e o individualista serem conceitualmente distintos, não se encontram necessariamente em conflito. Indivíduos raramente vivem separados das comunidades, e virtualmente nunca deixam de ter vínculos significativos com elas. De fato, o pluralismo individual pode normalmente ser protegido por meio do pluralismo comunitário e vice-versa (...) Pode-se supor que o pluralismo comunitário destrua o individualista e vice-versa, mas as tensões reais em uma comunidade política pluralista contemporânea costumam refletir a tendência dos indivíduos de se afiliarem a um número de grupos sociais distintos, que podem conflitar entre si (...) consistentemente com o pluralismo de fato, indivíduos e grupos sociais podem, às vezes, adotar valores contraditórios, ou não ter uma concepção de bem coerente. Ademais, eles podem adotar parcialmente muitas concepções de bem diferentes, ou até mesmo desconhecer suas lealdades e preferências valorativas.” ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 202-203. “Although communal pluralism and individualistic pluralism are conceptually distinct, they need not actually conflict with one another. Individuals do not customarily live apart from communities, and virtually never without significant communal ties. As a matter of fact, individualistic pluralism can often be protected through endeavors to safeguard communal pluralism and vice versa (...) Communal pluralism can be conceivably destructive of individualistic pluralism and vice versa, but actual tensions in a pluralistic contemporary polity are more likely to be reflective of the tendency of individuals to have affiliations with a number of distinct groups, which may be in conflict with one another (...) consistent with pluralism in fact, individuals and groups may at times embrace contradictory value preferences or lack a coherent conception of the good. What is more, they may partially buy into many different conceptions of the good, or even be unaware of some of their allegiances or value preferences.”

medida em que ambas as concepções são incorporadas na definição de pluralismo como fato, todas as democracias constitucionais contemporâneas são efetivamente pluralistas.”<sup>230</sup>

O pluralismo como fato não acarreta nenhuma consequência lógica, seja ela jurídica, política, ou ética, que auxilie na possibilidade de interpretação ou de constituição do discurso. Assim, Rosenfeld compreende que o pluralismo como fato deve evoluir para uma concepção de pluralismo como norma. Tendo em vista uma comunidade pluralista de fato, cada concepção de bem distinta, ou ainda cada combinação de concepções de bem distinta<sup>231</sup>, pode fornecer uma série de métodos e propostas diversas sobre como uma determinada situação ou problema de natureza política, jurídica, ou ética, pode ou deve ser resolvido. Tais propostas de solução de conflito, entretanto, soam como mera arbitrariedade subjetiva, já que inexistem valores universalmente compartilhados na comunidade. Porém:

---

<sup>230</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 202. “(...) Furthermore, so long as both of these are incorporated within the definition of pluralism in fact, all contemporary constitutional democracies can be deemed to be in fact pluralistic.”

<sup>231</sup> “(...) uma concepção de bem é uma ética particular, e, ao menos a partir do ponto de vista da reconstrução contrafactual, fornece uma perspectiva integrada e compreensível. Uma concepção de bem pode ser primariamente religiosa, étnica, cultural ou ideológica (...) a perspectiva integrada delineada por uma concepção de bem prescreve certos julgamentos de valor e determinadas preferências de valor (...) Uma preferência de valor pode se amparar em mais de uma concepção de bem (...) diferenças nos contornos das preferências de valor ligadas a diferentes concepções de bem tendem a emergir do contexto do conflito ou da classificação entre diversas preferências de valor (...) as consequências completas de uma preferência de valor só podem ser adequadamente extraídas de sua relação com a concepção de bem que efetivamente a ampara; e, em segundo lugar, preferências de valor particulares podem gerar áreas de convergência e encontro para os proponentes de diferentes concepções de bem.” ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 204. “(...) a conception of the good is a particular ethic, and, at least from the standpoint of counterfactual reconstruction, it amounts to a comprehensive integrated perspective. A conception of the good may be primarily religious, ethnic, cultural or ideological (...) the integrated perspective framed by a conception of the good prescribes certain value judgments and certain value preferences (...) A value preference may be grounded in more than one conception of the good (...) differences in the contours of value preferences tied to different conceptions of the good are most likely to emerge in the context of conflicts or rankings among diverse value preferences (...) the full import of an asserted value preference can only be adequately gauged from its relation to the conception of the good on which it is actually grounded; and second, particular value preferences can furnish areas of convergence or overlap for proponents of different conceptions of the good.”

Existe, entretanto, uma proposta de solução plausível de base normativa para esses problemas que se destaca das demais. Essa proposta se ampara na convicção de que o pluralismo em si é desejável e deve ser apoiado e promovido. De acordo com essa proposta, que eu chamo de “pluralismo como norma”, os conflitos em uma sociedade pluralista de fato devem ser manejados de uma forma dedicada a preservar e aperfeiçoar o pluralismo.<sup>232</sup>

O pluralismo como norma, ou pluralismo compreensivo, pretende auxiliar a resolução de problemas dentro de uma dada comunidade política, respeitando a ética de superação do hiato entre o “eu” e o “outro”, de modo que o mínimo possível de coerção e violência seja imposto tanto ao “eu” quanto ao “outro”. A interpretação jurídica, e, particularmente, a interpretação constitucional, estão sempre necessariamente vinculadas a uma ou mais concepções de bem, sendo que a neutralidade completa é impossível. O pluralismo compreensivo, entretanto, apesar de ser igualmente uma concepção de bem, e, portanto, não ser neutro, depende, para sua existência, das outras concepções de bem, na medida em que seu objetivo primordial é promover a coexistência pacífica da maior quantidade possível de concepções de bem.

Nesse sentido, o pluralismo compreensivo incorpora normas oriundas de outras concepções de bem<sup>233</sup>, desde que elas não sejam contrárias, ou não interfiram com o

---

<sup>232</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 200. “(...) There is, however, one plausible normatively grounded approach to these problems that stands out as different from the rest. This approach is predicated on the conviction that pluralism itself is desirable and should therefore be endorsed and promoted. According to this approach, which I call “pluralism as norm,” the conflicts in a society that is pluralistic in fact ought to be handled in a way that is designed to preserve and enhance pluralism.”

<sup>233</sup> De forma muito semelhante à incorporação pela identidade constitucional de elementos oriundos de outras identidades relevantes na comunidade política. “A lógica que se encontra subjacente ao desenvolvimento do sujeito constitucional é análoga à que informa a implantação do pluralismo como uma concepção abrangente do bem (...) Em termos mais amplos, o pluralismo busca promover a maior diversidade possível de concepções de bem como meio para a maximização da autonomia e dignidade humanas. Desse modo, o primeiro estágio do pluralismo deve ser um momento negativo, no qual ele nega exclusividade ou predomínio a todas as concepções concorrentes de bem (exceto, é claro, a do próprio pluralismo) (...) Levado ao seu extremo lógico, no entanto, o primeiro momento do pluralismo conduz à sua auto-destruição; pois é claro que se todas as concepções de bem são completamente opostas, a própria diversidade por ele anseada tornar-se-ia

objetivo fundamental do pluralismo compreensivo, que é promover o pluralismo de fato por meio da proteção e promoção do máximo possível de concepções de bem. Logo, o pluralismo compreensivo determina um aparato normativo que pretende integrar as várias concepções de bem na comunidade política, por meio de normas de segunda ordem, distintas das normas de primeira ordem – que são todas as normas vinculadas às outras concepções de bem que não o pluralismo. Desse modo, o pluralismo administra a tensão entre as normas de segunda ordem a ele inerentes e as normas de primeira ordem constantes das outras concepções de bem, tanto sem comprometer seus requisitos e exigências, quanto incluindo o máximo de concepções de bem em sua esfera de proteção.

Do ponto de vista da interpretação jurídica, o pluralismo compreensivo exige que o intérprete jurídico guie-se por normas de segunda ordem e que aqueles que solicitam a interpretação jurídica permaneçam tão fiéis quanto possível às normas de primeira ordem com as quais estão comprometidos, consistentemente com a aceitação genuína das determinações de uma jurisdição legítima. Ademais, mesmo considerando que toda pessoa pode ser tanto parte quanto intérprete jurídico e que (...) a promoção das normas de segunda ordem tende a influenciar a evolução da configuração das normas de primeira ordem, o pluralismo compreensivo mantém uma separação entre as demandas por justiça amparadas em normas de primeira ordem e as solicitações legítimas por justiça que vinculam-se, acima de tudo, às normas de segunda ordem.<sup>234</sup>

---

sem sentido. Para evitar a auto-destruição, o pluralismo precisa, portanto, suplementar o seu momento negativo com um positivo, no qual as concepções excluídas de bem são readmitidas no universo pluralista. Mas as concepções readmitidas não mais podem ocupar a mesma posição que tinham anteriormente à sua expulsão (...) Como nos recordamos, em seu momento positivo o pluralismo deve reincorporar as concepções de bem anteriormente excluídas em seu momento negativo. Mas quais dessas concepções de bem deverão ser reincorporadas, e em qual medida, é algo que é determinado pelos critérios normativos impostos pelo pluralismo, tornando claro, assim, que a tolerância do pluralismo das diversas concepções de bem resulta de uma posição ativa e não de uma postura passiva (...)”. ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. p. 54-57.

<sup>234</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 201. “From the standpoint of legal interpretation, comprehensive pluralism requires the legal interpreter to be guided by second-order norms while urging those who submit claims calling for legal interpretation to remain as true to the first-order norms to which they are committed as is possible consistent with genuine acceptance of the dictates of legitimate judicial adjudication. Moreover, even allowing for the fact that every person can be both legal claimant and legal interpreter and that (...) promotion of second-order norms is likely to have spillover effects on the evolving configuration of first-order norms, comprehensive pluralism maintains a split between demands for justice predicated on first-order norms and legitimate endeavors to dispense justice, which must look, above all, to second-order norms.”

Cumpra ressaltar que o pluralismo como norma não se resume nem ao monismo – ou seja, à idéia de que uma única concepção de bem é a correta e todas as preferências de valor devem ser julgadas de acordo com essa concepção – nem ao relativismo, que compreende todas as preferências de valor como meramente subjetivas e ancoradas em uma determinada concepção de bem, tornando inútil qualquer tentativa de analisar uma determinada preferência de valor à luz de uma outra concepção de bem que não àquela à qual ela se encontra contextualmente vinculada. De fato, o pluralismo compreensivo defende que o bem não se encontra em uma única concepção de bem, afastando-se do monismo, mas considera também que nem todas as concepções de bem são equivalentes, confrontando, portanto, o relativismo.

Em outras palavras, conquanto o pluralismo compreensivo vise a acomodação da maior quantidade possível de concepções de bem, ele se coloca em uma posição superior em relação a todas as outras concepções de bem. Nesse sentido, é possível dizer que o pluralismo não se reduz nem ao monismo, nem ao relativismo, mas estabelece uma dialética entre ambas as propostas, visando a inclusão do máximo possível de concepções de bem, em respeito aos ditames éticos da desconstrução.

O pluralismo substantivo pode ser buscado com moderação ou de forma sistemática e determinada. Nos casos da busca moderada, tem-se o chamado pluralismo limitado, e nas hipóteses de busca sistemática, o pluralismo compreensivo. Ambos os pluralismos adotam os objetivos normativos do pluralismo substantivo. O pluralismo compreensivo, entretanto, é muito mais radical que sua contraparte, na medida em que propõe o fim de todas as hierarquias entre as concepções de bem. O pluralismo limitado, por outro lado, aceita as hierarquias existentes, ou recomenda mudanças relativamente modestas, enquanto dedica-se principalmente a pregar a tolerância de uma pluralidade de concepções de bem e a coexistência pacífica entre os proponentes de diferentes concepções. Em resumo, o pluralismo compreensivo pugna pela equalização de todas as concepções de bem, enquanto o pluralismo

limitado almeja principalmente a aceitação de uma pluralidade de tais concepções.<sup>235</sup>

As democracias constitucionais atuais tendem a promover somente o pluralismo limitado, na medida em que sua prática institucional e suas constituições, apesar de resguardarem a tolerância e a aceitação de concepções de bem diversas, não eliminam completamente certas tradições e identidades profundamente enraizadas na comunidade política. Nesse sentido, apesar de a prática constitucional não se ajustar exatamente às propostas do constitucionalismo compreensivo, este passa a atuar como um padrão normativo fundamental para a reconstrução contrafactual da identidade constitucional: “(...) Em outras palavras, o pluralismo compreensivo fornece um ideal crítico que possibilita a determinação principiológica de como uma comunidade política pluralista de fato pode melhor se conduzir rumo aos objetivos do pluralismo substantivo.”<sup>236</sup>

Dessa forma, o pluralismo compreensivo passa a funcionar como um ideal crítico contrafactual adequado para servir de critério normativo apto a nortear a atividade interpretativa que vise a reconciliação entre identidade e diferença nas comunidades pluralistas de fato, tendo em vista a maximização do potencial de justiça e a minimização

---

<sup>235</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 207. “Substantive pluralism may be pursued with moderation or systematically with unrelenting determination. In cases of moderate pursuit, we have what I refer to as “limited pluralism,” whereas in cases of systematic pursuit, we have “comprehensive pluralism.” Both limited and comprehensive pluralism embrace the normative objectives of substantive pluralism. Comprehensive pluralism, however, is much more radical than its limited counterpart, in that it seeks to level all existing hierarchies among conceptions of the good. Limited pluralism, on the other hand, is prepared to accept existing hierarchies, or to recommend relatively modest changes, while mainly preaching tolerance of a plurality of conceptions of the good and peaceful coexistence among proponents of different such conceptions. In short, comprehensive pluralism calls for equalization of all conceptions of the good, whereas limited pluralism mainly aims for acceptance of a plurality among such conceptions.”

<sup>236</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 207. “(...) In other words, comprehensive pluralism affords a critical ideal that allows for a principled determination of how a polity that happens to be pluralistic in fact might be better sitirred toward the objectives of substantive pluralism.”

do emprego da coerção e da violência. Destarte, a equalização das várias concepções de bem, assim como a sua inclusão, na medida em que não contrariem as prerrogativas e normas de segunda ordem inerentes ao pluralismo, assumem o papel de possibilitar a sempre renovada busca ética pelo outro, e pela justiça, no seio da interpretação jurídica e constitucional.

Conforme citado anteriormente, o desenvolvimento lógico do pluralismo compreensivo é semelhante ao desenvolvimento da identidade do sujeito constitucional. Em seu primeiro momento negativo, o pluralismo derruba todas as hierarquias existentes entre as várias concepções de bem, atingindo uma igualdade radical entre todas as preferências de valor; nesse momento, todas as normas de primeiro grau são consideradas como iguais e, a princípio, repudiadas.

Já em sua fase positiva, o pluralismo compreensivo lança mão de seus próprios critérios normativos, ou seja, de suas normas de segundo grau, para controlar e determinar a re-admissão e a re-incorporação das concepções de bem repudiadas em seu momento negativo, ou, mais precisamente, re-inserir em seu universo as normas de primeira ordem que não sejam contrárias às suas disposições de segunda ordem. Obviamente, na medida em que o pluralismo é incapaz de re-admitir todas as concepções de bem em seu momento positivo, torna-se impossível atingir o ideal de completa inclusão de todas elas. No máximo, é possível garantir a igualdade entre todas as concepções admitidas, mas nunca a admissão de todas as concepções existentes.

Justamente por conta desse problema, o pluralismo compreensivo é, igualmente, sempre aberto à interpretação e carente de ser completado. A dialética entre seu momento negativo e seu momento positivo não cessa: uma vez que nunca se chega a um ponto no qual todas as concepções de bem possam ser consideradas iguais, sempre haverá espaço para novas re-configurações do quadro de normas de primeira ordem admitidas, que melhor se ajustem às exigências de equalização e inclusão inerentes ao pluralismo.

A justaposição dos dois momentos lógicos do pluralismo compreensivo sublinha a assimetria entre seus momentos negativo e positivo. Em seu momento negativo, o pluralismo compreensivo busca, e alcança, igualdade radical. Ademais, tal igualdade é alcançada procedimentalmente na medida em que as hierarquias entre normas de primeira ordem são rotineiramente derrubadas. Em termos de reconstrução contrafactual, o pluralismo compreensivo, em seu momento negativo, enxerga todas as normas de primeira ordem como estritamente equivalentes, e por meio da projeção desse constructo contra os arranjos hierárquicos prevalentes, fabrica um poderoso meio de crítica interpretativamente apromático (...) Em contraste, em seu momento positivo, o pluralismo compreensivo busca a igualdade, que, entretanto, sempre lhe foge. Logo, o melhor que se pode esperar é que, em seu momento positivo, o pluralismo compreensivo erradique algumas desigualdades, enquanto mantém outras intocadas. Ou mais precisamente, levando em conta que o reposicionamento de normas de primeira ordem pode levar a mudanças de configuração interna, o pluralismo compreensivo está destinado, em seu momento positivo, a eliminar certas desigualdades ao custo de suscitar outras.<sup>237</sup>

---

<sup>237</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 210-211. “The juxtaposition of comprehensive pluralism’s two logical moments underscores the asymmetry between its negative and its positive moment. In its negative moment, comprehensive pluralism reaches for, and achieves, radical equality. Moreover, such equality is reached procedurally as existing hierarchies among first-order norms are routinely struck down. In terms of counterfactual reconstruction, comprehensive pluralism, in its negative moment, pictures all first-order norms as strictly equivalent and through projection of this construction against prevailing hierarchical arrangements, fashions a powerful yet interpretively unproblematic means of critique (...) In contrast, in its positive moment, comprehensive pluralism aims at equality, but equality at the end always eludes its grasp. Accordingly, the best that can be hoped for is that in its positive moment, positive pluralism will eradicate some inequalities, while leaving others in place. Or more precisely, taking into account that repositioning first-order norms may lead to changes within their internal configuration, comprehensive pluralism is poised in its positive moment to wipe out certain inequalities but at the cost of triggering others.”

Apesar de o pluralismo compreensivo, em seu momento negativo, figurar como um importante mecanismo para as construções da identidade constitucional, é nas reconstruções da identidade constitucional que tanto seu momento negativo quanto seu momento positivo exercem a função primordial de critério contrafactual de crítica ou justificação das práticas institucionais da comunidade política.

O pluralismo compreensivo, portanto, assume o papel de primeiro critério de legitimidade que todo discurso constitucional deve respeitar, em consonância com as exigências do constitucionalismo e da ética desconstrutivista.

Ademais, o pluralismo compreensivo, por meio do recurso às normas de segunda ordem que o caracterizam, possibilita que o problema relativo à arbitrariedade e à subjetividade da interpretação jurídica e constitucional seja de certo modo evitado:

O pluralismo compreensivo deve confiar em sua fase positiva em normas substantivas e em interpretações contestáveis, mas elas não precisam produzir dificuldades que conduzam à arbitrariedade ou à indeterminação excessiva. Em verdade, a prioridade de normas de segunda ordem comanda certos resultados precisos, como, por exemplo, o repúdio a concepções de bem ativamente antipluralistas e a aceitação limitada de ideologias menos ativamente antipluralistas, que, todavia, são intolerantes. Ademais, em outros casos, a prioridade de normas de segunda ordem pode servir de guia sem determinar completamente os resultados mais desejáveis.<sup>238</sup>

---

<sup>238</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 212. “Comprehensive pluralism must rely in its positive phase on substantive norms and contestable interpretations, but these need not produce interpretive hurdles leading to arbitrariness or excessive indeterminacy. Indeed, the priority of second-order norms mandates certain clear-cut results, such as the repudiation of actively antipluralistic conceptions of the good and limited acceptance of less activist ideologies that are nonetheless intolerant. In addition, in other cases, the priority of second-order norms can provide guidance without fully determining the most desirable outcome.”

Em termos lingüísticos, as normas de segunda ordem, oriundas do pluralismo compreensivo, podem ser interpretadas como parcela fundamental das regras de articulação do código da identidade constitucional. O papel que as normas de primeira ordem, ou seja, elementos derivados de outras identidades relevantes, terão no cerne da identidade constitucional, a partir de uma determinada construção ou reconstrução dessa identidade constitucional, depende diretamente das normas de segunda ordem do pluralismo compreensivo. Na medida em que o pluralismo se articula como elemento fundamental do constitucionalismo, as normas de segunda ordem passam a compor regras e determinações do próprio esquema de qualquer identidade constitucional.

Na verdade, a própria conformação dos signos constitucionais, ou seja, o processo de significação que se dá no interior do sistema de comunicação da identidade constitucional, depende diretamente das normas de segunda ordem do pluralismo compreensivo. Os sentidos e significados atribuídos a significantes específicos, bem como a forma como tais significados podem ser substituídos entre si (metáfora), selecionados e articulados em discurso (metonímia), devem necessariamente estar de acordo com as exigências impostas pelas normas de segunda ordem.

Mais especificamente, as identidades e diferenças entre elementos da identidade constitucional, e o valor comparativo das marcas semânticas utilizadas no discurso constitucional, são todos tributários da dialética entre os momentos negativo e positivo do pluralismo compreensivo.

Logo, o discurso constitucional, quer seja uma construção, quer seja uma reconstrução da identidade constitucional, ou, ainda, quer esteja apenas embasado em uma construção ou reconstrução da identidade constitucional, será necessariamente ilegítimo, caso desrespeite ou deturpe as várias exigências decorrentes das normas de segunda ordem do pluralismo compreensivo. Conforme conclui Rosenfeld:

Recapitulando: a promessa do pluralismo compreensivo é considerável. Do ponto de vista de seu momento negativo como um constructo contrafactual, o pluralismo compreensivo fornece meios agudos e confiáveis para criticar iniquidades prevalentes. Do ponto de vista de seu momento positivo, por outro lado, o pluralismo compreensivo gera um modelo contrafactual apto a sugerir formas por meio das quais iniquidades existentes podem ser plausivelmente superadas para se alcançar maior inclusão e diversidade (...)<sup>239</sup>

Além das decorrências mais óbvias e genéricas que foram traçadas em relação às exigências das normas de segunda ordem do pluralismo compreensivo, resta claro que outras normas mais específicas, que auxiliem na promoção da inclusão do máximo possível de concepções de bem e sua equalização – tendo em vista sempre a eliminação das desigualdades por meio da busca pela superação do hiato entre identidade e diferença –, devem ser igualmente respeitadas e promovidas. Mormente, tem-se em vista os direitos fundamentais, que funcionam como normas de segunda ordem de grande importância para a promoção e a defesa tanto do pluralismo quanto do constitucionalismo.

---

<sup>239</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 213. “To recapitulate: the promise of comprehensive pluralism is considerable. From the standpoint of its negative moment as a counterfactual construct, comprehensive pluralism furnishes a crisp and reliable means to criticize prevailing inequities. From the standpoint of its positive moment, on the other hand, comprehensive pluralism generates counterfactual models suggestive of ways in which existing inequities might be plausibly overcome and greater inclusiveness and diversity achieved (...)”

A compreensão do papel dos direitos fundamentais depende da análise de qual é o bem último, o sumo bem, na teoria de Michel Rosenfeld. A princípio, poderia parecer que o bem máximo resumir-se-ia à concepção de bem do próprio pluralismo compreensivo, na medida em que é essa concepção de bem e suas normas de segunda ordem que determinam exatamente qual será o papel das outras concepções de bem no interior da identidade constitucional e da comunidade política.

Entretanto, caso o sumo bem fosse o próprio pluralismo compreensivo, estar-se-ia diante de um raciocínio meramente circular, na medida em que a adoção do pluralismo compreensivo decorreria simplesmente do fato de ele ser, em si, o sumo bem. Na verdade, o bem último pode ser encarado, a partir das considerações traçadas até aqui, como a busca pela reconciliação entre o “eu” e o “outro” da forma menos coercitiva e violenta possível. Ou seja, a exigência ética originalmente decorrente da desconstrução converte-se no comando normativo máximo que orienta a identidade constitucional e as práticas institucionais de uma comunidade política comprometida com o constitucionalismo.

Os direitos fundamentais, a partir desse pano de fundo, surgem como uma decorrência lógica da adoção da ética desconstrutivista:

Consistentemente com a consideração de que a reconciliação entre eu e outro é o bem último, autonomia, reciprocidade, empatia, dignidade e diversidade figuram entre os mais importantes valores e ocupam o lugar das normas de segunda ordem dentro da perspectiva do pluralismo compreensivo. Autonomia e dignidade entrelaçam-se profundamente com a noção de personalidade, e ocupam um lugar proeminente em conexão com a capacidade da pessoa (eu) de realizar escolhas éticas e assumir compromissos. A reciprocidade, por outro lado, cimenta os elos entre o eu e o outro, prescrevendo que o outro seja reconhecido como outro eu (...) Ademais, uma distinção pode ser traçada entre

mera reciprocidade e reciprocidade reversa. Como norma, a mera reciprocidade prescreve o reconhecimento do outro como possuidor de uma perspectiva ou ponto de vista, sem se importar com as efetivas diferenças entre perspectivas ou pontos de vista. Em contraste, a reciprocidade reversa requer não apenas o reconhecimento de que o outro tem uma perspectiva, mas também empatia pelo outro, baseada no adequado reconhecimento das diferenças de perspectivas. Finalmente, a diversidade emerge como um valor chave na medida em que ela permite possibilidades menos confinantes e coercivas de reconciliação entre o eu e o outro. Sem a diversidade, a reconciliação somente seria possível por meio da auto-restrição que culminaria na dissolução da própria identidade na do outro, ou por meio da coerção do outro para que ele se enquadre na auto-imagem do eu. Com a diversidade, por outro lado, não só há mais espaço para reconciliações mais satisfatórias entre o eu e o outro, mas também toda pessoa (eu) tem à sua disposição uma gama maior de escolhas que possibilitam sua auto-realização.<sup>240</sup>

Percebe-se que os valores elencados por Rosenfeld são o pano de fundo de toda construção histórica relativa aos direitos fundamentais. Nesse sentido, os direitos fundamentais são as principais normas de segunda ordem do pluralismo compreensivo que possibilitam a própria existência do constitucionalismo. Na medida em que os valores apresentados, que fornecem o esteio para os direitos fundamentais, são requisitos e exigências decorrentes da sempre presente busca pela superação do hiato entre identidade e diferença, todas as grandes construções da identidade constitucional perpassam necessariamente pelo tema, e a corrupção dos elementos necessariamente vinculados aos

---

<sup>240</sup> ROSENFELD, Michel. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. p. 213-214. “Consistent with regarding the reconciliation between self and other as the ultimate good, autonomy, reciprocity, empathy, dignity, and diversity rank among the highest values and occupy the place of second-order norms within the perspective of comprehensive pluralism. Autonomy and dignity are closely intertwined with the notion of selfhood and occupy a prominent place in connection with the self’s capacity for ethical choice and commitment. Reciprocity, on the other hand, cements the bonds between self and other by prescribing that the other be recognized another self(...) Moreover, a distinction can be drawn between “mere reciprocity” and “reversible reciprocity.” As a norm, mere reciprocity prescribes recognition of the other as possessing a perspective or vantage point, without concern for actual differences among perspectives or vantage points. In contrast, reversible reciprocity requires not only recognition that the other has a perspective but also empathy for the other, based on a proper recognition of differences in perspectives. Finally, diversity emerges as a key value to the extent that it makes for less confining and less coercive avenues toward reconciliation between self and other. Without diversity, reconciliation would only be possible through self-constraint to the point of yielding to the identity of the other, or through coercing the other to fit within the mold of the self’s own image. With diversity, on the other hand, not only is there greater room for more satisfactory reconciliation between self and other, but every self can rely on a much wider array of choices toward self-fulfillment.”

direitos fundamentais significa a quebra mesmo da possibilidade de uma ordem constitucional.

No plano semiótico, os direitos fundamentais funcionam como signos chave que determinam vastos campos associativos disponíveis para a conformação do discurso constitucional. Do mesmo modo, a articulação do discurso relativo à identidade constitucional depende sempre de referências aos direitos fundamentais, de forma que a constituição do discurso legítimo depende de vínculos, construções e reconstruções voltadas para a inclusão e a diversidade, para a harmonização da identidade e da diferença pelos meios menos coercitivos possíveis.

Já em relação à idéia de Estado, Rosenfeld desenvolve o conceito de Estado de Direito e suas relações com a democracia constitucional em seu artigo “The Rule of Law and the Legitimacy of the Constitutional Democracy”<sup>241</sup>, no qual igualmente são analisadas algumas das conexões entre o Estado de Direito e o pluralismo como fato e como norma. Assim, tem-se que:

O estado de direito é uma das pedras angulares das democracias constitucionais contemporâneas, conforme sublinhado por seu papel soberano em cimentar as recentes transições de regimes autoritários ou totalitários para democracias constitucionais na Europa Oriental e em outros lugares. Em termos amplos, o estado de direito requer que os cidadãos estejam sujeitos apenas a leis publicamente promulgadas, que a função legislativa seja de algum modo mantida separada da função jurisdicional, e que ninguém na comunidade política se encontre acima da lei. Ademais, na ausência do estado de direito, a democracia constitucional contemporânea seria completamente inviável porque faltar-lhe-ia uma das três características essenciais do constitucionalismo moderno, quais sejam: limitação dos poderes do governo, aderência ao estado de direito, e proteção dos direitos fundamentais. Logo, o estado de direito deve

---

<sup>241</sup> ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*.

figurar nas democracias constitucionais como um ingrediente indispensável do constitucionalismo. Além disso, entretanto, não está claro precisamente quais características o estado de direito deve apresentar para auxiliar na sustentação de uma democracia ou que papel específico ele deve assumir para garantir uma democracia constitucional funcional, ou como ele pode, em última instância, contribuir para a legitimidade das democracias constitucionais.<sup>242</sup>

Antes de adentrar na problemática relativa à questão sobre quais devem ser as características do Estado de Direito, que, em suplemento à sua construção e requisitos gerais, sirvam para reforçar e garantir a legitimidade das democracias constitucionais – e, portanto, das comunidades políticas comprometidas com o constitucionalismo –, cumpre fazer uma análise breve das funções gerais que o Estado de Direito exerce, sob a ótica lingüística que vem sendo adotada ao longo de toda a dissertação.

O Estado de Direito – assim como o pluralismo, os direitos fundamentais e as outras exigências oriundas do constitucionalismo –, limita e estabelece os contornos do discurso constitucional na medida em que, além de definir campos associativos que fornecem os signos e símbolos disponíveis para o discurso constitucional, funciona como definidor de certas regras mínimas de articulação e seleção do discurso constitucional, já que o próprio Estado de Direito, suas características e exigências fazem parte do código do sistema de comunicação da identidade constitucional.

---

<sup>242</sup> ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. p. 2-3. “The rule of law is a cornerstone of contemporary constitutional democracy as underscored by its paramount role in cementing the recent transitions from authoritarian or totalitarian regimes to constitutional democracy in Eastern Europe and elsewhere. In the broadest terms, the rule of law requires that the citizenry be subjected only to publicly promulgated laws, that the legislative function be somewhat kept separate from the adjudicative function, and that no one within the polity be above the law. Moreover, in the absence of the rule of law, contemporary constitutional democracy would seem altogether impossible because it would lack one of the three essential characteristics of modern constitutionalism, these being: limiting the powers of government, adherence to the rule of law, and protection of fundamental rights. Thus, the rule of law must figure in constitutional democracy as an indispensable ingredient of constitutionalism. Beyond that, however, it is not clear what precise characteristics the rule of law must possess to help sustain constitutional democracy or what specific role it must assume to ensure a working constitutional democracy, or how it might ultimately contribute to the latter’s legitimacy.”

O Estado de Direito, entretanto, exerce mais uma função de fundamental importância: as consequências factuais do discurso constitucional – isto é, a forma que o processo de tomada de decisão constitucional deve assumir e o modo pelo qual suas determinações podem legitimamente ser implementadas na comunidade política –, devem necessariamente se pautar pelos ditames gerais (decorrentes do conceito do estado de direito) e pelos ditames específicos (decorrentes de uma dada manifestação histórica do estado de direito na comunidade política em questão) oriundos do Estado de Direito.

Conquanto o discurso constitucional esteja aberto a toda a comunidade de intérpretes, os discursos produzidos por este grupo, a princípio, não se destinam a uma realização concreta, e, assim, encontram-se limitados pelos requisitos do Estado de Direito somente na medida em que este faz parte do código da identidade constitucional e define as possibilidades de construção e reconstrução discursiva. A situação é diferente, entretanto, em relação aos discursos oriundos da jurisdição constitucional propriamente dita, que se destinam usualmente a ter consequências práticas e concretas na vida política e institucional da comunidade. Esses discursos, na medida em que se convertem em tomadas de decisão constitucional, e deixam de ser puro discurso para se realizar factualmente, exigem, como critério de legitimidade, que sua implementação respeite os requisitos decorrentes do Estado de Direito.

Apesar de o Estado de Direito e a democracia constitucional serem costumeiramente considerados conceitos conexos, algumas questões e dúvidas persistem:

(...) Por um lado, constitucionalismo e democracia nem sempre estão em harmonia, com a consequência de que o estado de direito pode confrontar-se ou entrar em tensão com a democracia. Por outro lado, o papel e o escopo adequados do estado de direito dentro do constitucionalismo são em si próprios ambíguos, na medida em que o estado de direito pode, em última instância, transbordar sobre as outras duas características essenciais do constitucionalismo, ao invés de figurar exclusivamente como uma das três. De fato, uma constituição escrita pode ter a força da lei, de modo que suas prescrições limitando os poderes do governo e aquelas devotadas à proteção dos direitos fundamentais podem se tornar parte do regime de estado de direito instituído pelo regime constitucional relevante. Ademais, o estado de direito pode abarcar o campo completo oriundo do escopo do constitucionalismo, ou apenas exercer um papel limitado na manutenção da ordem constitucional prescrita.<sup>243</sup>

As dificuldades concernentes ao Estado de Direito vinculam-se ao fato de seu conceito ser altamente contestável e contestado nas comunidades políticas atuais. Muitas vezes, mesmo que exista um certo consenso sobre qual é o significado descritivo do conceito, como, por exemplo, a assunção de que os requisitos elencados por Rosenfeld são adequados, o significado prescritivo, ou seja, quais são as consequências factuais e concretas do Estado de Direito, é objeto de sérias discordâncias nas comunidades políticas contemporâneas altamente pluralistas.

Similarmente, tradições jurídicas específicas presentes em comunidades políticas diversas podem conduzir a significados completamente diferentes sobre o conceito de Estado de Direito. Ademais, mesmo no corpo de uma única tradição jurídica, não raro

---

<sup>243</sup> ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. p. 3-4. "(...) For one thing, constitutionalism and democracy may not always be in harmony, with the consequence that the rule of law may clash or come in tension with democracy. For another, the proper role and scope of the rule of law within constitutionalism is itself ambiguous inasmuch as the rule of law may ultimately spill over to the other two essential features of constitutionalism rather than figuring exclusively as one of the three. Indeed, a written constitution may have the force of law, and thus its provisions limiting the powers of government and those devoted to the protection of fundamental rights may become part and parcel of the rule of law regime instituted by the relevant constitutional regime. Moreover, the rule of law may encompass the entire field coming within sweep of constitutionalism or it may only play a limited role in the maintenance of a prescribed constitutional order."

existem divergências sobre os contornos e delimitações precisas que o Estado de Direito deve respeitar.

O Estado de Direito, igualmente, situa-se dentro do aparente paradoxo concernente à aplicação da vontade da maioria nas democracias constitucionais, em oposição à defesa dos direitos fundamentais minoritários ou individuais. Aparentemente, o Estado de Direito, tendo em vista a implementação das instituições necessárias para o funcionamento de uma democracia constitucional, ao possibilitar que a vontade da maioria se expresse por meio da lei, encontrar-se-ia em favor do Estado, em oposição aos cidadãos. Ao contrário, levando-se em conta a defesa dos direitos fundamentais constitucionalizados, o Estado de Direito parece encontrar-se do lado dos cidadãos, que podem invocá-lo para combater decisões e práticas do Estado.

Entretanto, tal oposição perde muito de sua importância na medida em que, conforme visto na Introdução da presente dissertação, admite-se que a democracia constitucional atual fortalece-se por meio da conjugação complementar da vontade da maioria com a proteção dos direitos fundamentais<sup>244</sup>.

---

<sup>244</sup> Segundo o próprio Rosenfeld, tal questão: “(...) parece desaguar no conflito sobre quão ampla ou quão restritamente as limitações constitucionais antimajoritárias devem ser interpretadas sem que acarretem um questionamento de sua inerente legitimidade. Ademais, enquanto alguns limites constitucionais são legítimos, também a promulgação majoritária de leis o é. Em outras palavras, se há um consenso a respeito de certos limites constitucionais fundamentais e um compromisso compartilhado com a democracia, então meros recuos legislativos, ou até mesmo a sujeição a leis injustas, apesar de constitucionais, não apresentam um desafio sério à legitimidade do estado de direito prevalecente.” ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. p. 15. “(...) seems to boil down to a conflict over how broadly or narrowly antimajoritarian constitutional constraints ought to be construed without questioning their inherent legitimacy. Moreover, so long as some constitutional constraints are legitimate, it would seem that so is majoritarian lawmaking. In other words, if there is a consensus concerning certain fundamental constitutional constraints and a shared commitment to democracy, then mere legislative setbacks or even the subjection to certain unfair yet constitutional laws should not pose a serious challenge to the legitimacy of the prevailing rule of law regime.”

Justamente por conta de alguns desses problemas e dúvidas, Rosenfeld considera que o Estado de Direito, às vezes, pode não ser a melhor solução política e institucional para uma dada comunidade<sup>245</sup>. Entretanto, tendo em vista as comunidades modernas pluralistas, e as exigências éticas decorrentes da desconstrução, o autor defende que a adoção do constitucionalismo e do Estado de Direito é a única maneira de se evitar regimes totalitários e autoritários, e de se garantir a vida e a coexistência políticas com um mínimo de coerção possível:

Em contraste, nas sociedades heterogêneas onde existem várias concepções de bem competindo entre si, a democracia constitucional e a adesão ao estado de direito podem ser consideradas indispensáveis, tendo em vista o objetivo de se atingir coesão política com um mínimo de opressão possível. Tais sociedades heterogêneas, ademais, podem ser caracterizadas como pluralistas de fato (...) Porque nem todo o mundo compartilha os mesmos valores ou interesses nas sociedades que são pluralistas de fato, a legitimidade das instituições políticas fundamentais depende, em última instância, de algum tipo de consentimento entre aqueles que se encontram sujeitos a tais instituições (...) Deixando de lado as diferenças entre as várias teorias baseadas no consentimento, a legitimação baseada no consentimento parece ser o melhor – se não o único – meio de se justificar normativamente tanto a democracia constitucional quanto o estado de direito, no contexto das sociedades nas quais inexiste um consenso sobre o bem, e que, portanto, são pluralistas de fato.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> Veja-se, por exemplo, a já citada hipótese de uma comunidade homogênea e religiosamente unificada, na qual se acredite que os clérigos recebam comandos diretamente da divindade, onde seria muito mais adequada, como forma política, uma teocracia.

<sup>246</sup> ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. p. 7-9. “In contrast, in heterogeneous societies with various conceptions of the good, constitutional democracy and adherence to the rule of law may well be indispensable for purposes of achieving political cohesion with a minimum of oppression. Such heterogeneous societies, moreover, can be characterized as being pluralistic-in-fact (...) Because everyone does not share the same values or interests in societies that are pluralistic-in-fact, the legitimacy of fundamental political institutions must ultimately depend on some kind of consent among all those who are subjected to such institutions (...) Leaving aside differences among various consent-based theories, legitimation based on consent appears to be the optimal – if not the exclusive – means of normative justification for both constitutional democracy and the rule of law in the context of societies that lack a consensus on the good and are hence pluralistic-in-fact.”

De fato, mesmo que não possa ser comparada a regimes totalitários e autoritários, ainda assim a democracia constitucional pode ser consideravelmente opressiva e coercitiva. Conforme já visto anteriormente, a imposição da vontade da maioria sobre minorias discordantes pode ser altamente opressiva, do mesmo modo que a proteção das minorias por meio dos direitos fundamentais, em oposição à vontade da maioria, pode ser igualmente opressiva.

O Estado de Direito é o mecanismo que garante tanto a implementação da vontade da maioria, quanto a proteção dos direitos fundamentais. Conclui-se, portanto, que o Estado de Direito pode ser em si coercivo, na medida em que os cidadãos se encontrem sujeitos a leis que considerem opressivas, ou com as quais não concordem.

Desse modo, o consentimento pode ser considerado a forma de se legitimar a coerção inerente tanto à democracia constitucional quanto ao Estado de Direito, e, assim, legitimar ambos os regimes. Segundo Rosenfeld, o consentimento, nesse caso, deve ser semelhante ao consentimento contratual: trata-se de um consentimento livre e anterior, de modo que qualquer coerção posterior possa ser considerada legítima, justamente em decorrência do consentimento prévio, no qual foi respeitada tanto a liberdade quanto a autonomia da parte envolvida.

Os requisitos mínimos, anteriormente elencados, do Estado de Direito, configuram, conforme o chama Rosenfeld, o Estado de Direito em sentido estrito:

(...) O estado de direito é usualmente contrastado com o governo dos homens. Embora o governo dos homens (ou, nós diríamos, atualmente, o governo de pessoas individuais) geralmente conote o governo pessoal irrestrito e arbitrário de governante incontrolado e talvez imprevisível, ele será compreendido aqui de forma mais ampla. Para os objetivos presentes, até mesmo o governo pela lei será considerado governo dos homens, se a lei puder ser alterada unilateral e arbitrariamente, se ela for largamente ignorada, ou se o governante e seus associados permanecerem efetivamente acima da lei. No mínimo, portanto, o estado de direito requer um governo pela lei justo e generalizado; uma substancial previsibilidade legal – por meio de leis genericamente aplicáveis, publicadas e largamente prospectivas; uma significativa separação entre a função legislativa e a função jurisdicional; e ampla aderência ao princípio de que ninguém está acima da lei. Nesses termos, qualquer regime legal que preencha esses requisitos mínimos será considerado como satisfazendo as prescrições do estado de direito em sentido estrito.<sup>247</sup>

Apesar de o estado de direito em sentido estrito ser melhor que o governo dos homens, ele, por si só, é insuficiente para garantir a existência de um regime constitucional legítimo. “De fato, o estado de direito em sentido estrito não precisa ser nem justo nem mesmo democrático, na medida em que ele é completamente compatível com regimes legais amparados na escravidão, no apartheid, ou em inumeráveis outras práticas e políticas opressivas e desumanas baseadas na lei, estruturadas pela lei, e implementadas pela lei.”<sup>248</sup>

Desse modo, o Estado de Direito, para ser legítimo, precisa ser democraticamente conformado, procedimentalmente justo, e até mesmo substantivamente amparado em certos

---

<sup>247</sup> ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. p. 12. “(...) The “rule of law” is often contrasted to the “rule of men”. While the “rule of men” (or, we might say today, “the rule of individual persons”) generally connotes unrestrained and potentially arbitrary personal rule by an unconstrained and perhaps unpredictable ruler, it will be understood here more broadly. For present purposes, even rule through law will be deemed to amount to the “rule of men”, if the law can be changed unilaterally and arbitrarily, if it is largely ignored, or if the ruler and his or her associates consistently remain above the law. At minimum, therefore, the rule of law requires fairly generalized rule through law; a substantial amount of legal predictability – through generally applicable, published and largely prospective laws; a significant separation between the legislative and the adjudicative function; and, widespread adherence to the principle that no one is above the law. Consistent with this, any legal regime which meets these minimal requirements will be considered to satisfy the prescriptions of “the rule of law in the narrow sense”.”

<sup>248</sup> ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. p. 13. “(...) Indeed, the rule of law in the narrow sense need not be just or even democratic as it is entirely compatible with legal regimes predicated on slavery, apartheid, or countless other oppressive and dehumanizing practices and policies grounded in law, shaped by law, and carried through law.”

valores subjetivos específicos<sup>249</sup>. Ainda assim, mesmo a satisfação desses requisitos não garante necessariamente a legitimidade do Estado de Direito: leis democráticas podem ser opressivas para as minorias, a justiça procedimental pode se ajustar a um razoável grau de iniquidade, e os valores substantivos podem ser contestados por consideráveis parcelas dos membros da comunidade política.

É necessário compreender, entretanto, que o consentimento proposto por Rosenfeld não significa o consentimento atual e verdadeiro de todos os cidadãos da comunidade política em questão:

Decorre dessas considerações que o efetivo consentimento unânime para qualquer limitação constitucional significativa, sem falar para um regime de estado de direito, parece altamente implausível. Tal efetivo consentimento, entretanto, é desnecessário. É argumentativamente suficiente para o propósito de se definir a legitimidade de um regime de estado de direito determinar se a aceitação dele seria razoavelmente consistente com os diversos interesses e objetivos de todos os envolvidos. Logo, eu proponho usar um teste elaborado a partir do critério de legitimidade da lei proposto por Habermas. De acordo com Habermas, a legitimidade da lei pode ser estabelecida dialogicamente por meio da ação comunicativa entre pessoas que se reconhecem como iguais e concordam em aceitar como legítimas somente aquelas leis que ambas consentiriam em promulgar como legisladores autônomos, e seguir como cidadãos respeitadores da lei. Esse teste permite um exercício de reconstrução com base em uma hipótese contrafactual visando estabelecer a legitimidade da lei (...) Eu proponho, portanto, adaptar o teste de Habermas (...) Mais especificamente, eu pretendo me amparar em duas modificações que de certo modo enfraquecem as condições de legitimidade previstas por Habermas: 1) Eu considerarei o requisito contrafactual da auto-legislação combinado com a submissão à lei satisfeito se ele puder ser usado para legitimar um regime de estado de direito considerado como um todo, sem legitimar separadamente leis individuais dentro desse regime; e 2) Eu interpretarei o requisito do consentimento mais levemente, de modo a nele incluir um critério de razoabilidade baseado na ausência de coerção combinado com o preenchimento de certas condições que tornem razoável endossar um regime de estado de direito particular condizente com os objetivos substantivos das pessoas.<sup>250</sup>

---

<sup>249</sup> Mormente os oriundos do constitucionalismo e do pluralismo compreensivo.

<sup>250</sup> ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. p. 17-18. "It follows from these considerations that actual unanimous consent for any meaningful constitutional

Logo, o consentimento pugnado por Rosenfeld, apesar de se assemelhar ao consentimento contratual, apresenta uma série de diferenças importantes em relação a este. Primeiramente, o consentimento dado a um Estado de Direito é sempre contrafactual – ou seja, funciona como um ideal, e não como um fato que efetivamente aconteceu e pode ser comprovado –, e serve como legitimador do Estado de Direito. Em segundo lugar, tal consentimento justifica o Estado de Direito tomado como um conjunto uno, e não leis e aspectos específicos ao Estado de Direito em questão<sup>251</sup>, de modo que, mesmo em um regime legítimo, ainda assim é possível identificar a existência de leis e elementos inadequados e criticáveis. Por fim, esse consentimento depende de um julgamento de razoabilidade amparado no compromisso de um determinado regime de estado de direito em utilizar o mínimo possível de coerção e de violência, combinado com a possibilidade de tal regime se harmonizar com vários possíveis objetivos específicos dos membros da comunidade política.

---

constraints, let alone for any rule of law regime, seems highly implausible. Such actual consent, however, is unnecessary. It is arguably sufficient for purposes of assessing the legitimacy of a rule of law regime to determine whether acceptance of the latter would be reasonably consistent with the diverse agendas of all concerned. Accordingly, I propose using a test fashioned after Habermas's criterion for the legitimacy of law. According to Habermas the legitimacy of law can be established dialogically through communicative action among persons who recognize each other as equals and who agree to accept as legitimate only those laws which they would all consent both to enact as autonomous legislators and to follow as law abiding citizens. This test allows for reconstruction on the basis of a counterfactual in order to establish the legitimacy of law (...) I therefore propose to adapt Habermas's test (...) More specifically, I intend to rely on two modifications which somewhat weaken the condition of legitimacy envisaged by Habermas: 1) I will consider the counterfactual requirement of self-legislation coupled with willing submission to law to be satisfied if it can be used to legitimate a rule of law regime taken as a whole without separately legitimating individual laws within that regime; and 2) I will construe the requirement of consent more loosely so as to include within it a criterion of reasonableness based on lack of coercion coupled with the meeting of certain conditions which make it reasonable to endorse a particular rule of law regime consistent with one's substantive aims."

<sup>251</sup> A justificação e a legitimação de cada elemento do Estado de Direito parece impossível para Rosenfeld. Na verdade, o autor propõe que o Estado de Direito seja legitimado como um todo justamente para possibilitar que os regimes repletos de falhas, mas ainda assim infinitamente mais justos que as práticas opressivas do autoritarismo e do totalitarismo, possam ser todavia legitimados.

As condições que possibilitam a harmonização do Estado de Direito com os anseios e planos individuais dos membros da sociedade vinculam-se, segundo Rosenfeld, à previsibilidade e à justiça. A previsibilidade alivia o peso da efetiva ausência do consentimento anterior, semelhante ao consentimento contratual, em relação às prescrições normativas do Estado de Direito, tornando razoável, ainda assim, a aquiescência racional dos membros da comunidade política ao regime. Já a justiça:

(...) divide-se em um componente subjetivo e em um objetivo. Se um cidadão implícita ou explicitamente endossa uma lei ou regime legal, então o regime pode ser considerado subjetivamente justo. Paralelamente, na ausência de tal endosso, se, de acordo com a concepção de bem do cidadão (ou indiferentemente quanto a qual seja ela), for razoável para tal cidadão endossar uma lei ou regime legal, então o regime pode ser considerado objetivamente justo.<sup>252</sup>

Logo, o critério de legitimidade proposto pelo autor em relação ao Estado de Direito depende ou da aquiescência dos membros da comunidade política, em consonância com suas respectivas concepções de bem, planos, e anseios, ou da possibilidade racional dessa aquiescência, na medida em que o Estado de Direito se ajuste às várias possibilidades de concepções de bem presentes na comunidade política, com um mínimo possível de coerção e violência. Em outros termos, a legitimidade de um determinado regime de Estado de Direito depende de seu necessário compromisso com o pluralismo como norma.

---

<sup>252</sup> ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. p. 66-67. “(...) breaks down into a subjective and an objective component. If a citizen implicitly or explicitly endorses a law or legal regime, the latter can be considered subjectively fair. Conversely, in the absence of such endorsement, if consistent with a citizen’s conception of the good (or regardless of such conception), it would be reasonable for such citizen to endorse a law or legal regime, then the latter can be said to be objectively fair.”

Percebe-se, portanto, que o processo constitucional de elaboração de leis (que se insere nas relações entre direito constitucional e Estado de Direito), bem como a tomada de decisão constitucional, dependem necessariamente da conjugação dos requisitos do Estado de Direito com as exigências do pluralismo como norma. Nesse sentido: “Não restam dúvidas de que na ausência de comprometimento com a legalidade, de garantias dos direitos fundamentais, e de genuínas possibilidades de participação dos cidadãos no processo político, a satisfação do critério modificado de legitimidade habermasiano seria como um todo impossível.”<sup>253</sup>

Rosenfeld considera que as tradições americana, francesa e alemã do Estado de Direito são todas insuficientes para preencher os requisitos por ele pugnados, justamente por conta da desatenção, ou melhor, da ausência de comprometimento claro desses regimes com alguns dos requisitos decorrentes de seu teste de legitimidade, mormente o necessário comprometimento com o pluralismo compreensivo. “(...) Na medida em que os regimes em questão parecem insuficientes para acomodar adequadamente uma pluralidade de concepções do bem, a tarefa mais importante seria a de desenvolver melhores meios para se acomodar o pluralismo.”<sup>254</sup>

Entende-se, entretanto, que o modelo teórico do Estado Democrático de Direito ajusta-se adequadamente aos requisitos pugnados por Rosenfeld como necessários para os

---

<sup>253</sup> ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. p.69. “There can be little question that in the absence of commitment to legality, fundamental rights guarantees, and genuine opportunities for citizen participation in the political process, satisfaction of the modified Habermasian criterion of legitimacy would be altogether impossible.”

<sup>254</sup> ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. p. 69. “(...) To the extent that the regimes in question seem insufficient to properly accommodate a plurality of conceptions of the good, the most important task would be to devise better means to accommodate pluralism.”

regimes de Estado de Direito. Conforme já discutido na Introdução, os elementos do Estado Democrático de Direito afinam-se igualmente com as exigências decorrentes do constitucionalismo. Do mesmo modo, o critério de razoabilidade ora proposto parece ser similarmente satisfeito pelas condições inerentes ao modelo teórico do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito<sup>255</sup> caracteriza-se pela existência de um direito de cunho pluralista, aberto à participação de toda a comunidade política, orientado pela soberania popular. A possibilidade de participação ativa dos cidadãos nas decisões jurídicas, mormente a possibilidade de a comunidade aberta de intérpretes emitir discursos vinculados ao direito constitucional, garante o critério de razoabilidade no qual as várias concepções de bem encontram espaço para o debate e para o diálogo. Nesse sentido, as exigências de previsibilidade e justiça realizam-se procedimentalmente por meio da garantia da existência de um debate político sério e democrático aberto a todos os membros interessados da comunidade política.

Na medida em que os membros da comunidade política possuem um fórum de debate democrático para suas diversas concepções de bem, o Estado Democrático de Direito se legitima frente ao requisito do pluralismo compreensivo. Similarmente, o caráter aberto e popular do Estado Democrático de Direito liga-se à exigência de que o mínimo possível de violência e coerção seja utilizado na comunidade política. Tal

---

<sup>255</sup> Sobre as principais características do Estado Democrático de Direito, ver CARVALHO NETTO, Menelick. *A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição.*

comprometimento vincula-se igualmente tanto à execução da vontade da maioria democrática e pluralisticamente auferida, quanto à proteção de direitos fundamentais considerados indispensáveis pela comunidade política, hauridos de seu comprometimento com o constitucionalismo e com o pluralismo como norma.

Uma vez que as decisões jurídicas e constitucionais no Estado Democrático de Direito pautam-se por procedimentos democráticos e participativos comprometidos com a soberania popular, o potencial coercivo tanto das leis majoritárias, quanto da proteção a direitos fundamentais em detrimento da vontade majoritária, torna-se consideravelmente menor, na medida em que, antes que qualquer decisão seja tomada em relação ao melhor caminho a seguir, há a efetiva possibilidade de participação e debate dos interessados no processo de tomada de decisão.

O Estado Democrático de Direito encontra-se igualmente comprometido com o pluralismo compreensivo, na proporção em que sua proposta participativa abre espaço para grupos sociais, minorias, etnias, e membros da comunidade política usualmente marginalizados do processo político e decisório<sup>256</sup> – que passam efetivamente a fazer parte da vida política por meio de organizações e atividades de cunho essencialmente civis. Pode-se observar, novamente, que o critério de razoabilidade de Rosenfeld é satisfeito procedimentalmente por meio da garantia de participação dos cidadãos nas decisões que lhes dirão respeito.

---

<sup>256</sup> Sobre a abertura do Estado Democrático de Direito para a participação de grupos sociais (e concepções de bem) marginalizados, ver ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito*.

A cidadania, nesse sentido, configura-se como a possibilidade de efetiva participação de cada membro da comunidade política nos processos e procedimentos políticos, jurídicos e institucionais da sociedade em questão. A clássica separação entre esfera pública e esfera privada<sup>257</sup> é substituída por uma compreensão mais ampla de que a vivência política saudável para a comunidade depende da inter-relação e do diálogo de elementos atribuídos anteriormente a essas esferas separadamente, justamente por meio da participação dos cidadãos na vida político-jurídica da sociedade. Paralelamente, o Estado deixa de ser o grande regulador e tomador de decisões unilaterais para se converter em mais um dos efetivos espaços de debate e participação democrática<sup>258</sup> dos cidadãos nos processos de tomada de decisão que lhes dizem respeito.

O Estado Democrático de Direito, além de acarretar uma série de novos direitos ligados a questões e a interesses anteriormente ignorados pelas correntes constitucionalistas passadas, re-significa os direitos antigos já reconhecidos, de modo que eles se ajustem à sua proposta democrática e popular. Dessa forma, o Estado Democrático de Direito assume o papel e a função do pluralismo compreensivo, que re-define e assimila elementos de identidades diferentes a partir de sua própria concepção de bem. De certo modo, o Estado Democrático de Direito pode ser interpretado como a desejada combinação vislumbrada por Rosenfeld entre Estado de Direito e pluralismo compreensivo, na qual existe espaço

---

<sup>257</sup> Sobre a separação entre esfera pública e privada, ver CARVALHO NETTO, Menelick de. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. In.: MAUÉS, Antonio G. Moreira (org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 215-232.

<sup>258</sup> Para uma breve discussão sobre a institucionalização de espaços públicos de debate, ver CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Constituição da Europa*. In.: LEITE SAMPAIO, José Adércio (coord.). *Crise e Desafios da Constituição: Perspectivas Críticas da Teoria e das Práticas Constitucionais Brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 281-289.

tanto para a identidade quanto para a diferença, visando sempre a superação do hiato entre as duas, conforme determina a filosofia da desconstrução.

Por fim, cabe ao juiz<sup>259</sup>, o principal tomador de decisões jurídicas na comunidade, incorporar em sua atividade hermenêutica os novos elementos oriundos do Estado Democrático de Direito, principalmente por meio do comprometimento de sua prática interpretativa com os princípios constitucionais consagrados, sejam os constantes do texto constitucional, sejam os decorrentes da prática institucional da comunidade. Nesse sentido, cumpre ao juiz analisar os elementos fáticos específicos de cada caso concreto, orientando sua decisão no sentido de garantir a aplicação dos princípios e regras jurídicas em consonância com o sentimento de justiça que deflui do comprometimento com a soberania popular, o debate democrático, e o pluralismo como norma.

Percebe-se, portanto, que a atividade hermenêutica jurídica, dentro do Estado Democrático de Direito, igualmente contribui para a satisfação dos requisitos de previsibilidade e justiça pugnados por Rosenfeld. A previsibilidade decorre da certeza de que cada situação factual única será devidamente analisada à luz dos princípios e das práticas democráticas consagrados pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, garantida efetivamente a possibilidade de as partes interessadas apresentarem seus argumentos e pontos de vista.

---

<sup>259</sup> Sobre a atividade hermenêutica do juiz, ver CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. e CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional e os Desafios postos aos Direitos Fundamentais*.

Dada a importância fundamental da soberania popular, a previsibilidade igualmente se efetiva por meio da necessidade de abertura do processo decisório para a participação dialógica da comunidade política, que, sempre que interessada, deve poder apresentar seus próprios argumentos e interesses frente a um determinado caso concreto específico.

Já a justiça realiza-se procedimentalmente por meio da criação de um ambiente político-jurídico no qual a tomada de decisão respeita as diversas concepções de bem existentes na sociedade. Desse modo, mesmo que uma determinada decisão seja contrária a uma certa concepção de bem, devido a algum desajuste em relação aos princípios do pluralismo compreensivo, ainda assim não se vê frustrada a justiça em relação a essa concepção de bem, uma vez que existiu efetivo espaço de debate para a apresentação de argumentos, bem como respeito semelhante em relação às várias outras concepções de bem.

A justiça, portanto, não decorre do resultado final de uma determinada decisão, mas sim da forma, do processo, essencialmente democrático e aberto, por meio do qual tal decisão foi formada e estruturada.

Cumprе ressaltar, portanto, que as considerações acima traçadas em relação ao Estado Democrático de Direito constituem importantes limiares de legitimidade para os discursos ligados ao sistema de comunicação da identidade constitucional. O debate público, aberto e democrático não só delimita como os discursos constitucionais efetivamente se formam, mas também estabelece padrões de conteúdo e de organização

sintagmática que devem necessariamente ser respeitados para a constituição legítima do discurso constitucional.

Pode-se dizer, primeiramente, que o discurso constitucional que não se forme no meio de um ambiente democrático e pluralista, aberto à discussão ampla de idéias e aos interesses das várias concepções de bem, tende à ilegitimidade. Entretanto, pode-se vislumbrar a possibilidade de um discurso que careça desse ambiente, mas ainda assim pugne por ele, ou, ao menos, não se encontre em confronto com essa possibilidade de soberania popular. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito efetivamente define critérios de legitimidade para os discursos constitucionais, na medida em que o conteúdo e a organização destes não podem ser contrários à proposta do paradigma.

Em outros termos, será ilegítimo todo discurso constitucional incompatível com uma concepção aberta de sociedade – na qual os membros da comunidade política efetivamente possam participar democrática e soberanamente das decisões tomadas na sociedade que lhes digam respeito. Igualmente será ilegítimo o discurso que se pretenda formar ignorando os interesses e propostas das várias concepções de bem presentes na comunidade, como será também ilegítimo o discurso que, ao lançar mão de negação, metáfora, metonímia, e suas diversas possibilidades de combinação, o faça em detrimento da participação comunitária na vida político-jurídica da comunidade.

Nesse sentido, cumpre ressaltar, somente como exemplo, que é necessariamente ilegítimo todo discurso que defenda a superioridade interpretativa em questões constitucionais de um único órgão jurisdicional, justamente por suprimir a importância do

debate e da participação comunitária no direito constitucional. Mesmo que um dado órgão tenha a supremacia na tomada de decisões, ainda assim, dadas as exigências decorrentes do constitucionalismo, do pluralismo, do Estado Democrático de Direito, o procedimento de formação da decisão não pode ser alheio aos procedimentos democráticos e participativos inerentes ao paradigma em questão.

Tendo sido analisados alguns critérios gerais de legitimidade do discurso constitucional, com base nas exigências decorrentes da junção da teoria de Michel Rosenfeld com o paradigma do Estado Democrático de Direito, passar-se-á, na derradeira parte do capítulo, a analisar alguns caracteres dos discursos constitucionais efetivamente ilegítimos.

## **CAPÍTULO VI – Caracteres do Discurso Ilegítimo.**

Este último capítulo dedicar-se-á a apresentar algumas hipóteses e situações de conformação do discurso constitucional ilegítimo à luz da teoria da identidade do sujeito constitucional combinada com o instrumental semiótico e lingüístico recuperado no corpo da dissertação.

Destarte, pretende-se demonstrar em que medida argumentos retóricos e ideológicos, tanto internos quanto externos ao sistema de significação da identidade constitucional, inserem-se no discurso constitucional e corrompem a estruturação das marcas semânticas legítimas, alterando o valor do discurso jurídico por meio da utilização de outros sistemas de significação incompatíveis com a identidade constitucional.

Do mesmo modo, serão analisados os percalços e perigos inerentes à super-utilização de recursos lingüísticos, que deságua na deturpação discursiva dos procedimentos da metáfora, da metonímia e da sobrederminação. Alguns exemplos concretos serão fornecidos como forma de demonstrar como se dá, factualmente, a deturpação discursiva em relação à identidade constitucional.

Assim, tenciona-se, ao fim do capítulo, não só ter apresentado um esboço teórico das possibilidades de legitimação do discurso constitucional com base na idéia da identidade constitucional, mas também ter definido alguns princípios que possam orientar a

futura crítica de argumentações questionáveis que se pretendem constitucionalmente válidas e legítimas, mas que não se sustentam diante de uma análise lingüística da constituição do discurso.

## 1. Retórica e Ideologia.

Umberto Eco<sup>260</sup>, para tratar das relações entre semiótica, ideologia e retórica, confere ao termo ideologia uma acepção ampla<sup>261</sup>: “(...) entendemos por ideologia o universo do saber do destinatário e do grupo a que pertence, os seus sistemas de expectativas psicológicas, suas atitudes mentais, a experiência por ele adquirida, os seus princípios morais (...)”<sup>262</sup>. Assim, o sistema de significação da identidade constitucional é também uma ideologia, um sistema de expectativas psicológicas compartilhado por grupos sociais que orienta o discurso e a comunicação, pois, ainda conforme Eco:

O que um indivíduo pensa e quer, escapa à análise semiológica: só podemos identificá-lo quando o indivíduo o comunica. Mas ele só pode comunicá-lo quando o reduz a sistema de convenções comunicativas, isto é, quando o que pensa e quer é socializado, passível de ser compartilhado pelos seus semelhantes.

Para consegui-lo, porém, é mister que o sistema de saber se torne sistema de signos: a ideologia é reconhecível quando, socializada, se torna código. Nasce, assim, uma estreita relação entre o mundo dos códigos e o mundo do saber preexistente. Esse saber torna-se visível, controlável, comercializável, quando se faz código, convenção comunicativa.<sup>263</sup>

---

<sup>260</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p.83-94.

<sup>261</sup> Em contraste com as definições mais comuns de ideologia como falsa consciência ou como tomada de posição, seja ela política, filosófica, estética, etc.

<sup>262</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p.84.

<sup>263</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p. 84.

Convém ressaltar, portanto, que ideologia, nos termos propostos por Eco, não significa necessariamente algo ruim ou negativo. Pelo contrário, a ideologia representa as pré-compreensões, os códigos e subcódigos prévios que cada indivíduo utiliza para decifrar e formular mensagens e comunicações. Logo, todo discurso caracteriza-se como necessariamente ideológico, ou seja, todo discurso se ancora em códigos específicos e no universo de saber daqueles que o emitem e daqueles que o decodificam.

Assim, é interessante notar que os discursos constitucionais deveriam, como critério de legitimidade, ser sempre emitidos a partir da ideologia da identidade constitucional. Do mesmo modo, sua compreensão seria igualmente ótima quando esses discursos fossem decodificados a partir do sistema de comunicação da identidade constitucional. Dessa forma, os signos que compõem o discurso estariam sendo tanto emitidos com os sentidos atribuídos pela identidade constitucional, quanto interpretados a partir dos significados definidos por ela.

Nesse viés, retórica e ideologia se relacionam profundamente. Barthes<sup>264</sup> define a retórica, em suas características semiológicas, como a organização formal da forma dos significantes (regras paradigmáticas – sistemáticas – e sintáticas). Ou seja, a retórica pode ser considerada como o conjunto das regras de seleção e articulação inerentes a um determinado código, em relação a seus significantes específicos.

---

<sup>264</sup> BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. p. 97.

Já Eco<sup>265</sup> analisa os vários sentidos que o termo retórica pode adquirir, desde a Antigüidade<sup>266</sup>, mas entende por retórica, quando esta se encontra acoplada a uma ideologia, a organização convencional do discurso ideológico, que, ao estruturar os significantes de uma forma inédita, visando a sua informatividade (capacidade de transmitir a mensagem e garantir sua adequada decodificação), lança mão de elementos de redundância (dizer o que não precisa ser dito) para transmitir o que já se sabe, ou seja, reforçar os significados ideológicos que já se encontram nos sistemas de expectativas dos destinatários das mensagens<sup>267</sup>.

Nas últimas décadas, a chamada ‘nova retórica’ (...) confinou definitivamente os discursos apodícticos aos sistemas axiomatizados e reconduziu sob a voz ‘retórica’ todos os outros tipos de discurso, desde o filosófico até o político. Assim, todos os raciocínios humanos a respeito de fatos, decisões, crenças, opiniões e valores já não são considerados como obedientes à lógica de uma Razão Absoluta, mas são vistos em seu comprometimento efetivo com elementos afetivos, avaliações históricas e motivações práticas. Nessa perspectiva, o discurso persuasivo se despoja definitivamente daquela aura de fraudulência que o adornava até a idade de ouro da retórica clássica (pense-se na oposição canônica entre Sócrates ‘bom’ e sofistas ‘maus’) para converter-se em técnica de interação discursiva ‘razoável’, sujeita à dúvida, à revisão, controlada por toda uma série de condicionamentos extralógicos.<sup>268</sup>

---

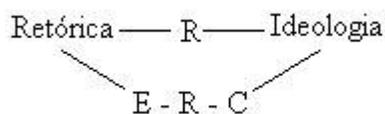
<sup>265</sup> ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p. 72-94.

<sup>266</sup> “A retórica clássica se considerava uma arte (e uma ciência) da *persuasão*. A persuasão não era considerada um artifício culpável e era socialmente orientada; constituía uma forma de raciocínio que não partia dos *primeiros princípios* incontrovertidos (como os princípios lógicos de identidade, não-contradição e terceiro excluído) e não procedia por *silogismos apodícticos*. Tratava, como por sua vez a dialética, com **PREMISSAS PROVÁVEIS** abertas à discussão e à refutação; salvo que, enquanto a dialética devia derivar de tais premissas conclusões racionalmente aceitáveis, a retórica articulava seus próprios silogismos, ou **ENTINEMAS**, para mover pragmática e emocionalmente o destinatário.” ECO, Umberto. *Tratado Geral de Semiótica*. p. 234. Ainda sobre acepções mais antigas da retórica, ver BARTHES, Roland. *A Aventura Semiológica*. p. 3-102.

<sup>267</sup> Para uma visão diferenciada sobre retórica, ver PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. [Trad.: Maria Ermantina Galvão G. Pereira] São Paulo: Martins Fontes, 1997. e PERELMAN, Chaïm. e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. [Trad.: Maria Ermantina Galvão] São Paulo: Martins Fontes, 1996. Sobre as relações entre retórica e o pensamento jurídico clássico, ver WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. p. 81-98.

<sup>268</sup> ECO, Umberto. *Tratado Geral de Semiótica*. p. 234-235.

Logo, é possível relacionar a ideologia com o plano dos significados (mas a ideologia não é o significado<sup>269</sup>), enquanto que a retórica vincula-se ao plano dos significantes (visando a sua organização, tendo em vista a mensagem ideológica que se deseja transmitir). Cada significado específico é vinculado a um ou mais significantes, sendo papel da retórica estabelecer tanto a organização desses significantes quanto as regras que regem a sua construção, inter-relação e transmissão. Assim, utilizando-se dos termos propostos por Hjelmslev para representar os sistemas de comunicação (como a identidade do sujeito constitucional) e a relação existente entre os planos do conteúdo e da expressão, tem-se que<sup>270</sup>:

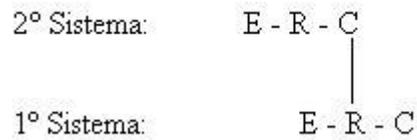


Conforme visto no Capítulo II, o sistema de significação da identidade constitucional acopla-se a outros sistemas de significação e identidades relevantes da comunidade política por meio da metalinguagem, possibilitando, desse modo, a seleção e incorporação de elementos externos à identidade constitucional, que se tornam o conteúdo da identidade positiva do sujeito constitucional. A metalinguagem, como já destacado, dá-se da seguinte forma (o conteúdo a ser expressado é outro sistema de comunicação):

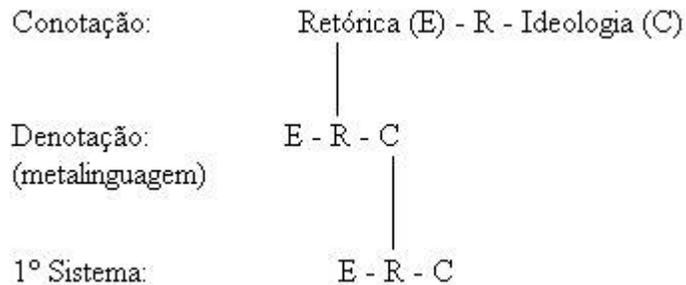
---

<sup>269</sup> Segundo Eco, a ideologia não é o significado, mas uma forma de significado conotativo último e global: “A ideologia é a conotação final da totalidade das conotações do signo ou do contexto de signos.” Ver ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. p.87.

<sup>270</sup> Ou ainda, Se: Retórica / So: Ideologia (Se = significante; So = significado). Sobre a relação E – R – C, ver o Capítulo II.



Entretanto, poucas vezes o discurso metalingüístico é puramente denotado – sistemas ideológicos e retóricos usualmente “penetram” na metalinguagem, em um novo processo de conotação:



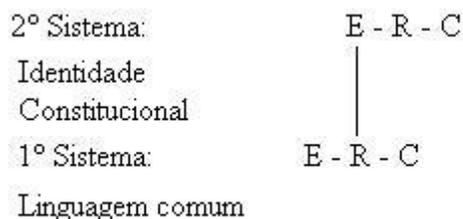
Nesse aspecto, a incidência de uma retórica e de uma ideologia sobre o processo metalingüístico serve ou para naturalizar ou para mascarar os signos do primeiro sistema sob os significantes do segundo. A organização dos significantes por meio da retórica, orientada pelo saber ideológico, possibilita que o processo de acoplamento dos sistemas seja ocultado, de modo que a significação dada pelo processo metalingüístico termina por ser encarada como o significado original, denotado, dos signos do primeiro sistema.

Ou seja, as possibilidades de interpretação dos significados do primeiro sistema passam a ser limitadas pela orientação retórico-ideológica do processo de conotação que

incide sobre a metalinguagem, como se as interpretações dos significados ideológicos fossem dado natural, fato, e não interpretação.

É nesse sentido que uma ideologia pode ser pensada como falsa consciência, e não apenas como conjunto de saber. Logo, é possível afirmar que a metalinguagem, sofrendo a incidência de um aparato retórico-ideológico, naturaliza ou mascara os signos do sistema visado sob os significantes da própria metalinguagem.

Um exemplo simples do trabalho realizado pela retórica e pela ideologia pode ser dado em relação à já explicada relação existente entre linguagem e identidade constitucional. Conforme visto anteriormente, a linguagem acopla-se à identidade constitucional da seguinte forma:

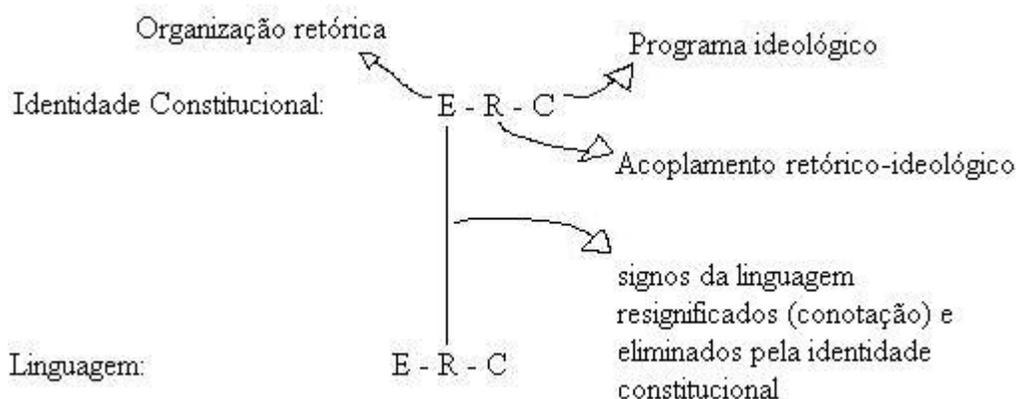


Entretanto, a própria identidade constitucional pode lançar mão de sua retórica e ideologia para mascarar e naturalizar os signos oriundos da linguagem, atribuindo um papel natural e dominante aos significados estabelecidos pela identidade constitucional.

Nessa hipótese, a retórica organiza os significantes em consonância com um determinado programa ideológico, de modo que o processo de acoplamento entre dois sistemas pareça nunca ter acontecido. É como se o processo de conotação que efetivamente se realiza entre linguagem e identidade constitucional simplesmente não tivesse acontecido.

Ou ainda, em outras palavras, a penetração retórico-ideológica leva a crer que o significado definido pela identidade constitucional é o único existente, é o significado já da linguagem, e não uma re-significação de termos que possuíam significados anteriores. Assim, os signos da linguagem são substituídos pelos significados da identidade constitucional.

Nesse caso, ter-se-ia que:



A diferença entre o acoplamento normal e o acoplamento retórico-ideológico é que, no primeiro caso, a identidade constitucional reconhece a existência de significados diversos daqueles por ela definidos presentes na linguagem comum, enquanto no segundo

caso a identidade constitucional pretende que o seu significado seja o único existente na linguagem comum.

A hipótese ora apresentada, de colonização da linguagem pela identidade constitucional, é rara, e, às vezes, não acarreta maiores danos. Na medida em que a retórica e a ideologia da identidade constitucional orientam-se para cumprir com as exigências decorrentes do constitucionalismo e do pluralismo, bem como visam a superação do hiato entre “eu” e “outro” em respeito à identidade e à diferença, aparentemente não é de fato ruim que signos tomados emprestados da linguagem e re-significados pela identidade constitucional sejam apresentados como os signos efetivos da linguagem.

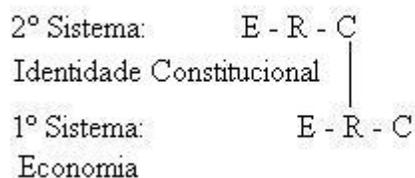
Apenas ilustrativamente, é bom imaginar quão interessante seria se o significado atribuído pelas mais adequadas das construções e reconstruções da identidade constitucional aos direitos fundamentais<sup>271</sup> fosse de fato considerado como o significado real e efetivo do signo direitos fundamentais na linguagem comum. Nesse caso, o significado altamente emancipatório e pluralista oriundo da identidade constitucional tornar-se-ia igualmente o signo da linguagem, reforçando imensamente o compromisso da comunidade política com o constitucionalismo e com o pluralismo.

Mais comum e preocupante são as hipóteses de penetração retórico-ideológica nos casos de acoplamento metalingüístico entre a identidade constitucional e outros sistemas de

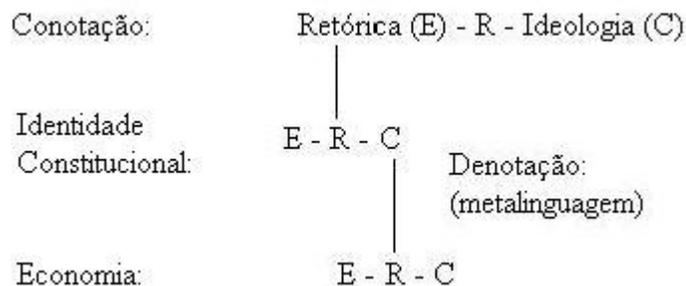
---

<sup>271</sup> Basta analisar as profundas divergências entre a construção constitucionalista dos direitos fundamentais e o comuníssimo discurso de que os direitos humanos apenas servem para proteger bandidos (usualmente acompanhado da cínica pergunta: e os direitos humanos das vítimas?) para se perceber que o significado oriundo da identidade constitucional não é de forma alguma o signo e suas possibilidades constantes da linguagem comum.

significação. Retomemos, por exemplo, a hipótese de acoplamento entre economia e identidade constitucional, já abordada no Capítulo II, que se realiza do seguinte modo:



A partir desse acoplamento inicial, entretanto, pode se dar um segundo acoplamento sistêmico, por meio da incidência de um aparato retórico-ideológico:



Nessa situação, o sistema retórico-ideológico orienta a seleção e re-incorporação dos significados oriundos do sistema da economia por meio de seus próprios objetivos e interesses, em detrimento da constituição independente da identidade positiva do sujeito constitucional.

Em outras palavras, ao invés de os elementos retirados da identidade da economia serem aceitos e re-significados em consonância com os objetivos e interesses da própria

identidade constitucional, eles são discursivamente incorporados à identidade constitucional a partir da perspectiva do sistema retórico-ideológico que se acoplou ao processo metalingüístico original.

O sistema retórico-ideológico pode ser tanto aquele do primeiro sistema, no caso, o da Economia, quanto um outro sistema retórico-ideológico conexo a algum outro sistema de comunicação, diverso dos dois sistemas de significação originais da identidade constitucional e da Economia.

Na primeira hipótese, ter-se-ia que a retórica e a ideologia da própria Economia organizariam a conformação dos significados da identidade constitucional, de modo a atender a seus próprios conceitos e elementos. A incorporação dos elementos da Economia pela identidade constitucional dar-se-ia sob a tutela da identidade da Economia, mascarada como uma incorporação legítima orientada pelos objetivos e técnicas da própria identidade constitucional.

Ou seja, o segundo acoplamento retórico-ideológico é “escondido”, mascarado, não apresentado, mantendo-se, dessa forma, a aparência discursiva de que se está diante somente de uma incorporação de elementos da Economia orientada pela identidade constitucional, e não pela própria Economia.

Nessa situação, os significados atribuídos à identidade constitucional tendem ou a ser os mesmos do sistema da economia<sup>272</sup>, ou, pelo menos, a não respeitar as regras mínimas de incorporação decorrentes do constitucionalismo e do pluralismo como norma, ainda que não sejam apresentados exatamente como conformados em seu sistema de significação original.

Novamente pode-se utilizar o exemplo dos precatórios<sup>273</sup>, analisado anteriormente, para ilustrar essa hipótese. A decisão de possibilitar constitucionalmente ao Estado de São Paulo não pagar os precatórios por ele devidos, isentando-o de intervenção federal, organiza-se discursivamente por meio da penetração do sistema retórico-ideológico da economia<sup>274</sup> na reconstrução da identidade constitucional apresentada.

Os objetivos econômicos prevaleceram sobre os constitucionais por meio de uma argumentação que lança mão de termos caros à identidade constitucional, como, por exemplo, a ponderação de princípios concorrentes e a necessidade de atendimento a outras normas constitucionais<sup>275</sup>, mas que, na verdade, atende aos interesses de uma ideologia econômica. Assim, a aparência retórica de que a questão teria sido trabalhada à luz da identidade constitucional mascara a prevalência dos objetivos econômicos na conformação do discurso.

---

<sup>272</sup> Ainda que um pouco “disfarçados” por meio de uma retórica que tenta aproximá-los de outros significados usualmente atribuídos à identidade constitucional.

<sup>273</sup> IF 2.915-5 – SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 28.11.2003, p.11

<sup>274</sup> E provavelmente de outros sistemas como a política, por exemplo. Para manter o exemplo menos complexo, entretanto, utilizar-se-á somente a ponderação em relação à economia.

<sup>275</sup> No caso, argumenta-se que o pagamento dos precatórios inviabilizaria a continuidade da prestação de serviços públicos pelo Estado de São Paulo. Ver a Ementa em nota anterior.

A segunda hipótese ocorre quando o sistema retórico-ideológico que se acopla à relação metalingüística pertence a um sistema de significação terceiro. Tem-se que a seleção, re-significação e incorporação de elementos oriundos da Economia dar-se-ia por meio dos princípios e objetivos do sistema de significação terceiro, que, assim como no exemplo anterior, se mascara e apresenta como se fosse a efetiva incidência dos critérios e princípios inerentes à identidade constitucional. Ou seja, novamente está-se diante não da identidade constitucional, mas sim da interpretação sobre o que a identidade constitucional deveria ser a partir da ótica de outro sistema de significação<sup>276</sup>.

Um bom exemplo pode ser dado em relação ao acoplamento retórico e ideológico a partir da análise do sistema de significação do direito processual e sua utilização conjunta com a identidade constitucional. Todas as vezes que uma importante questão constitucional não é decidida por algum detalhe processualístico<sup>277</sup>, mormente aqueles não constitucionalmente previstos, está-se diante de um acoplamento retórico-ideológico do sistema de significação do direito processual sobre a identidade constitucional.

Apenas para manter o exemplo anterior, imagine-se que a questão sobre os precatórios não houvesse sido decidida devido à perda de prazo para a interposição de recurso pelos autores do pleito. Certamente, não interessa à identidade constitucional que uma importante questão como essa, cujo resultado da tomada de decisão guarda o potencial

---

<sup>276</sup> A interpretação da identidade constitucional por outro sistema de significação, quando se realiza por um simples processo metalingüístico (no qual a identidade constitucional é o primeiro sistema e a outra identidade o segundo), não ocorre necessariamente em detrimento da identidade constitucional, desde que a interpretação metalingüística se apresente somente como interpretação, ou seja, não se apresente como sendo a própria identidade constitucional. As hipóteses ora relatadas, entretanto, referem-se a situações de efetivo acoplamento retórico-ideológico, no qual a organização dos significados realizada pela identidade diversa se apresenta como se fosse a da identidade constitucional.

<sup>277</sup> Como por exemplo perda de prazo, ausência de pressupostos processuais, etc.

de determinar diversos rumos futuros para a própria identidade constitucional, simplesmente não seja decidida por conta de detalhes técnicos.

Entretanto, certamente o tomador de decisão mascararia os argumentos processualísticos como questões vinculadas à identidade constitucional<sup>278</sup>, e apresentaria sua resolução como legítima interpretação da identidade constitucional brasileira.

Em ambos os casos, de qualquer modo, a identidade constitucional conformada e deturpada pela incidência do aparato retórico-ideológico derivado de outro sistema de significação passa a servir de base para a constituição de construções e reconstruções ilegítimas da identidade constitucional. Logo, a retórica e a ideologia da “falsa” identidade constitucional constituída por meio do acoplamento retórico-ideológico determina e orienta a estruturação desses discursos ilegítimos, justamente porque sua base não é a identidade constitucional da qual eles deveriam ser efetivas manifestações.

## **2. Deturpação metafórica.**

Conforme analisado ao longo da dissertação, o procedimento metafórico se baseia em um exercício de abstração, de descontextualização. Ele se realiza ao longo do eixo

---

<sup>278</sup> Ou simplesmente as tomaria como dado indiscutível, que não necessita de maiores justificativas. Infelizmente, esse parece ser o procedimento discursivo em boa parte das decisões que deixam de dar solução a importantes questões constitucionais por conta de detalhes técnicos e processuais. Nesse caso, a ideologia e retórica do direito processual já se encontram tão encravadas como efetivos elementos da identidade constitucional (e, note-se, não do direito processual, mas sim da identidade constitucional), que nem é mais necessário justificar discursivamente o mascaramento e afastamento dos efetivos objetivos da identidade constitucional.

paradigmático do discurso, por meio da substituição de signos e símbolos que, justamente por meio da metáfora, adquirem valor semântico equivalente.

Nesse sentido, as características específicas e únicas dos signos e símbolos são ignoradas e relevadas, em prol do realce das semelhanças e identidades que permitam a equalização semântica metafórica.

De fato, a metáfora traça analogias, que permitem que o mesmo raciocínio aplicado a uma determinada situação possa ser utilizado em uma outra situação tomada como semelhante. Desse modo, a metáfora se converte em poderoso instrumento de expansão de direitos e consubstanciação da ordem e das prerrogativas inerentes à identidade constitucional.

Entretanto, o recurso metafórico pode ser deturpado, levado além de seus limites razoáveis apreensíveis a partir da identidade constitucional, e servir para a supressão de direitos, suspensão de ditames constitucionais, ou até mesmo como mecanismo de coerção e opressão incompatível com o Estado Democrático de Direito.

A deturpação metafórica ocorre quando o nível de abstração empregado ao longo do raciocínio discursivo é tão alto que diferenças importantes são ignoradas e afastadas em favor de identidades e semelhanças contestáveis ou simplesmente inaceitáveis, tendo em vista as exigências decorrentes do compromisso da comunidade política com o constitucionalismo e com o pluralismo compreensivo.

A ética que deve orientar a constituição do discurso constitucional é a da desconstrução, ou seja, a ontologia da superação do hiato entre o “eu” e o “outro”. Apesar da reconciliação plena ser impossível, tentativas adequadas desenvolvidas no seio de uma dada identidade constitucional devem procurar levar em conta as identidades e diferenças relevantes e inafastáveis inerentes a uma determinada situação factual.

A deturpação metafórica, entretanto, não leva em consideração diferenças importantes que justificariam tratamentos específicos a situações diversas, visando precisamente um melhor arranjo harmônico entre o “eu” e o “outro”, e ressalta identidades que, ao invés de auxiliarem na busca pela reconciliação entre identidade e diferença, terminam por submeter a diferença à identidade de forma opressiva e coercitiva.

Um bom exemplo da utilização da deturpação metafórica pode ser encontrado no discurso vinculado ao recente caso do feto anencéfalo julgado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>279</sup>. A lógica discursiva que pugna pela negação do direito de aborto no caso em

---

<sup>279</sup> Ver ADPF 54-DF, Min. Rel. Marco Aurélio, DJ de 05.10.04, p. 4 (segundo o Despacho: DECISÃO AUDIÊNCIA PÚBLICA - INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ - ANENCEFALIA. 1. Em 17 de junho do corrente ano, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou arguição de descumprimento de preceito fundamental, indicando como vulnerados os artigos 1º, inciso IV (dignidade da pessoa humana), 5º, inciso II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), 6º, cabeça, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal, e, como a causar lesão a esses princípios, o conjunto normativo representado pelos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40. Presente a antecipação terapêutica do parto no caso de feto anencéfalo e a possível glosa penal, requereu pronunciamento a conferir interpretação conforme a Carta da República das normas do Código Penal, afastando-as no caso de se constatar a existência de feto anencéfalo, de modo a viabilizar, com isso, a atuação médica interruptiva da gravidez. Ressaltou a ausência de instrumental próprio para lograr tal finalidade, citando o ocorrido com a apreciação do Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, relatado pelo ministro Joaquim Barbosa, quando o Plenário, ante o termo da gestação e a morte do feto anencéfalo, declarou o prejuízo da medida. Pleiteou a concessão de medida acauteladora, tendo em conta a dinâmica da vida. A inicial fez-se acompanhada dos documentos de folha 26 a 148. Em 21 de junho de 2004, consignei, à folha 151, a confecção de relatório e voto em fita magnética, declarando-me habilitado a submeter o pedido acautelador ao Plenário. Em peça protocolizada em 23 de junho de 2004, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, reportando-se ao § 1º do artigo 6º da Lei nº 9.882/99, solicitou fosse admitida no processo como *amicus curiae*, o que foi indeferido por meio da decisão de folha 156. O encerramento do semestre

tela, com base na primazia jurídica do direito à vida, ou seja, que a autonomia, liberdade e dignidade da mãe do feto anencéfalo, que é necessariamente inviável, seriam princípios constitucionalmente inferiores ao direito à vida desse mesmo feto destinado a não sobreviver, pauta-se essencialmente em um questionável raciocínio metafórico.

Sem penetrar nos detalhes mais técnicos e jurídicos da questão, cumpre presentemente ressaltar que a extensão do direito à vida ao feto anencéfalo, que, segundo o

---

judiciário sem o referido exame pelo Colegiado levou-me ao exercício monocrático do crivo, vindo a implementar a tutela de urgência, remetendo-a à análise do Plenário (folha 158 a 164). De acordo com a certidão de julgamento de folha 167, em 2 de agosto de 2004, ou seja, na abertura do segundo semestre judiciário do ano em curso, o Plenário deliberou, sem voto discrepante, em apreciar o tema em definitivo, abrindo-se vista do processo ao Procurador-Geral da República. A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, ainda durante as férias coletivas de julho, requereu a reconsideração do ato mediante o qual não foi admitida como *amicus curiae*, havendo despachado o Presidente no sentido de se submeter tal requerimento ao relator (folha 169). Com a decisão de folhas 171 e 172, foi mantido o indeferimento. A CNBB solicitou a juntada de cópia do respectivo estatuto civil (folha 174). Católicas pelo Direito de Decidir pleiteou também a integração ao processo (folha 177 a 182). Seguiu-se a decisão de folha 202, a resultar no indeferimento do pedido. Teve idêntico desfecho pretensão semelhante externada pela Associação Nacional Pró-vida e Pró-família (folha 204) e pela Associação do Desenvolvimento da Família (folha 231). O parecer do Procurador-Geral da República, de folha 207 a 218, está assim sintetizado: 1. O pleito, como apresentado, não autoriza o recurso à interpretação conforme a Constituição: considerações. 2. Anencefalia. Primazia jurídica do direito à vida: considerações. 3. Indeferimento do pleito. Em peça datada de 27 deste mês, o Procurador-Geral da República requereu a submissão do processo ao Plenário, em questão de ordem, para definir-se, preliminarmente, a adequação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 2. A matéria em análise deságua em questionamentos múltiplos. A repercussão do que decidido sob o ângulo precário e efêmero da medida liminar redundou na emissão de entendimentos diversos, atuando a própria sociedade. Daí a conveniência de acionar-se o disposto no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999: Art. 6º (...) § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejam a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades: Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno-Infantis de Campinas - CEMICAMP. Cumpre, antes dessa providência, elucidar a pertinência da medida intentada, em face da provocação do Procurador-Geral da República. O princípio da economia e celeridade processuais direciona ao máximo de eficácia da lei com o mínimo de atuação judicante. 3. Ao Plenário, para designação de data, visando à apreciação da questão de ordem relativa à admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental. 4. Publique-se. Brasília, 28 de setembro de 2004. Ministro MARCO AURÉLIO Relator.)

parecer das várias entidades médicas consultadas ao longo do processo, não possui a menor viabilidade de sobrevivência efetiva pós-uterina, em detrimento da dignidade, liberdade e autonomia de sua gestante, ampara-se na descontextualização da situação factual.

É clara a diferença entre um feto normal, viável, e um feto anencéfalo, cuja vida efetiva é impossível. Tal diferença, que justifica um tratamento diverso para cada uma das situações, entretanto, é abstraída pelo discurso “pró-vida”, que ignora o contexto específico de cada uma das situações e ressalta a identidade entre ambas.

Na medida em que o contexto específico da anencefalia é afastado, a deturpação metafórica eleva a questão a um novo nível de abstração no qual o valor semântico da situação do feto anencéfalo torna-se idêntico ao valor semântico de um feto normal. Logo, torna-se possível defender o direito à vida de um feto que não terá vida justamente porque o contexto de sua inviabilidade não é levado em consideração.

Em outros termos, duas situações consideravelmente diversas são tomadas como semelhantes, como idênticas, de modo que o discurso pode exigir tratamento análogo a ambas. Obviamente, o raciocínio peca ao atribuir um direito constitucional a um signo que factualmente não pode usufruir desse direito, e ao negar direitos constitucionais relevantes a um outro signo (a gestante) com base nessa deturpação metafórica.

Não se trata, portanto, nem mesmo de uma ponderação de valores e direitos constitucionais. O feto anencéfalo simplesmente não pode ter o direito à vida porque ele

não vai viver, em hipótese alguma. Já sua gestante, efetivamente possui os direitos constitucionais que justificariam a possibilidade de aborto do feto inviável.

Ademais, percebe-se que o discurso “pró-vida”, nesse caso, não promove a desejada reconciliação entre o “eu” e o “outro”, mas sim submete e oprime a diferença sob a identidade. A gestante, especificamente, ao ter alguns de seus direitos constitucionais negados<sup>280</sup>, e ser obrigada a gestar uma criança destinada a falecer, está sendo submetida a um altíssimo grau de opressão e coerção, intolerável a partir da ótica de nossa identidade constitucional.

É interessante notar, igualmente, que a deturpação metafórica encontra-se presente, muitas vezes, em várias das práticas institucionais brasileiras – usualmente servindo de esteio para práticas opressivas e violentas. Apenas como breve exemplo, ressalte-se a tendência comum das entidades e órgãos policiais de equipararem, no tratamento dispensado aos cidadãos, negros a marginais, ou ainda, favelados a bandidos.

Esse tipo de raciocínio justifica, institucionalmente, um altíssimo grau de violência e opressão dispensado a esses dois grupos sociais, e legitima, ainda que falsamente, a suspensão factual de boa parte dos direitos e garantias fundamentais e constitucionais a essa parcela de membros da comunidade política.

---

<sup>280</sup> Argumenta-se somente em termos discursivos. Até mesmo porque, no caso em tela, o feto faleceu antes do julgamento da questão.

Obviamente, trata-se de uma identidade pré-constitucional que, infelizmente, ainda não foi devidamente negada, expurgada e filtrada pelo sistema de significação da identidade constitucional brasileira.

### **3. Deturpação metonímica.**

Paralelamente à metáfora, a metonímia atua no pólo oposto da construção discursiva. Conforme visto anteriormente, a metonímia ressalta o contexto, direciona-se para a análise dos detalhes concretos de cada situação específica, traçando marcas específicas que possibilitam definir valores semânticos diferentes para cada signo tomado em consideração.

A metonímia, portanto, efetiva-se ao longo do eixo sintagmático, e, justamente por amparar-se no correr da cadeia discursiva, identifica especificamente pontos únicos do discurso, realçando suas qualidades concretas, definidas justamente a partir do eixo argumentativo traçado a partir do discurso que se constrói.

Em outros termos, a metonímia objetiva expor as características únicas e diferenciadoras de cada signo específico, que, justamente por serem identificados como diversos e diferentes, podem receber tratamento desigual, tendo em vista os objetivos argumentativos inerentes ao discurso em desenvolvimento.

Percebe-se, dessa forma, que a metonímia trabalha essencialmente com a diferença, em oposição à identidade. Enquanto o discurso analógico da metáfora visa o relevo da

diferença e o realce das identidades, a metonímia ignora as identidades, ou melhor, submete as identidades a diferenças contextuais consideradas como mais importantes para o estabelecimento de tratamentos diversos a serem dados a situações específicas e diferentes.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a metonímia funciona como importante mecanismo apto a mostrar as diferenças relevantes que devem ser levadas em consideração para que se possa atingir melhores arranjos tendo em vista a superação do hiato entre o “eu” e o “outro”.

Similarmente, a devida consideração de cada contexto específico e de suas qualidades únicas evita que tanto identidade quanto diferença, “eu” e “outro”, sejam submetidos a níveis intoleráveis de violência e coerção, ou ainda que, em algumas situações, a identidade oprima a diferença, ou vice-versa.

Entretanto, assim como a metáfora, a metonímia pode ser igualmente deturpada. A deturpação metonímica ocorre quando a contextualização dada a uma situação factual é tão alta, tão concretamente específica, que importantes identidades relevantes são ignoradas, e não são levadas em consideração na construção do discurso constitucional.

Em outras palavras, a deturpação metonímica ressalta diferenças em um nível de detalhe tão específico, que todas as situações factuais tornam-se dessemelhantes, justificando, desse modo, tratamento diverso a ser dado a situações que, tendo em vista a

necessária busca por harmonia entre identidade e diferença, mereceriam tratamento idêntico, ou ao menos similar.

Dessa forma, compreende-se que a metonímia, quando empregada de modo excessivo, submete coercitivamente a identidade à diferença, e contribui para que o “eu” seja oprimido pelo “outro”. Assim como o raciocínio analógico deturpado não se ajusta às exigências do pluralismo compreensivo e da ética da desconstrução, igualmente a contextualização desmedida de situações factuais concretas colabora para desestabilizar os compromissos das comunidades políticas vinculadas à corrente filosófica do constitucionalismo.

Como exemplo concreto, pode-se novamente recorrer à recente situação do “Apagão”<sup>281</sup> vivenciada no Brasil. O raciocínio argumentativo que justifica o racionamento de energia elétrica, e o respectivo aumento das tarifas, ampara-se, essencialmente, na lógica metonímica. O chamado “Apagão” caracterizou-se pela crise no abastecimento de energia elétrica em quase todo o país, em decorrência das poucas chuvas combinadas com a falta de planejamento prévio por parte dos fornecedores de energia para atender a uma situação de escassez pluviométrica.

Dentre as várias medidas adotadas no combate à crise, destacaram-se aquelas determinadas pela Medida Provisória n.º 2.152-2, de 1º de junho de 2001, que possibilitaram a fixação de metas mínimas e máximas de consumo e o estabelecimento de um regime especial de tarifação.

---

<sup>281</sup> Ver ADC 9-DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 23.04.2004, p. 6.

Nesse sentido, foram definidas metas máximas de consumo para os usuários do serviço, de forma que o desrespeito à meta possibilitava tanto o sobretarifamento, quanto, em alguns casos, a suspensão do fornecimento de energia elétrica, na medida em que o consumidor estaria desrespeitando o mínimo de solidariedade social necessária em uma situação de crise. Do mesmo modo, consumidores que utilizassem quantidades menores que as das metas mínimas de consumo receberiam bônus em sua tarifação.

Essas medidas foram todas consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, com base nos argumentos de que: a sobretarifa, além de não descaracterizar a cobrança como tarifa, possibilita custear a implementação do plano de racionamento, já que os recursos captados destinam-se aos fornecedores de energia; o plano de racionamento beneficia os consumidores poupadores; o plano de racionamento resguarda os direitos dos consumidores, na medida em que possibilita que todos se aproveitem do serviço público escasso de forma moderada, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A partir da especificação de alguns dos detalhes concretos e específicos únicos inerentes ao problema da falta de energia elétrica, considerou-se, argumentativamente, que os elementos concretos constantes da situação em tela justificam um tratamento jurídico diferenciado, por meio do qual foi possível autorizar a cobrança de tarifas maiores àqueles que gastassem maiores quantidades de energia que as previstas nas metas de consumo, e de tarifas inferiores aos consumidores que se mantivessem abaixo das metas mínimas de consumo, bem como suspender o fornecimento de energia elétrica em algumas hipóteses.

O raciocínio metonímico, nesse caso, ressalta as particularidades concretas do problema de falta de energia para desconsiderar importantes garantias e responsabilidades inerentes ao fornecimento de energia elétrica – ou seja, de certo modo, a responsabilidade do Estado e das companhias de energia elétrica de manterem o fornecimento adequado de energia, e de se precaverem quanto a situações de crise e racionamento, é mascarada e “escondida” por meio de um foco argumentativo que se preocupa unicamente com os aspectos específicos da situação, sem analisar as identidades relevantes que surgem da relação entre consumidores e fornecedores de energia elétrica.

Em outros termos, a diferença que é realçada a partir da situação de racionamento de energia é sobreposta à identidade dos consumidores, e à identidade que surge entre consumidores e fornecedores, decorrente do serviço, tendo em vista tanto as obrigações de fornecimento de energia elétrica pertencentes ao Estado e às companhias de energia elétrica por ele autorizadas a funcionar, quanto os direitos que derivam da relação de consumo de um serviço de natureza essencialmente pública, mesmo que fornecido por entidades do setor privado.

Justamente por meio desse argumento metonímico, é possível ressaltar os aspectos factuais da crise de racionamento, que justificam a adoção de medidas de urgência prejudiciais aos consumidores em geral, em detrimento das responsabilidades do Estado e das companhias, dos direitos surgidos da relação de consumo do serviço público, e da efetiva obrigação dos fornecedores de energia elétrica de se precaverem contra a possibilidade de crise e racionamento de energia elétrica.

A deturpação metonímica, portanto, justifica que os consumidores “paguem” o preço por uma crise de energia elétrica pela qual não foram responsáveis. Pelo contrário, os fornecedores de energia, conjuntamente com o Estado, que possuíam a obrigação de se precaver contra a possibilidade do racionamento, foram, de certa forma, “beneficiados” pela implementação do plano de racionamento, na medida em que puderam auferir os rendimentos oriundos da sobretarifa.

Percebe-se, desse modo, que a deturpação metonímica é capaz de realçar diferenças a ponto de tornar as identidades imperceptíveis, ou ainda de ressaltar diferenças que não são importantes, ou que não são os fatores efetivamente determinantes sobre qual seria a melhor opção argumentativa tendo em vista a identidade constitucional e os requisitos a que se impõe uma comunidade política comprometida com o constitucionalismo e com o pluralismo social.

Apenas como referência histórica, um outro bom exemplo de deturpação metonímica pode ser dado em relação ao tratamento diferenciado que o Código Civil de 1916<sup>282</sup> concedia aos filhos considerados ilegítimos, principalmente tendo em vista os direitos de herança.

Nesse caso, nota-se que o raciocínio metonímico ampara-se em uma diferença, ou seja, no fato de que o filho não é oriundo de um casamento, efetivamente desimportante

---

<sup>282</sup> Ver, para tanto, os arts. 352-367 e os arts. 1572-1625 do Código Civil de 1916. No caso, o chamado filho ilegítimo, para ter os mesmos direitos dos filhos legítimos, precisava ser legitimado pelos pais, conjunta ou separadamente, de modo que eles não herdavam sem esse reconhecimento.

para o desfecho jurídico que deveria ser dado à questão. Em outros termos, a diferença ressaltada entre filho legítimo e filho ilegítimo esconde a identidade fundamental de que ambos são filhos, e, portanto, deveriam possuir os mesmos direitos.

Raciocínio idêntico pode ser traçado em relação às categorias de mulher honesta, de bom pai de família, de homem médio, etc., que, tanto legal quanto jurisprudencialmente serviram por muito tempo para justificar deturpações metonímicas que garantiam direitos e vantagens a uns em detrimento de outros, ignorando as identidades, e também algumas das diferenças, que deveriam efetivamente ser levadas em conta dentro da argumentação jurídica.

#### **4. Deturpação na sobredeterminação.**

Conforme visto no capítulo anterior, a sobredeterminação caracteriza-se por lançar mão de deslocamentos e substituições de coordenadas tanto no eixo paradigmático quanto no sistemático, ou seja, a sobredeterminação é um procedimento que se utiliza de metáforas e de metonímias, conjuntamente, para estabelecer sentido e valor semântico.

Nesse caso, as observações propostas nos itens anteriores sobre as qualidades e especificidades das deturpações metafóricas e metonímicas aplicam-se igualmente à deturpação na sobredeterminação. É apenas por meio do emprego de metáforas e metonímias adequadas a seus objetivos discursivos que a sobredeterminação possibilita a emergência do material selecionado oriundo de outras identidades anteriormente negadas.

Pode-se considerar que a deturpação metafórica, usualmente, ou ressalta identidades irrelevantes tendo em vista situações concretas, ou ressalta identidades a tal ponto que diferenças específicas e relevantes deixam de ser levadas em consideração durante o procedimento argumentativo. Obviamente, ambos os processos podem ocorrer de forma simultânea.

Já a deturpação metonímica, em geral, ou ressalta diferenças irrelevantes tendo em vista casos factuais, ou ressalta diferenças de tal modo que identidades importantes e relevantes deixam de fazer parte da construção discursiva. Similarmente à deturpação metafórica, as duas formas da deturpação metonímica podem atuar conjuntamente em um mesmo discurso.

A deturpação na sobredeterminação, entretanto, tende a combinar as quatro formas de deturpação citadas para construir quadros discursivos de interpretação que tenham a aparência de legitimidade, mas que, de fato, não se ajustam às prescrições do constitucionalismo e do pluralismo compreensivo.

Nesse sentido, a deturpação na sobredeterminação realiza, via de regra, os seguintes procedimentos discursivos: no plano metafórico, ressalta as identidades que convêm aos seus objetivos e ignora as diferenças que deveriam ser levadas em consideração tendo em vista as identidades trabalhadas; no plano metonímico, ressalta as diferenças que se ajustam à sua construção argumentativa e ignora as identidades que deveriam figurar em uma construção discursiva legítima.

Em outras palavras, a deturpação na sobredeterminação, de acordo com seus interesses discursivos, ora abstrai além do que legitimamente deveria, nivelando diferenças importantes, ora contextualiza excessivamente, realçando diferenças que não poderiam legitimamente ser levadas em consideração, ignorando identidades relevantes que justificariam tratamentos iguais para situações distintas.

Compreende-se, entretanto, que tais procedimentos não se dão de forma estanque e plenamente identificável: normalmente, as construções discursivas que lançam mão da sobredeterminação (e não apenas aquelas que apresentam deturpação) encadeiam complexas construções metafóricas e metonímicas que atuam conjuntamente e se apóiam mutuamente. Logo, tem-se que a construção do discurso que se utiliza da sobredeterminação conjuga metáforas que dão esteio a metonímias, ou seja, identidades que conduzem a novas diferenças, e metonímias que dão fundamento a novas metáforas, isto é, diferenças que apontam para outras identidades, possibilitando que o discurso se desenvolva e se ampare a partir de seus próprios elementos.

Desse modo, as substituições e deslocamentos ao longo dos eixos paradigmático e sintagmático dão-se de forma conjunta e organizada, tendo em vista os objetivos inerentes ao discurso que se constrói. Na hipótese da deturpação, as coordenadas de cada um dos eixos determinam pontos discursivos e marcas semânticas que selecionam as identidades e as diferenças que importam ao discurso, mas que não encontram adequado fundamento nas exigências do constitucionalismo e da ética da desconstrução.

Interessante exemplo sobre como funciona o raciocínio da deturpação na sobredeterminação pode ser dado em relação ao discurso que justifica a cobrança de contribuições previdenciárias de servidores inativos e pensionistas<sup>283</sup>, que foi autorizada pela Emenda Constitucional n.º 41/03, posteriormente considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.105.

---

<sup>283</sup> A Emenda Constitucional n.º 41/03, em seu art. 4º, autorizou a cobrança de contribuição previdenciária sobre inativos e pensionistas: “Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.” Sobre o tema ver ainda a ADI 3.105-DF, Min. Rel. Ellen Gracie, DJ de 18.02.05, p.4. (segundo a Ementa: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submetta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.).

Simplificadamente, o discurso que defende a cobrança previdenciária, no caso em tela, lança mão inicialmente de um argumento de caráter fundamentalmente metonímico: o regime de previdência social tende à falência, e precisa encontrar novas fontes de custeio, ou, do contrário, será o próprio Estado que eventualmente quebrará.

Tal assertiva contextualiza a questão apenas a partir do ponto de vista de que os recursos são escassos, sem atentar para outras questões relevantes como a responsabilidade do Estado na escassez dos recursos, sobre a drenagem de recursos originalmente destinados à previdência para outras áreas (inclusive historicamente), sobre a anterior vedação constitucional de cobrança previdenciária de pensionistas e inativos<sup>284</sup>, sobre a categoria do direito adquirido, etc.

A partir desse argumento metonímico inicial, passa-se à subsequente construção metafórica: os inativos e pensionistas devem ser tratados de forma igual aos servidores ativos, tendo em vista o contexto do custeio da previdência – ou, do contrário, corre-se o risco de que a previdência deixe de existir. Por meio do raciocínio metafórico, apoiado na metonímia inicialmente traçada na construção do argumento, abstrai-se a diferença efetivamente existente entre inativos e pensionistas, de um lado, e servidores ativos, de outro, tanto em relação às necessidades diferenciadas dos primeiros e de seu longo tempo de contribuição, quanto em relação à capacidade contributiva específica de cada um desses grupos – considerando idêntica, assim, a situação de pensionistas, inativos e ativos.

---

<sup>284</sup> Ver a Emenda Constitucional 20/98.

A metáfora, desse modo, força a existência de uma identidade entre pensionistas, inativos e ativos, em detrimento das importantes diferenças que factualmente existem entre eles, inclusive diferenças constitucionalmente previstas. Tal raciocínio metafórico, entretanto, só pode ser construído a partir dos fundamentos apresentados pelo argumento metonímico anterior.

Por fim, os valores semânticos estabelecidos por essa deturpação na sobredeterminação permitem que o discurso conclua-se por meio da negação do direito dos inativos e pensionistas de não terem seus proventos e subsídios diminuídos pela cobrança de contribuição previdenciária. Em outros termos, a sobredeterminação possibilitou que o material reprimido, ou seja, uma anterior vedação constitucional com a qual a comunidade política havia se comprometido, retornasse ao quadro constitucional, ainda que de forma ilegítima. Tal discurso de sobredeterminação, de certo modo, esconde e ajusta em uma dada identidade constitucional elementos que não deveriam efetivamente nela figurar.

Percebe-se, portanto, como a conjugação de metáfora e metonímia em uma mesma cadeia discursiva sobredeterminou a construção de um quadro que não corresponde a uma construção legítima da identidade constitucional brasileira, mas sim se refere a uma interpretação singular do contexto factual concreto relativo à situação da previdência social e a interesses específicos do Estado brasileiro.

## CONCLUSÃO.

A presente dissertação tencionou traçar um panorama analítico da legitimidade da jurisdição e do discurso constitucionais à luz da teoria da identidade do sujeito constitucional de Michel Rosenfeld.

Nesse sentido, pretendeu-se delinear, a partir da teoria de Rosenfeld, combinada com alguns elementos recuperados da teoria semiótica – aptos a aclarar várias das idéias apresentadas pelo próprio Rosenfeld –, alguns padrões e limites de legitimidade aplicáveis às construções e reconstruções discursivas vinculadas à jurisdição constitucional.

Na Introdução, foram apresentados os principais elementos do debate contemporâneo sobre a legitimidade da jurisdição constitucional e suas relações com constitucionalismo, democracia e Estado Democrático de Direito.

A partir da premissa de que a jurisdição constitucional é parte fundamental das democracias constitucionalistas modernas, concluiu-se que os critérios de legitimidade da jurisdição só podem ser efetivamente analisados a partir do discurso que se desenvolve no seio de cada jurisdição constitucional.

O marco teórico adotado para a análise do discurso, portanto, foi a teoria da identidade do sujeito constitucional de Michel Rosenfeld, complementada pela teoria semiológica, utilizada pelo próprio autor para explicar várias de suas idéias.

Entendeu-se que a proposta de Rosenfeld era suficientemente adequada para apresentar um relato coerente sobre como se constroem e desenvolvem os discursos constitucionais, bem como apta a sugerir alguns critérios de legitimidade úteis para a análise da legitimidade das jurisdições constitucionais e de seus discursos.

O primeiro capítulo dedicou-se a apresentar os elementos essenciais da teoria de Rosenfeld. Procurou-se explicitar as bases teóricas e filosóficas da teoria da identidade do sujeito constitucional, vinculadas primordialmente à ética e à ontologia derivadas da filosofia desconstrutivista, que preconiza a perene necessidade de busca pela superação do hiato entre o “eu” e o “outro”, ou seja, pela harmonização de identidade e diferença.

O segundo capítulo intentou apresentar detalhadamente a teoria da identidade do sujeito constitucional propriamente dita. Nesse sentido, após ter-se observado que a identidade constitucional figura essencialmente como um vazio, uma carência, foram analisados os momentos lógicos de surgimento da identidade do sujeito constitucional, mormente a partir do pensamento de Lacan e Hegel – dando-se especial destaque à função que a negação exerce para a formação da identidade constitucional. Por fim, apresentou-se como se dão as construções e reconstruções da identidade constitucional.

O terceiro capítulo dedicou-se a apresentar o instrumental semiótico sugerido pelo próprio Michel Rosenfeld em sua teoria, como forma de complementar seu pensamento e delinear alguns critérios de legitimidade a partir de uma melhor compreensão sobre como se constroem os discursos em geral. Voltou-se para a apresentação de conceitos clássicos

da teoria semiótica, visando analisar em que medida a identidade constitucional pode ser considerada um sistema de significação, ou seja, uma linguagem. Nesse sentido, foram desenvolvidos os conceitos centrais da teoria da significação, da oposição entre língua e fala (com especial destaque para o conjunto esquema/norma/uso), dos procedimentos de acoplamento de sistemas de significação, etc.

Já o quarto capítulo dedicou-se à análise dos principais mecanismos de constituição do discurso constitucional, focando sua reflexão principalmente em como se relacionam os eixos do sistema e do sintagma, como ocorre a decodificação do discurso, e como se desenvolvem os mecanismos argumentativos da negação, da metáfora e da metonímia nas construções e reconstruções da identidade do sujeito constitucional.

O quinto capítulo pretendeu apresentar alguns critérios e sugestões de avaliação de legitimidade dos discursos constitucionais, tanto a partir das exigências oriundas do compromisso da comunidade política com o constitucionalismo, quanto refletindo sobre a legitimidade oriunda dos requisitos decorrentes do constitucionalismo, do pluralismo, do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito.

Pode-se concluir, desse modo, em que medida a opção da comunidade política pelo constitucionalismo vincula-a necessariamente a vários dos pressupostos éticos decorrentes da desconstrução e à defesa dos direitos fundamentais, tendo em vista tanto a adoção do pluralismo como norma, quanto as conseqüências inerentes ao Estado Democrático de Direito.

O sexto capítulo, por fim, dedicou-se a apresentar alguns dos caracteres que podem estar presentes em construções e reconstruções ilegítimas da identidade constitucional, consubstanciadas no discurso constitucional, tendo em vista os mecanismos próprios discursivos de formação da argumentação constitucional.

Logo, demonstrou-se como a retórica e a ideologia influenciam a conformação do discurso constitucional, principalmente em relação ao acoplamento da identidade constitucional com outros sistemas de significação. Por fim, analisaram-se algumas das possibilidades de deturpação dos mecanismos discursivos da metáfora, da metonímia e da sobredeterminação, ilustrados por meio de alguns exemplos concretos constantes da comunidade política brasileira.

A partir da interrelação entre todos os elementos apresentados ao longo da dissertação, pretendeu-se reforçar a necessidade de se ter sempre em mente, no interior das comunidades políticas modernas e de suas práticas jurídico-institucionais, o compromisso inafastável com o constitucionalismo e com o pluralismo social.

Na verdade, o próprio conceito das comunidades políticas modernas deriva dessas duas opções políticas, de modo que a caracterização correta de qualquer comunidade moderna depende da adoção de uma versão dos valores e das práticas decorrentes do constitucionalismo e do pluralismo.

Conquanto a teoria de Michel Rosenfeld possa ser questionada, ou mesmo que não seja, simplesmente, a melhor opção para se analisar o tema da legitimidade da jurisdição

constitucional, ainda assim ela apresenta e fornece importantes sugestões e delineamentos de caráter tanto ético quanto jurídico para a conformação dos discursos constitucionais.

Sua principal contribuição reside no papel fundamental assumido pelo pluralismo como guia ético e jurídico da comunidade política, uma vez que, apenas por meio do respeito às identidades e às diferenças existentes entre os integrantes da comunidade, é de fato possível encontrar um critério de justificação e legitimação da própria comunidade política.

Dessa forma, os direitos fundamentais igualmente assumem o papel central de garantir a implementação e a constituição do pluralismo como norma, que passa a servir como princípio máximo de construção discursiva, e, portanto, de critério para a tomada de decisão política e jurídica. Nesse sentido, constitucionalismo, pluralismo e direitos fundamentais – todos se relacionam a partir da perspectiva da ética da desconstrução, e possibilitam que importantes aspectos das comunidades políticas modernas sejam razoavelmente legitimados e justificados.

No caso específico do Brasil, a adoção do Estado Democrático de Direito re-afirma os compromissos de nossa comunidade política com os princípios e exigências do constitucionalismo e do pluralismo. A conformação da nossa identidade constitucional, ainda jovem, se for levada em consideração somente a Constituição Federal de 1988, deve, necessariamente, pautar-se pelos critérios decorrentes dessas duas correntes filosóficas, na medida em que essa foi a opção jurídico-política da própria comunidade política.

As construções e reconstruções da identidade constitucional brasileira derivam sua legitimidade do respeito e da adoção de interpretações e pontos de vista que a um só tempo visem a superação do hiato entre identidade e diferença e a defesa dos direitos fundamentais, promovendo, desse modo, o pluralismo.

Similarmente, os pressupostos do constitucionalismo devem necessariamente figurar como importantes elementos de legitimidade do discurso, mormente tendo em vista a construção de discursos que se voltem para o desenvolvimento efetivo da nossa identidade constitucional.

O caminho para a legitimidade da jurisdição constitucional, ou melhor, para a legitimidade dos discursos de uma dada jurisdição constitucional, perpassa o compromisso discursivo com a elaboração de construções e reconstruções da identidade constitucional que se voltem para os elementos selecionados e filtrados pelo próprio sistema de significação da identidade constitucional. Deve-se evitar, portanto, construções e reconstruções ilegítimas ou falseadas, que se amparam em interesses ou conceitos pertencentes a outras identidades e sistemas de significação diversos do da identidade constitucional.

Desse modo, a principal preocupação do intérprete e tomador de decisões constitucional deve ser a de implementar e desenvolver as prescrições do constitucionalismo, do pluralismo, e do Estado Democrático de Direito, independentemente de outros interesses e fatores discursivos que porventura possam orientar a estruturação de discursos constitucionais que não atentem para esses requisitos mínimos de legitimidade.

O “eu” constitucional brasileiro, dessa forma, deve ser sempre capaz de se colocar na perspectiva dos vários “outros” presentes em nossa comunidade política, visando a superação da distância existente entre ambos por meio justamente dos compromissos discursivos assumidos com o constitucionalismo e com o pluralismo como norma.

Em uma comunidade política tão diversificada e pluralista como a nossa, portanto, deve-se ter em mente que todo e qualquer discurso constitucional, seja ele oriundo do Supremo Tribunal Federal ou de um simples estudante de primeiro grau, necessita apresentar como uma possibilidade plausível de acomodação e promoção adequada das diversas identidades e diferenças que compõem nosso povo, e que lhe facultam suas principais características e qualidades.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ARATO, Andrew. Dilemmas Arising from the Power to Create Constitutions in Eastern Europe. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito*. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernandes (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

\_\_\_\_\_. *Modernidade, tempo e direito*. 1ª edição. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *O Direito como linguagem*. In.: *Opinio Jure – Revista do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais*. Número 4 – 2º Semestre de 1995. Canoas: Editora ULBRA, 1995.

BARTHES, Roland. *A Aventura Semiológica*. [trad.: Mario Laranjeira] São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. *Aula*. [trad.: Leyla Perrone-Moisés]. São Paulo: Cultrix, 1978.

\_\_\_\_\_. *Crítica e Verdade*. [trad.: Leyla Perrone-Moisés]. 3ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Semiologia*. [trad.: Izidoro Blikstein] São Paulo: Editora Cultrix, 2001.

\_\_\_\_\_. *Inéditos vol.1 – teoria*. [trad.: Ivone Castilho Benedetti]. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. *Mitologias*. [trad.: Rita Buongermino et al.] Rio de Janeiro: DIFEL, 2003.

BERLIN, Isaiah. Dois Conceitos de Liberdade. In: KING, Preston T. *O estudo da política: coletânea de palestras inaugurais*. Trad.: José Luiz Porto de Magalhães. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Irvington Publishers, 1962.

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

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Constituição da Europa*. In.: LEITE SAMPAIO, José Adércio (coord.). *Crise e Desafios da Constituição: Perspectivas Críticas da Teoria e das Práticas Constitucionais Brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 281-289.

\_\_\_\_\_. *A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição.* In: Fórum administrativo. Ano I. nº1. Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.

\_\_\_\_\_. *A Hermenêutica Constitucional e os Desafios Postos aos Direitos Fundamentais.* In.: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.* In: *Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série. N.º 6. 2º Semestre de 1998.* Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

\_\_\_\_\_. *A Interpretação das Leis: Um problema metajurídico ou uma questão essencial do Direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin.* In : *Cadernos da Escola do Legislativo.* Belo Horizonte, 1998.

\_\_\_\_\_. *Controle de Constitucionalidade e Democracia.* In.: MAUÉS, Antonio G. Moreira (org.). *Constituição e Democracia.* São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 215-232.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000. p. 152-153.

COSTA, Alexandre Bernardino. *A Teoria do Direito na Modernidade da Sociedade Moderna*. In: *Notícia do Direito Brasileiro. Nova Série. N.º 8*. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2001.

DELACAMPAGNE, Christian. *A Filosofia Política Hoje: Idéias, debates, questões*. [trad.: Lucy Magalhães]. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

DERRIDA, Jacques. *De la grammatologie*. Paris: Éditions de Minuit, 1976.

\_\_\_\_\_. *Glas*. Paris: Galilée, 1986.

\_\_\_\_\_. *Marges – de la philosophie*. Paris: Éditions de Minuit, 1982.

\_\_\_\_\_. *Positions*. Paris: Éditions de Minuit, 1981.

DWORKIN, Ronald. *Direito, Filosofia e Interpretação*. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, 1998.

\_\_\_\_\_. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. [Trad.: Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Levando os Direitos a Sério*. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. *Uma Questão de Princípio*. [trad.: Luís Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ECO, Umberto. *A Estrutura Ausente*. [trad.: Pérola da Carvalho] 7ª Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *Apocalípticos e Integrados*. [trad.: Pérola de Carvalho]. 6ª Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Superinterpretação*. [trad.: MF]. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

\_\_\_\_\_. *Obra Aberta*. [trad.: Giovanni Cutolo]. 9ª Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tratado Geral de Semiótica*. [trad.: Antônio de Pádua Danesi e Gilson César Cardoso de Souza]. 4ª Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

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

FREUD, Sigmund. *A Interpretação dos Sonhos*. [trad.: Walderedo Ismael de Oliveira]. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1999.

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

\_\_\_\_\_. O Mal-estar na civilização. *In: Obras Psicológicas Completas*. Vol. XXI [trad.: José Octávio de Aguiar Abreu]. Rio de Janeiro: Imago Editora LTDA., 1974.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Second Edition. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1997.

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. [trad.: A. Ribeiro Mendes]. 3ª Ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEGEL, G.W.F. A Fenomenologia do Espírito. *In: Os Pensadores*. [trad.: Henrique Cláudio de Lima Vaz]. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1974.

\_\_\_\_\_. *Phenomenology of spirit*. [trad.: A.V. Miller]. New York: Oxford University Press, 1977.

HENKIN, Louis. A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects. In.: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*.

HJELMSLEV, Louis. *Ensaio Lingüísticos*. [trad.: Antônio de Pádua Danesi]. São Paulo: Editora Perspectiva, 1991.

\_\_\_\_\_. *Prolegômenos a uma Teoria da Linguagem*. [trad.: J. Teixeira Coelho Netto]. 2ª Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

JACOBSON, Arthur J. Transitional Constitutions. In.: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*.

JAKOBSON, Roman. *Lingüística e Comunicação*. [Trad.: Izidoro Blikstein et al.] 5ª Ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1971.

KARAM DE CHUERI, Vera. *A Dimensão Jurídico-ética da Razão : O Liberalismo Jurídico de Dworkin*. In : Paradoxos da Auto-Observação. p. 182 e segs.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito e Modernidade*. Curitiba: J.M., 1995.

KELLY, Paul. *Ronald Dworkin: Taking Rights Seriously*. In: *The Political Classics: Green to Dworkin*. [Edited by Murray Forsyth and Maurice Keens-Soper]. Oxford, New York: Oxford University Press, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. [trad: João Baptista Machado]. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACAN, Jacques. *Escritos*. [trad.: Vera Ribeiro]. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

\_\_\_\_\_. *The language of the self: the function of language in psychoanalysis*. 157, 246 [trad.: Anthony Wilden]. Dell Publishing Co., 1968.

LEROY, Maurice. *As grandes correntes da lingüística moderna*. [trad.: Izidoro Blikstein e José Paulo Paes]. 2ª Ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1971.

MARTINET, André. *Elementos de Lingüística Geral*. [trad.: Jorge Morais-Barbosa]. 2ª Ed. Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora, 1970.

MILOVIC, Miroslav. *Comunidade da Diferença*. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Ijuí: Unijuí, 2004.

\_\_\_\_\_. *Filosofia da Comunicação: para uma crítica da modernidade*. [Tradução do manuscrito em inglês: Verrah Chamma]. Brasília: Plano Editora, 2002.

MONAGHAN, Henry P. *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*. 88 Colum. L. Ver. 723 (1988).

NINO, Carlos Santiago. A Philosophical Reconstruction of Judicial Review. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

NORRIS, Christopher. *Derrida*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987.

PEIRCE, Charles S. *Semiótica*. [Trad.: José Teixeira Coelho Neto]. 3ª Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. [Trad.: Maria Ermantina Galvão G. Pereira] São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_ e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. [Trad.: Maria Ermantina Galvão] São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PORTOCARRERO, Vera (org.). *Filosofia, História e Sociologia das Ciências: abordagens contemporâneas*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1994.

ROCHA, Leonel Severo. *Direito, Complexidade e Risco*. In: Revista Sequência. Ano 15, n.28, Florianópolis: CPGD-UFSC, junho de 1994.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. *Constitutional Adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and Contrast*. 2 Int'l J. Const. Law no.4 (Oct. 2004). p.31 [Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=577003>].

\_\_\_\_\_. (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

\_\_\_\_\_. *Dworkin and the one law principle: A Pluralist Critique*. In: *Revue Internationale de Philosophie* (PUF), 2004. [Social Science Research Network : <http://ssrn.com/abstract=528562>].

\_\_\_\_\_. *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis*. Cardozo Law School. Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies. April 2001. Working Paper Series No. 41. [Social Science Research Network: [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=265939](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=265939)]

\_\_\_\_\_. *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*. Los Angeles: University of California Press, 1998.

\_\_\_\_\_. *O Direito enquanto Discurso: Reduzindo as Diferenças entre Direitos e Democracia*. [trad.: Cássius Guimarães Chai] In.: R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n.10, jan/dez. 2003. p. 9-44.

\_\_\_\_\_. *Spinoza's Dialectic and the Paradoxes of Tolerance: A Foundation for Pluralism?*. Cardozo Law School. Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies. November 2003, Working Paper Series No. 79 [Social Science Research Network: <http://ssrn.com/abstract=466360>].

\_\_\_\_\_. *The identity of the constitutional subject*. Cardozo Law Review: Law and the Postmodern Mind - Jan/1995.

\_\_\_\_\_. *The Rule of Law, and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. Cardozo Law School. Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies. March 2001, Working Paper Series No. 36. p. 9-10 [Social Science Research Network: [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=262350](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=262350)]

ROUSSEAU, Dominique. *The Constitutional Judge: Master or Slave of the Constitution?* In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística Geral*. [Trad.: Antonio Chelini, João Paulo Paes e Isidoro Blikstein]. São Paulo: Editora Cultrix e Editora da Universidade de São Paulo, 1969.

SCHAUER, Frederick. Free Speech and the Cultural Contingency of Constitutional Categories. In: ROSENFELD, Michel (ed.). *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*. Durham and London: Duke University Press, 1994.

THEODORO FILHO, Wilson Roberto. *O paradigma do Estado Democrático de Direito e o pensamento de Ronald Dworkin: perspectivas hermenêuticas*. Monografia de Graduação para o bacharelado em Direito pela Universidade de Brasília. Brasília: 2003.

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